

## SOMMARIO DEL NUMERO I/2016

### **Editoriale**

GIUSEPPE PIPERATA, <i>I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione</i> .....	v
---	---

### **Saggi**

GABRIELE TORELLI, <i>I margini di modificabilità dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia e di soccorso istruttorio</i> .....	I
VALENTINA GIOMI, <i>ADR e sindacato della Corte dei conti: dovere di amministrare oculatamente o esposizione al rischio di responsabilità amministrativa?</i> .....	33

### **Articoli**

I SERVIZI DI TRASPORTO NON DI LINEA: IL CASO <i>UBER</i>	
EDOARDO C. RAFFIOTTA, <i>Trasporti pubblici locali non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato</i> .....	75
GIOVANNA PIZZANELLI, <i>Innovazione tecnologica e regolazione incompiuta: il caso dei servizi di trasporto non di linea</i> .....	97
VALERIO TURCHINI, <i>Il caso Uber tra libera prestazione di servizi, vincoli interni e spinte corporative</i> .....	115
CLAUDIO CATALDI, <i>Il "Quarto pacchetto ferroviario": la proposta per uno spazio ferroviario europeo unico e liberalizzato</i> .....	143

### **Opinioni**

GIURISDIZIONI E ATTIVITÀ ECONOMICHE	
MASSIMO LUCIANI, <i>Giurisdizione ed economia: quattro bivi</i> .....	167
GIOVANNI D'ANGELO, <i>Giudice amministrativo e regola economica</i> .....	173

MONICA DELSIGNORE, <i>Questioni di giurisdizione ed economia: il caso delle sovvenzioni</i> .....	183
ANDREA MARCHETTI, <i>Il caso Ilva tra giurisdizioni, pubblica amministrazione e legislatore: un hard case per il bilanciamento tra valori costituzionali</i> .....	193
 <b>Commenti</b>	
MAX BRUSCHI, <i>La "Buona Scuola": il nuovo ordinamento delle classi di concorso e il suo impatto sulle procedure di abilitazione, reclutamento, attribuzione delle supplenze. Nodi giuridici e prospettive</i> .....	211
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	235

## TABLE OF CONTENTS – NO. 1/2016

### Editorial

GIUSEPPE PIPERATA, <i>Local public services between re-municipalisation and privatisation</i> .....	v
---	---

### Essays

GABRIELE TORELLI, <i>Margins of tender adjustment in the evaluation of irregular or abnormally low tenders or in the event of clarification, specification, optimisation or additional information at the request of the contracting authority</i> .....	I
VALENTINA GIOMI, <i>ADR and the Court of Audit judicial review: a duty of diligent administration or exposure to administrative liability?</i> .....	33

### Articles

THE LOCAL NON SCHEDULED PUBLIC TRANSPORTATION: THE UBER CASE EDOARDO C. RAFFIOTTA, <i>Non-scheduled public transportations and new technologies: the Uber case in comparative law</i> .....	75
GIOVANNA PIZZANELLI, <i>Technological innovation and the unaccomplished regulation: the non-scheduled public transportations</i> .....	97
VALERIO TURCHINI, <i>The Uber case between free movement of services, domestic constraints and corporative pushes</i> .....	115
CLAUDIO CATALDI, <i>The EU Fourth Railway Package. Proposal for a single and open EU railway area</i> .....	143

### Opinions

COURTS AND ECONOMIC ACTIVITIES	
MASSIMO LUCIANI, <i>Justice and economics at the junction of four crossroads</i> ....	167
GIOVANNI D'ANGELO, <i>Administrative judges and economic rules</i> .....	173

MONICA DELSIGNORE, <i>Judicial issues and economics: the case of subsidies ..</i>	183
ANDREA MARCHETTI, <i>The Ilva case between jurisdictions, public administration and the legislator: a hard case for balancing constitutional values ....</i>	193
<b>Comments</b>	
MAX BRUSCHI, <i>“The Good School”: the new public competition system and its impact on qualifications, recruitment, substitute teaching.....</i>	211
LIST OF CONTRIBUTORS .....	235

GIUSEPPE PIPERATA

### **I SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA RI-MUNICIPALIZZAZIONE E DE-MUNICIPALIZZAZIONE**

**1.** I servizi pubblici locali sono in attesa di una riforma. Forse l'ultima di una lunga serie. Si spera, in ogni caso, possa essere quella in grado di assicurare stabilità ad un settore che è alla ricerca di un nuovo inquadramento teorico, organizzativo e gestionale.

Sull'opportunità di riformare i mercati dei servizi pubblici locali, fin da subito, non si sono formate opinioni condivise: per alcuni, infatti, un nuovo intervento riformatore è apparso come inutile, ben potendo oramai riconoscere la prevalenza e la sufficienza della cornice giuridica comunitaria su tutte le dinamiche riguardanti tali mercati; per altri, invece, solo un nuovo quadro legislativo avrebbe potuto colmare quel vuoto regolativo caratterizzante il settore in questione, vuoto considerato indice di assenza di qualsiasi politica industriale da parte dei pubblici poteri e causa principale dei problemi che affliggono tale importante ambito di azione economica.

Entrambe le opinioni hanno un'unica ragione giustificatrice, rappresentata dal fatto che le politiche legislative (e non solo) intraprese negli ultimi anni per riformare il settore dei servizi pubblici locali hanno avuto movimenti e direzioni diverse e, in alcuni casi, contrarie. Davanti a questa situazione, quindi, mentre alcuni ritengono ormai inopportuno provare nuovamente a riscrivere le regole generali del settore, altri, invece, considerano necessario compiere un nuovo sforzo in tale direzione.

Bisogna ricordare che l'esigenza di riscrivere il quadro ordinamentale generale dei servizi pubblici locali è vicenda relativamente recente, dovuta non solo alle politiche proconcorrenziali e di liberalizzazione economica imposte a livello comunitario, ma anche ad alcuni cambiamenti sociali e tecnologici che hanno profondamente inciso sui mercati di riferimento. In precedenza, infatti, il settore dei servizi pubblici locali è stato affidato ad un dettato legislativo alquanto semplice, che si è mantenuto stabile per diversi decenni. Ad essere incerto, invece, era il concetto di servizio pubblico locale, che, come in altre esperienze europee, è stato impossibile collocare all'interno di una nozione teorico-ricostruttiva condivisa. Vari e numerosi sono

stati i tentativi fatti e le teorie elaborate, ma alla fine si è preferito accettare l'idea secondo la quale il servizio pubblico locale può essere considerato come un'attività economica o sociale organizzata dall'ente locale al fine di soddisfare i bisogni della collettività di riferimento.

In tale contesto ricostruttivo, erano due i modi per ricondurre un'attività nell'ambito concettuale del servizio pubblico locale: o era il legislatore a qualificare e riservare l'attività stessa per l'ente locale o era l'ente locale che, forte della sua autonomia, decideva di assumere e organizzare come servizio pubblico tale attività. All'ente locale, in altri termini, spettavano la titolarità dell'attività e un incisivo potere organizzativo da esercitare per la gestione della stessa. Insomma, un importante e decisivo ruolo di governo del settore.

2. Come già anticipato, negli ultimi anni il legislatore italiano ha provato a scrivere le regole generali di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, ponendosi nuovi obiettivi di politica del diritto e immaginando nuovi scenari organizzativi per i singoli mercati. I tentativi sono stati numerosi; le incertezze ed i ripensamenti pure.

Venendo ai passaggi più recenti di questa vicenda, è ancora vivo nell'opinione pubblica il ricordo della celebrazione del referendum abrogativo del giugno 2011, con il quale la volontà del corpo elettorale ha interrotto un percorso di privatizzazione ed esternalizzazione dei servizi pubblici locali di carattere economico, imposto ai relativi settori e agli enti locali dall'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

Duplica è stato l'effetto dell'esito referendario: sull'assetto legislativo, in quanto è stato cancellato l'unico testo regolativo di carattere generale riguardante i servizi pubblici locali di rilevanza economica; sul potere organizzativo dell'ente locale, in quanto, rilegittimando il modello di gestione *in house* senza particolari limitazioni, se non quelle imposte dal diritto comunitario, si è consentita l'attivazione di processi di *ri-municipalizzazione* dei servizi economici, che prontamente molti comuni hanno provveduto a riavviare.

La *ri-municipalizzazione* dei servizi da parte degli enti locali ha sicuramente beneficiato di alcuni interventi da parte della Corte costituzionale, grazie ai quali agli effetti referendari sulla disciplina pregressa è stata data una stabilità rispetto a ripensamenti legislativi e riconosciuta anche una portata meno impattante di quella ricostruibile con una prima analisi superficiale. Infatti, il giudice delle leggi, da un lato, ha bloccato il tentativo governativo di reintrodurre con decretazione d'urgenza (art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138) la disciplina proconcorrenziale che il corpo elettorale aveva dichiarato

## **i servizi pubblici locali**

di non volere (C. cost., n. 199/2012), ma, dall'altro, ha anche rassicurato l'interprete e gli operatori, affermando che «dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario» e, soprattutto, che sempre dall'abrogazione referendaria «conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica» (C. cost., ord. n. 24/2011).

3. Le rassicurazioni fornite, qualche anno fa, dal Giudice delle leggi non paiono più sufficienti ad assicurare al sistema dei servizi pubblici locali un quadro ordinamentale di riferimento in linea con i molti cambiamenti legislativi, istituzionali ed anche economici, che negli ultimi anni hanno interessato il governo locale e dell'economia. Tale situazione ha, quindi, indotto il legislatore statale ad intervenire ancora una volta, per provare a dare al settore dei servizi pubblici locali economici una nuova regolamentazione. Questa volta, però, lo strumento prescelto è stato quello della legge delega. Infatti, la l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia), contiene un articolo, il 19, con il quale si affida al governo il compito di provvedere con decreto legislativo ad un riordino complessivo della disciplina in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale. Tra le direttive più importanti date dal parlamento al governo vi è quella di individuare la «disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee» (art. 19, c. 1, lett. c), l. n. 124/2015). Il governo italiano nei primi mesi del 2016 ha elaborato un primo schema di decreto legislativo, contenente il *Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*, sul quale è stato già acquisito il parere del Cons. St., Comm. Spec., n. 1075/2016. L'approvazione definitiva del provvedimento delegato da parte del governo, quindi, non dovrebbe tardare molto.

Si tenga anche presente che la delega legislativa e il conseguente Testo Unico in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale incrocia un altro importante punto della riforma Madia, quello relativo alla revisione della disciplina delle società a partecipazione pubblica, le quali

spesso rappresentano il modulo organizzativo preferito dagli enti locali per dare una veste giuridica al loro intervento diretto in vari mercati economici, compresi quelli dei servizi pubblici. L'art. 18 della legge citata, infatti, contiene una delega in tal senso, che il governo italiano sta esercitando in parallelo con quella riguardante l'art. 19, a tal punto che sono molti i punti in comune tra i due percorsi, sia sotto il profilo procedurale sia sotto il profilo dei contenuti e dei principi di riferimento.

4. Il processo di revisione della disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica è stato avviato, ma non può dirsi ancora concluso. Sappiamo, stante l'art. 19, l.n. 124/2015, quali sono i principi ed i criteri che dovranno essere sviluppati dall'intervento governativo, ma fino a quando il testo definitivo della riforma non verrà approvato non sapremo quali saranno le coordinate legislative che per il futuro assicureranno l'organizzazione e la gestione di tali servizi.

Tuttavia, non sembra essere azzardato provare a immaginare, già fin da subito, quelle che potrebbero essere le principali tendenze verso le quali il sistema legislativo si muoverà con riferimento a tale importante ambito di azione dei poteri locali. Alcuni elementi interpretativi consentono di farlo, a cominciare dalle indicazioni fornite dal legislatore in sede di delega, e poi continuando con gli scampoli di disciplina in tema di servizi pubblici locali che ancora sopravvivono nel panorama legislativo italiano, fino alle disposizioni di dettaglio che si ricavano dallo schema di testo unico già approvato, ma non ancora definitivo, il quale in ogni caso può già fornire un'indicazione di massima su quelli che possono essere le direzioni di riforma che il governo italiano intende seguire.

Quattro aspetti meritano di essere segnalati.

Il primo riguarda la scelta del legislatore italiano di colmare il vuoto legislativo che si era creato con riferimento ai servizi pubblici locali di tipo economico, ricostruendo attraverso un'iniziativa normativa *una nuova disciplina generale di riferimento*. Tale scelta non esaurirà l'intero ambito regolativo della materia. Sopravviveranno le discipline di settore, che al massimo andranno raccordate con quella generale (e in tal senso l'art. 19 si muove con un apposito criterio di delega). Non è da escludere un possibile intervento da parte del legislatore regionale, il quale, però, non potrà andare oltre ad una disciplina di dettaglio. Ci sarà anche una costante integrazione del dettato legislativo nazionale con i principi e le regole dell'Unione europea, soprattutto con riferimento al rispetto della concorrenza e ai modelli di organizzazione dei singoli mercati di servizio pubblico.

Un secondo profilo innovativo riguarda *la moltiplicazione delle categorie*



## **i servizi pubblici locali**

*di servizio pubblico locale (e dei relativi regimi giuridici)*, che è un aspetto già ora presente nella legislazione nazionale vigente e che sarà destinato ad essere potenziato dalla riforma in corso di approvazione.

Almeno fino al 2001, il servizio pubblico locale ha rappresentato una categoria unitaria con qualche differenziazione organizzativa per alcune specifiche attività. L'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, come si ricorderà, modificando gli artt. 113 ss., d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ha introdotto per la prima volta una differenziazione delle categorie (e regimi) dei servizi pubblici locali a seconda della rilevanza economica o meno dell'attività. L'art. 3-bis, d.l. n. 138/2011, a sua volta, ha differenziato nella categoria dei servizi a rilevanza economica quelli a rete rispetto a tutti gli altri, riservando per i primi un regime di organizzazione su ambito territoriale più ampio ed un sistema di governo di settore distinto da quello ordinario.

Il provvedimento di riforma delegato sembra orientato a confermare l'appena ricordata differenziazione. Nello schema di testo unico, infatti, non solo viene prevista la categoria dei servizi pubblici a rete (ossia, servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, definiti come «i servizi pubblici locali di interesse economico generale che siano suscettibili di essere organizzati tramite collegamenti strutturali o funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti alla regolazione a opera di un'autorità indipendente, inclusi quelli afferenti al ciclo dei rifiuti», art. 1, c. 1, lett. b)), ma per essi viene previsto un regime organizzativo diverso da quello definito per gli altri servizi, basato su una articolazione territoriale per ambito territoriale (delimitato dalle regioni, ma che non può essere inferiore al livello provinciale) e una concentrazione dei principali poteri di governo del settore (ossia «le funzioni di organizzazione dei servizi a rete, ivi compresa la scelta della forma di gestione, la determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, l'affidamento della gestione, la stipula del contratto di servizio e la relativa vigilanza e il controllo») in capo ad un ente configurato con legge sempre dalla regione, al quale obbligatoriamente partecipano tutti i comuni rientranti nell'ambito (art. 13).

Un'altra linea di tendenza che può essere individuata consiste nell'*abbandono del processo di ri-municipalizzazione* per dare spazio a politiche di esternalizzazione e privatizzazione delle gestioni esistenti e di quelle future. Ciò emerge fin dalla legge delega e dagli indirizzi da essa forniti al legislatore delegato. Sono diverse le indicazioni che possono essere in tal senso ricavate dalla disposizione contenuta nella l.n. 124/2015. Per prima cosa, l'effetto giuridico e politico prodotto dal referendum del 2011, da molti visto come *favor* verso i processi di ri-municipalizzazione dei servizi pubblici lo-

cali di rilevanza economica, viene circoscritto ai soli servizi idrici («con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011», art. 19, c. 1, lett. c)), per i quali, tra l'altro, anche l'Unione europea, con la recente dir. n. 23/2014 del 23 febbraio 2014, ha immaginato un'esclusione dalla disciplina generale in tema di contratti pubblici e concessioni, stante la peculiarità ed importanza del bene gestito. Inoltre, il governo è invitato ad operare la «soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio» (art. 19, c. 1, lett. b)), e ad introdurre incentivi e meccanismi di premialità «per gli enti locali che favoriscono l'aggregazione delle attività e delle gestioni secondo criteri di economicità ed efficienza, ovvero l'eliminazione del controllo pubblico» (art. 19, c. 1, lett. f)).

L'ultima delle tendenze che in questa sede merita di essere segnalata è quella più interessante e riguarda *la de-municipalizzazione dei servizi pubblici locali*, quantomeno di quelli di interesse economico generale ordinari e a rete, ovvero il fenomeno in base al quale gli enti locali per effetto di alcune scelte legislative recenti stanno perdendo, non tanto la titolarità sulle attività, quanto quel ruolo di governo del settore che si traduce nel potere di adottare le decisioni principali in materia di assunzione, organizzazione e gestione del servizio. Gli enti locali vedono indebolirsi quella "sovranità" rispetto ai propri servizi pubblici che in passato l'ordinamento loro garantiva e sono costretti ad accettare l'idea di condividere il governo di quei settori di intervento in economia con altri poteri pubblici (*in primis* con le *authorities*) e quantomeno con altri enti locali.

Significativo quanto avvenuto, al riguardo, con riferimento al settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a rete. Come già anticipato, l'art. 3-bis, d.l. n. 138/2011, ha stabilito che «le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali (...) cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente». Ora, è vero che, in ogni caso, vi è la partecipazione dell'ente locale al soggetto individuato dalla regione come responsabile del governo del servizio pubblico; tuttavia, il dettato normativo esclude la possibilità per l'ente locale che volesse conservare una ge-

## i servizi pubblici locali

stione individuale del servizio di poterlo fare e, in ogni caso, impone la condivisione con altri soggetti dei principali poteri di governo di attività che verranno esercitate sul proprio territorio.

È facile, dinanzi a tale tendenza legislativa, porsi il dubbio se un obbligo imposto all'ente locale di condividere con altri enti in un soggetto pubblico di definizione regionale il ruolo di governo sui servizi pubblici di cui è titolare non sia incompatibile con l'art. 118 Cost., nella parte in cui riconosce e garantisce autonomia amministrativa alle amministrazioni locali. Tuttavia, tale dubbio è stato recentemente fugato dalla Corte costituzionale, la quale – proprio in un giudizio di legittimità riguardante la modifica legislativa dell'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011 – ha precisato «con riguardo all'autonomia dei Comuni, che essa non implica una riserva intangibile di funzioni, né esclude che il legislatore competente possa modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali (sentenza n. 286 del 1997). Inoltre, con specifico riguardo a norme che prevedono la partecipazione degli enti locali ad autorità d'ambito alle quali sia trasferito l'esercizio di competenze in materia di servizi pubblici, la Corte ha ritenuto che norme siffatte non ledano l'autonomia amministrativa degli enti locali, in quanto si limitano a razionalizzarne le modalità di esercizio, al fine di superare la frammentazione nella gestione (sentenza n. 246 del 2009)» (C. cost., 7 luglio 2016, n. 160). Ovviamente, lo spostamento di competenze di governo su altri enti di tipo associativo implica che venga riconosciuto, in ogni caso, un ruolo all'ente locale titolare delle attività che a quel governo andranno assoggettate.

La riforma Madia e il conseguente provvedimento delegato in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale sembrano orientati a confermare il ricordato fenomeno di *de-municipalizzazione*.

In realtà, il primo dei criteri che l'art. 19, l.n. 124/2015, indirizza al governo per guidare l'intervento delegato sembra valorizzare il ruolo classico dell'ente locale rispetto ai servizi in questione, dato che con esso si promuove il «riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale».

Come già abbiamo avuto modo di segnalare, però, lo schema di prov-

vedimento delegato, invece, sposta importanti funzioni di governo dei settori di servizio pubblico su altri soggetti, in alcuni casi terzi rispetto agli enti locali titolari delle attività.

Innanzitutto, lo schema di testo unico conferma il modello di organizzazione dei principali servizi economici a rete, basato sull'incardimento dei poteri di organizzazione sull'ente di governo indicato dalla regione (art. 13).

Inoltre, è significativa la scelta governativa di coinvolgere nel governo dei singoli mercati o nei processi decisionali più importanti per i servizi pubblici locali di rilevanza economica alcune autorità amministrative indipendenti.

È coinvolta, per prima, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale non solo – come ricordato dalla disposizione (art. 5, c. 5) – può agire in giudizio, utilizzando i poteri di cui all'art. 21-bis, l. 10 ottobre 1990, n. 287, contro decisioni dell'ente locale poco rispettose dei nuovi principi e regole previsti per l'assunzione del servizio, ma soprattutto è chiamata a esercitare un importante potere consultivo rispetto alle decisioni amministrative di internalizzare la gestione del servizio attraverso la formula organizzativa dell'*in house providing* (art. 7, c. 5).

A seguire, poi, vengono coinvolte anche le altre autorità amministrative indipendenti competenti per settore. A queste è riconosciuto, negli ambiti di competenza, un generico compito di definire gli schemi tipo dei principali atti di governo del servizio (bandi di gara, contratti), i costi standard e i livelli minimi di qualità (art. 15, cc. 1 e 2), nonché un possibile ruolo consultivo su richiesta dei singoli enti (c. 3). L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che già aveva ampliato il suo campo di azione al servizio idrico, si espande ulteriormente, andando ad occuparsi anche di rifiuti e, pertanto, assumendo la nuova denominazione di Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e, conseguentemente, nuovi poteri (art. 16). Nuove competenze, poi, vengono riconosciute all'Autorità di regolazione dei trasporti con riferimento ai servizi di trasporto locale (art. 17). In tale quadro, anche all'Autorità nazionale anticorruzione è attribuito un compito specifico di predisporre, nel rispetto della disciplina nazionale in materia di contratti pubblici, schemi di bandi di gara e contratti tipo per quei servizi per i quali non opera un'autorità di settore (art. 15, c. 1).

Si potrebbe continuare, evidenziando anche altre disposizioni legislative contenute in altri provvedimenti diversi per oggetto, ma che potrebbero rilevare nei percorsi decisionali riguardanti l'assunzione, l'organizzazione e la gestione di un servizio pubblico locale di tipo economico, che attribuiscono a soggetti distinti dall'ente locale importanti funzioni rilevanti ai fini

## **i servizi pubblici locali**

del governo delle attività. Ma già quanto sopra ricordato ci pare sufficiente a confermare l'esistenza di una tendenza legislativa diretta ad evitare, quantomeno per i servizi pubblici più importanti, che le principali scelte siano prese in solitudine dagli enti locali titolari delle attività.

Così facendo, il paradigma di riferimento dei servizi pubblici locali e del ruolo di governo degli enti locali è destinato a cambiare. Oggi, nuovi principi e nuovi obiettivi di politica del diritto indirizzano il legislatore chiamato ad intervenire in materia. Si tratta, in primo luogo, del principio di tutela della concorrenza con il quale la ricordata autonomia amministrativa locale deve fare i conti. Si tratta anche del principio di buon andamento e del principio di coordinamento della finanza pubblica, che – come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 160/2016 – possono giustificare misure legislative di *de-municipalizzazione* del servizio, se rivolte a conseguire risultati economici migliori nella gestione dei servizi pubblici locali, un contenimento della spesa pubblica attraverso sistemi virtuosi di esercizio delle funzioni o una razionalizzazione delle modalità di organizzazione per superare inutili frammentazioni della gestione.

Un simile cambio di prospettiva non è scevro di rischi e problemi, alcuni fin da subito individuabili, in modo da poterli correggere o tenere in considerazione.

Un primo problema si collega alla *procedimentalizzazione del processo decisionale* riguardante il governo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Fino a pochi anni fa, bastava un'unica delibera del consiglio comunale per assumere ed organizzare un servizio pubblico locale, anche se connotato da una spiccata rilevanza economica. Nel nuovo contesto ordinamentale, in parte già vigente, i passaggi decisionali possono essere diversi, presuppongono atti istruttori di particolare rilevanza e possono vedere coinvolti, con compiti decisionali, consultivi o di controllo, differenti attori. Sarà, pertanto, molto importante costruire bene il modello procedimentale, mettendo correttamente in sequenza i vari passaggi in modo da evitare situazioni di blocco o di cortocircuito decisionale. Così come sarà importante non appesantire troppo la procedura, onde evitare che gli enti locali facciano scelte organizzative giustificate non tanto dalla convinzione sull'idoneità del modello prescelto a soddisfare le esigenze per le quali è adottato, bensì per il fatto di rappresentare la soluzione più semplice e meno articolata.

Un secondo problema riguarda la *definizione del ruolo degli altri attori coinvolti* nel governo dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Moltiplicando la presenza istituzionale di soggetti pubblici chiamati ad esercitare funzioni con riferimento all'assunzione e governo dei servizi pubblici locali sarà molto importante definire il loro ruolo non solo rispetto

all'ente locale titolare dell'attività e di funzioni proprie, ma anche rispetto agli altri attori. I rischi potrebbero essere diversi: una sovrapposizione di competenze, interventi contraddittori da parte di attori diversi con riferimento allo stesso percorso decisionale e anche fenomeni di "cannibalizzazione" tra soggetti pubblici con riferimento al ruolo da svolgere nell'organizzazione o regolazione di una attività di servizio pubblico locale di interesse economico generale.

Un ultimo problema si ricollega, infine, alla *valenza politica della decisione riguardante l'assunzione e l'organizzazione del servizio pubblico locale*. Anche la riforma Madia è consapevole che la «individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali» rappresenta una funzione fondamentale del comune, caratterizzata come tale da valutazioni prettamente politiche. Politicità della decisione che, fin dalle origini, ha giustificato l'elaborazione di un concetto indeterminato di servizio pubblico locale, condizionandone, tra l'altro, le caratteristiche fondamentali. Oggi, la politicità della scelta sembra essere recessiva rispetto ad altri elementi-guida, quali l'economicità, il rispetto della concorrenza, l'efficienza della gestione, ecc. Inoltre, la scelta politica non può essere più condotta dall'ente locale in autonomia o, meglio, in isolamento istituzionale, dovendola, in alcuni casi, condividere con altri enti e sempre parametrare rispetto a contesti regolativi governati da altri attori pubblici. Ma se così stanno le cose, i servizi pubblici locali, quantomeno quelli con rilevanza economica, non solo si stanno *de-municipalizzando*, ma stanno perdendo ulteriori tratti caratteristici di quel modello originario giunto fino a noi. Sembra essere ormai arrivato il tempo di iniziare ad interrogarci su quali elementi possano essere individuati come tratti caratteristici di un nuovo modello o, anche provocatoriamente, in che termini oggi il servizio pubblico possa continuare a dirsi locale.

GABRIELE TORELLI

## I MARGINI DI MODIFICABILITÀ DELL'OFFERTA IN SEDE DI VERIFICA DELL'ANOMALIA E DI SOCCORSO ISTRUTTORIO

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta: un'occasione per un riesame della proposta? – 3. Alcuni indizi sulla modificabilità dell'offerta dopo la contestazione di anomalia: da un'interessante pronuncia del giudice amministrativo al *favor* per il contraddittorio prima del processo. – 4. L'avallo legislativo alla revisione dell'offerta e l'indifferenza di ANAC e giudice amministrativo: il "nuovo" soccorso istruttorio. – 5. Qualche osservazione conclusiva.

### 1. Una breve premessa

In modo più convinto che in passato, il nostro legislatore pare aver virato verso quell'amministrazione condivisa<sup>1</sup>, il cui obiettivo è la valorizzazione del profilo dialettico nel rapporto con il privato. Da parte sua l'amministrazione, nonostante la diffusione del sentimento di crisi del momento autoritativo<sup>2</sup>, ha spesso compiuto delle scelte in distonia con la valorizzazione delle garanzie partecipative. L'apporto dell'individuo è stato spesso di fatto limitato, anche con il contributo della giurisprudenza.

La tensione tra questi aspetti, che pur tradizionalmente incide sul procedimento amministrativo, sembra oggi investire in modo non trascurabile il rapporto tra offerente e stazione appaltante nella procedura di evidenza pubblica.

Il riferimento è al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; e, in particolare, alla tendenza giurisprudenziale a legittimare il prov-

<sup>1</sup> G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, Cedam, 1998, 151 ss.; F. Benvenuti, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, vol. III, 1724 ss.; G. Berti, *La struttura fondamentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 3, 437 ss.; G. Pastori, *Riforme istituzionali e concezione dell'amministrazione*, in *Vita pensiero*, 1994, 1, 2 ss.; Id., *Partecipazione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, in *Stato e Regione*, 1979, 3, 94 ss.

<sup>2</sup> F. Bassi, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3, 744 ss.

vedimento di esclusione dalla gara nonostante la violazione delle regole procedurali stabilite dalla legge attraverso il richiamo all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990.

Del resto, nel settore degli appalti il coinvolgimento del privato è tema di crescente interesse anche per le recenti modifiche apportate al “nuovo” soccorso istruttorio, ridefinito con l'art. 39, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, che offre sicuri spunti di riflessione.

In breve, lo studio si propone di valutare se il nostro ordinamento – incentivato dalle istituzioni europee – dispone degli strumenti per assicurare una partecipazione forte nella gara d'appalto ed in quale misura il privato possa coltivarvi i propri interessi. Ovvero, se questi mezzi, pur previsti dalle norme, non vengono valorizzati appieno a causa di fattori esterni, *in primis* la diversa volontà del giudice amministrativo.

Anticipando qualche successiva riflessione, si ritiene che meriti particolare attenzione il tema della eventuale modifica dell'offerta in corso di gara, anche dopo la scadenza del termine.

Sembra, infatti, che in nome della volontà di garantire il maggior numero di partecipanti possibile, vi sia qualche apertura – a seconda dei casi a livello giurisprudenziale o legislativo – ad una rivisitazione della proposta avanzata dall'aspirante aggiudicatario oltre la *deadline* fissata nel bando.

Pur con l'ovvia preoccupazione, e la consapevolezza, che la tendenza imporrebbe dolorosi sacrifici sul versante della parità di trattamento tra i concorrenti. Prima di argomentare, è però doverosa una precisazione.

Nel tempo intercorso tra la fine del presente studio e la sua pubblicazione, è entrato in vigore il nuovo codice appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Le riflessioni che seguiranno non sembrano comunque risentire: gli istituti considerati, benché individuati secondo la vecchia disciplina, sono stati riprodotti nel nuovo codice senza decisivi cambiamenti. Pertanto, al netto di qualche naturale modifica nel testo, le due fattispecie cui si è accennato hanno mantenuto le proprie peculiarità e struttura all'interno della nuova disciplina<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Per comodità del lettore, si segnala che il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed il soccorso istruttorio sono ora disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 97 e 83, d.lgs. n. 50/2016. Dalla lettura delle disposizioni si nota una forte analogia con le corrispondenti norme del vecchio codice. L'art. 97 – in modo affine al precedente art. 88, d.lgs. n. 163 del 2006 – prevede anch'esso un contraddittorio pre-processuale con il concorrente che ha presentato un'offerta anomala, cui in alcuni casi (c. 7) può seguire una convocazione presso la stazione appaltante.

Altresi, l'art. 83, d.lgs. n. 50 del 2016, al c. 9, utilizza una terminologia pressoché identica al soccorso istruttorio così come definito all'art. 38, c. 2-bis del vecchio codice.



## 2. Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta: un'occasione per un riesame della proposta?

Nel settore degli appalti pubblici, accade spesso che il giudice amministrativo si pronunci in modo solo parziale sulle questioni sottoposte alla sua attenzione. Emblematico è l'atteggiamento di estrema cautela tenuto nei confronti della discrezionalità tecnica<sup>4</sup>, in particolare con riferimento al procedimento di verifica dell'offerta anomala, di cui all'art. 88, d.lgs. n. 163 del 2006, che si sviluppa in tre diverse fasi<sup>5</sup>.

Recenti sentenze del Consiglio di Stato confermano il *trend* già da tempo radicato, per cui la scelta della stazione appaltante è inopinabile, essendo possibile considerare solamente la sua ragionevolezza, ovvero la coerenza nel percorso logico seguito per giungere ad una determinata decisione<sup>6</sup>. Il sindacato risulta così, a parte rare eccezioni<sup>7</sup>, debole<sup>8</sup> e non penetrante.

<sup>4</sup> Già in passato, la dottrina aveva individuato la discrezionalità tecnica come una "zona franca" per il potere giudiziario. Sul punto, A. Travi, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 4, 558 ss.; Id., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439 ss. Altre volte, invece, la ragione è stata individuata in un timore reverenziale nei confronti della tecnica. A riguardo, M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 262, secondo cui il giudice amministrativo ritiene che il potere di valutazione tecnica sia fuori dalla propria portata.

<sup>5</sup> Come è noto, la norma sintetizza le attività che la stazione appaltante deve compiere a fronte della ricezione di un'offerta ritenuta anormalmente bassa, delineando un contraddittorio trifasico con l'offerente (giustificazioni-precisazioni-convocazione).

<sup>6</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1667; Cons. St., sez. IV, 3 aprile 2014, n. 1590; Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2012, n. 710; Cons. St., sez. III, 13 dicembre 2013, n. 5984; Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; Cons. St., sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5051; Cons. St., sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2013, n. 3900; Cons. St., sez. V, 21 giugno 2013, n. 3398; Cons. St., sez. III, 14 giugno 2013, n. 3321; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310.

<sup>7</sup> Il giudice amministrativo molto raramente ha propeo per un sindacato forte, sostituendo le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione in caso di un operato chiaramente non credibile né affidabile. Il riferimento è a Cons. St., sez. VI, 9 aprile 1999, n. 601, con note di D. de Pretis, *Discrezionalità tecnica ed incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.; M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185 ss., e P. Lazzara, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss. La sentenza in questione esclude categoricamente che la discrezionalità tecnica rientri nel merito.

In maniera analoga, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1731; Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *Urb. app.*, 2007, 2, 183 ss, con nota di S. Mirate, *Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo*.

<sup>8</sup> Sui profili ricostruttivi, F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, Giuffrè, 2005.

Questa è oggi la situazione, anche in assenza di un pensiero univoco in dottrina, che non ha ancora individuato un accordo sull'intensità da attribuire alla valutazione del giudice sulla materia<sup>9</sup>.

L'impostazione sembra già di per sé precludere al ricorrente un giudizio completo sulla questione controversa.

Tuttavia, gli interessi del privato ad ottenere un sindacato pieno a seguito della contestazione dell'anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante sono frustrati anche per una differente ragione.

Come già accennato, durante la procedura di verifica il confronto con l'aspirante aggiudicatario si sviluppa secondo tre fasi: l'amministrazione deve, in prima battuta, richiedere delle giustificazioni; in un secondo momento invitare alle precisazioni; infine convocare l'imprenditore cosicché questi possa esporre ogni informazione utile per sciogliere i dubbi insistenti sulla accettabilità dell'offerta.

Il rispetto pedissequo delle forme procedurali non è però sempre assicurato a causa del richiamo all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990<sup>10</sup>. In par-

<sup>9</sup> Favorevoli ad un potere di valutazione tecnica riservato all'amministrazione, C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

Più di recente, in termini analoghi, G. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 133 ss., pur teorizzando una necessità di distinguere tra discrezionalità tecnica e merito, ritiene che in entrambi i casi la valutazione dell'amministrazione è insindacabile da parte del giudice; e così pure F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 ss.

Al contrario, favorevoli ad un sindacato forte, severo controllore delle valutazioni tecniche dell'amministrazione, nonché sostitutivo delle stesse, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, 4, 1046; Id., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, 3 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, vol. II, 408 ss.; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000; L.R. Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 422 ss.; Id., *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 6, 1727 ss.

In altri casi ancora, alcuni hanno propeso per un sindacato che, pur pieno a livello cognitorio, non possa giungere a contestare la scelta amministrativa se questa appare di per sé plausibile ed attendibile. Per una parziale riserva di in capo all'amministrazione sulla scelta tecnica, si vedano F. Cintioli, *Consulenza tecnica e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in F. Caringella (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2002, 707 ss.; A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371 ss.

<sup>10</sup> È ricchissima la letteratura a riguardo.

## i margini di modificabilità dell'offerta

ticolare, le elusioni delle prescrizioni di cui all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, non sono ritenute dal giudice così gravi da determinare l'illegittimità del procedimento di verifica, e dunque l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara nonché dell'aggiudicazione finale<sup>11</sup>. La condizione per-

Tra i tanti, senza pretese di completezza, si rinvia a G. Bergonzini, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 2, 246 ss.; L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 103 ss.; Id., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 3, 591 ss.; D.U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione ed al diritto comunitario*, in *Foro amm. Tar*, 2005, fasc. 6, 91 ss.; Id., *Le norme di disciplina dei c.d. «vizi formali» del provvedimento contenute nel d.d.l. n. AS-1281, di modifica della legge n. 241 del 1990: spunti critici*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 5, 1813 ss.; Id., *Violazioni di norme sul procedimento amministrativo e l'annullabilità del provvedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, in particolare 209 ss. e 231 ss.; E. Follieri, *La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004, n. 204, e dell'art. 21-octies della legge 7.8.1990, n. 241*, in *Giust. amm.*, 2005, 1, 87 ss.; Id., *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. app.*, 2006, 5, 625 ss.; P. Lazzara, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1, 190 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; E. M. Marengi, *C'era una volta la partecipazione*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, Cedam, 2007, vol. II, 141 ss.; F. Midiri, *L'art. 21-octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione sostanziale o processuale?* In *Foro amm. CdS.*, 2007, 1, 254 ss.; V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.; A. Pubusa, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 2, 511 ss.; A. Romano Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *giustamm.it*, 2005, 2; F. Saitta, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 449 ss.; G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 572 ss.; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 385 ss.; F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, 319 ss.

<sup>11</sup> Cons. St., sez. V, 30 aprile 2015, n. 2201, sostiene che l'inosservanza dei termini per la convocazione dell'offerente per la resa dei chiarimenti non causa nessuna lesione sostanziale del diritto di difendersi secondo il principio di cui all'art. 21-octies, c. 2, l. n. 241/1990; Tar Lazio, Roma, 25 novembre 2014, n. 11760, secondo cui l'art. 21-octies assorbe le censure formali circa l'estromissione dalla gara causata dall'anomalia dell'offerta; in termini simili, Tar Abruzzo, L'Aquila, 26 maggio 2014, n. 485; Cons. St., sez. III, 11 giugno 2013, n. 3228, secondo cui «la mancata convocazione di una (ulteriore) seduta pubblica per la comunicazione dell'esito della verifica di anomalia e della conseguente aggiudicazione provvisoria non costituisce un vizio che inficia la procedura, ma è del tutto irrilevante»; e ancora Tar Lombardia, Milano, 7 novembre 2013, n. 2451, secondo cui a fronte dell'anomalia dell'offerta «eventuali vizi di composizione della Commissione in sede decisoria dequotano a meri

ché questo accade è la dimostrazione nel giudizio dell'impossibilità di un provvedimento dal contenuto difforme: detto in altro modo, deve dimostrarsi che l'offerta non possa non essere anomala<sup>12</sup>.

Qualche perplessità può emergere per l'utilizzo del giudizio prognostico, della cui funzionalità a fornire un'esatta ricostruzione dei fatti in sede processuale si è già dubitato<sup>13</sup>. Ma le incertezze certamente aumentano se si considera – come ricordato – che il sindacato sull'offerta anomala non garantisce una valutazione intrinseca per il timore del giudice di sconfinare nel merito amministrativo. In altre parole, dato il sindacato debole sulla questione tecnica, stona ancor più non accordare al privato solidi sostegni di tutela giudiziale neppure nel caso di mancato rispetto delle regole procedurali da parte della stazione appaltante.

Ma tant'è. Aldilà di opinabili percezioni sulla “parità (o disparità) delle armi” tra offerente ed amministrazione nel corso del giudizio, la soppressione di uno dei passaggi indicati dall'art. 88, giustificata facendo leva sull'art. 21-*octies*, c. 2, sottintende che nel pensiero del giudice il provvedimento di esclusione dalla gara sia l'unica soluzione possibile stante l'ontologica anomalia dell'offerta.

Aldilà dei dubbi registrati in dottrina sull'effettiva possibilità di ricostruire *ex post* il contenuto del provvedimento<sup>14</sup>, e considerato che in giurisprudenza la questione non è avvertita come un problema, è legittimo do-

vizi procedurali, che non possono condurre all'annullamento degli atti di gara ai sensi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, in quanto la ripetizione della fase procedimentale non potrebbe che condurre alle medesime conclusioni»; Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257, in cui è sostenuto che «la convocazione dell'offerente costituisce una facoltà istruttoria di cui la stazione appaltante può avvalersi ai sensi del comma 4 [dell'art. 88] in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta prima di procedere all'esclusione dell'offerta».

<sup>12</sup> Per un'esauriente ricostruzione, S. Baccharini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, 1070.

<sup>13</sup> Critici sulla ricostruzione processuale G. Bergonzini, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, cit., 246 ss., e, in special modo, 250-254; V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241 del 1990 riformata dalle leggi n. 15 del 2005 e n. 80 del 2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005, 36-37; E.M. Marenghi, *C'era una volta la partecipazione*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, cit., vol. II, 151; M.A. Sandulli, *Vizi formali e vizi sostanziali: prime riflessioni*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 135; A. Pubusa, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, cit., 511 ss., in particolare 526, ritiene che l'utilizzo del potere prognostico da parte del giudice integri una valutazione che sconfini «nell'arte divinatoria».

<sup>14</sup> Si veda la nota precedente.

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

mandarsi se il richiamo all'art. 21-*octies*, c. 2, possa essere criticato sotto qualche differente profilo.

Potrebbe aversi qualche apertura in questa direzione ritenendo che l'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, consenta una modifica dell'offerta. Seguendo questa logica, l'art. 21-*octies*, c. 2, non si applicherebbe per una ragione molto semplice, vale a dire perché il risultato potrebbe sempre essere diverso, in quanto il rapporto tra le parti si svilupperebbe in una fase di ulteriore negoziazione per rimediare alla contestazione di anomalia. Mancherebbe cioè in radice il presupposto dell'impossibilità di definire un provvedimento con un dispositivo diverso.

Occorre dunque accertare se c'è spazio per queste riflessioni, e considerare se, a fronte della contestazione di anomalia, esistono degli appigli nel nostro ordinamento per legittimare una rivisitazione dell'offerta oltre il termine del deposito. L'ipotesi in prima battuta appare alquanto audace; vale però egualmente la pena approfondire la vicenda per verificare l'esistenza in merito di qualche apertura della giurisprudenza che possa essere di conforto.

### **3. Alcuni indizi sulla modificabilità dell'offerta dopo la contestazione di anomalia: da un'interessante pronuncia del giudice amministrativo al favor per il contraddittorio prima del processo**

Alcuni spunti di riflessione in tal senso sono suggeriti dalla recente pronuncia del Tar Lombardia, sez. I, n. 350/2014<sup>15</sup>, con la quale è stato annullato il provvedimento di esclusione dalla gara a fronte della mancata convocazione dell'offerente che pure – come esplicitamente afferma il giudice meneghino – era stato legittimamente escluso poiché non in grado di fornire chiarimenti utili sulla contestazione di anomalia dell'offerta<sup>16</sup>.

La vicenda merita qualche approfondimento.

Dalla lettura della sentenza emerge che, a seguito di una delle obiezioni mosse dalla stazione appaltante<sup>17</sup>, ovvero l'esiguo numero di personale

<sup>15</sup> Il testo della sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 350, è reperibile in *Urb. app.*, 2014, 6, 701 ss, con nota di C. Contessa, *Le "Relazioni pericolose" fra la verifica di anomalia e l'art. 21-octies della legge sul procedimento*.

<sup>16</sup> Critico sul punto C. Contessa, *ult. op. cit.*, che nel commentare la pronuncia evidenzia il paradossale esito per cui il ricorrente risulta vittorioso nonostante non gli spetti il bene della vita.

<sup>17</sup> Per dovere di completezza, si ricorda che oltre a tale critica, vi sono altre due ragioni per cui la stazione appaltante ha propeso per l'anomalia dell'offerta: l'analisi dei prezzi

messo a disposizione per l'esecuzione dei lavori, la stessa ricorrente ha ammesso in sede di giustificazioni di non essersi resa disponibile ad assumere nuovi dipendenti per le attività da realizzare; salvo per poi sostenere che tale rifiuto non potesse influire sul giudizio di anomalia. L'atteggiamento tenuto dall'impresa ne testimonia la refrattarietà a conformarsi alle richieste dell'ente senza margini di compromesso; cosa ben diversa dall'aver tentato, senza esservi riuscita, di dimostrare la "normalità" della proposta avanzata.

In altre parole, la ricorrente non ha replicato appositamente alla contestazione, e cioè non ha tentato neppure di dimostrare che i soli suoi dipendenti sarebbero stati in grado di svolgere le mansioni ricercate, ritenendo che il numero di lavoratori sotto contratto non fosse questione suscettibile di apprezzamento alcuno, vista l'assenza di obblighi normativi in tema di assunzioni. È perciò evidente il fermo rifiuto dell'aspirante aggiudicatario a procedere alle assunzioni per soddisfare le richieste dell'ente pubblico.

Ma è altrettanto chiaro che la stazione appaltante ha concesso la *chance* all'impresa partecipante alla gara di mostrarsi disponibile ad assumere personale, così da presentare un'offerta adeguata, salvo per poi ottenere un rifiuto<sup>18</sup>.

La logica conseguenza è che l'amministrazione stessa, oltre a consigliare una revisione della struttura aziendale, avrebbe acconsentito ad una modifica della proposta avanzata. Ne è dimostrazione il fatto che all'offerente non è stato chiesto di dimostrare che l'esiguo numero di dipendenti fosse egualmente in grado di eseguire le attività descritte nel bando. L'ente ha invece preferito saggiarne la disponibilità a rivedere la propria posizione, evidenziando appositamente che l'offerta sarebbe stata competitiva se fosse stata assunta appositamente nuova forza lavoro.

Già da questa prima considerazione si evince che, secondo la lettura

delle categorie di lavori richiesti, il numero del personale messo a disposizione per l'esecuzione dei lavori, la capacità ad eseguire i lavori. In entrambi questi casi, tuttavia, la ricorrente ha evidenziato nel merito i motivi per cui ritiene le contestazioni infondate, non riuscendo però a convincere l'amministrazione. L'atteggiamento tenuto è stato quindi differente rispetto alla contestazione circa la mancanza di una sufficiente forza lavoro. In quest'ultimo caso, infatti, l'offerente, come già detto, non ha contestato nel merito i rilievi mossi dalla stazione appaltante, limitandosi ad affermare l'impossibilità di apprezzamento della decisione di non assumere nuovo personale, nonché l'inesistenza di obblighi normativi in tal senso.

<sup>18</sup> Si riporta integralmente il frammento di sentenza da cui viene desunta l'impressione: «[...] la circostanza che l'impresa non avesse in sede di giustificazioni espresso la volontà di assumere ulteriore personale da dedicare ai lavori sarebbe un elemento insuscettibile di apprezzamento alcuno». Ecco, dunque, che da quanto fedelmente riportato, sembra che il giudice amministrativo racconti il tentativo della stazione appaltante di "limare", in sede di giustificazioni, lo scarto tra quanto richiesto e quanto offerto.

## i margini di modificabilità dell'offerta

del soggetto pubblico prima ancora che del giudice amministrativo, il sub-procedimento di verifica dell'offerta anomala potrebbe rappresentare un'occasione per rivisitare l'offerta. Del resto, l'ammonizione circa il doveroso aumento di personale come (una delle) *condicio sine qua non* per ottenere l'aggiudicazione sembra interpretabile in tal senso.

Ma vi è di più.

Come detto, la mancata convocazione è stata considerata dal giudice lombardo un segmento procedimentale di carattere infettibile, la cui violazione si è rivelata decisiva, senza attribuire rilievo alcuno alla sostanziale correttezza dell'esclusione. La sintetica motivazione ha spiegato che le previsioni di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, non sono invocabili perché riferite ad altro tipo di fattispecie. Vista la prassi ormai consolidata di dequotazione dei vizi delle norme in tema di partecipazione, la conclusione non può non stupire.

La lettura non scade in sterili formalismi a patto che, come da ipotesi, il vantaggio per il privato non si esaurisca nell'aspirazione ad ottenere il provvedimento favorevole (nel caso di specie l'aggiudicazione dell'appalto)<sup>19</sup>. O,

<sup>19</sup> L'inopportunità del rinvio all'art. 21-*octies*, c. 2 (la cui natura presuppone l'impossibilità di ottenere un provvedimento dal contenuto difforme), dovuta alla possibilità di modificare l'offerta attraverso l'art. 88 (ipotesi che, al contrario, presuppone la possibilità di una diversa decisione) non è vicenda isolata.

A ben vedere, sembra che una situazione analoga si verifichi con riguardo all'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990.

È noto che il giudice amministrativo spesso non annulla il provvedimento di diniego, pure a fronte del mancato preavviso di rigetto, invocando la portata salvifica dell'art. 21-*octies*, c. 2. Tra le tante, e solo recentemente, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 23 febbraio 2015, n. 683; Tar Sardegna, sez. II, 13 gennaio 2014, n. 18; Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2013, n. 5818; Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4855; Cons. St., sez. IV, 24 settembre 2013, n. 4693; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4448; Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3616; Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3458; Tar Lazio, Roma, sez. III, 13 giugno 2013, n. 6470.

Tuttavia, *mutatis mutandis*, anche in questo caso la sua estensione genera qualche perplessità. L'art. 10-*bis*, in modo simile all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, sembra tutelare l'istante non circa la possibilità di ottenere un provvedimento di accoglimento, ma al contrario per la prospettiva di offrirgli un'ulteriore *chance* di accoglimento della richiesta.

Ritengono che l'utilità principale del preavviso di rigetto consista nella possibilità di modificare la propria domanda iniziale D.Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli, Padova, Cedam, vol. IV, 455; e così anche S. Pellizzari, *L'art. 10-bis della legge 241 del 1990: le potenzialità del "dialogo procedimentale" nel contesto della semplificazione amministrativa*, in A. Sandulli, G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 144.

In termini simili, F. Gaffuri, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*,

che dir si voglia, ammettendo dei margini per un cambiamento della proposta.

Perché ciò sia possibile, in una prospettiva più organica rispetto alla specifica posizione espressa dal Tar Lombardia, è condizionante riconoscere che il sub-procedimento di verifica dell'anomalia è sede di un effettivo confronto tra l'offerente e la stazione appaltante. Occorre cioè rinvenirvi un vero contraddittorio, o meglio una contrattazione tra le parti.

La Corte di giustizia si è pronunciata per prima sulla irrinunciabilità di tale profilo nella procedura in questione, condannando la soppressione del confronto con l'operatore, in ossequio ai principi di massima apertura alla concorrenza di derivazione europea<sup>20</sup>. La posizione è stata successivamente ribadita a seguito di apposito interpello da parte del Consiglio di Stato<sup>21</sup>: le deduzioni scritte nell'ambito del sub-procedimento per valutare l'anomalia dell'offerta sono un corollario del principio di non discriminazione tra gli operatori<sup>22</sup>, e dunque del principio di concorrenza.

La teoria ha poi trovato concreto riscontro anche nelle decisioni della Corte costituzionale: questa ha confermato la riconducibilità del tema nell'ambito della tutela della competizione economica<sup>23</sup>, decretando l'illegittimità di una legge della Regione Campania non sufficientemente rispettosa dei predetti principi di derivazione sovranazionale<sup>24</sup>. Vale la pena annotare

2012, 1-2, 243, secondo cui la comunicazione ostativa definisce una chiara posizione di vantaggio in capo all'istante, che pur non coincide necessariamente con l'utilità del provvedimento finale.

Il preavviso di rigetto viene, invece, descritto come istituto con proprie peculiarità da A. Zito, *Profili funzionali del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 161, il quale ne evidenzia il contenuto decisivo, estraneo invece ad altri atti endoprocedimentali, come la comunicazione di avvio del procedimento.

<sup>20</sup> Sull'imprescindibilità del contraddittorio nell'esclusione delle offerte anomale, C. giust., 27 novembre 2001, C-285-286/1999.

<sup>21</sup> Cons. St., sez. V, ord. 7 febbraio 2006, n. 489.

<sup>22</sup> C. giust., sez. IV, 15 maggio 2008, C-147/06 e 148/06, in cui, oltre a confermare quanto sopra segnalato, il giudice europeo afferma che osta al diritto comunitario la normativa italiana che prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sotto-soglia. Le norme che regolano il confronto con la stazione appaltante assurgono, dunque, al rango di norme di principio.

<sup>23</sup> C. cost., 22 maggio 2009, n. 160.

<sup>24</sup> In particolare, nel caso di specie, l'art. 27, c. 1, lett. t), l. reg. Campania 30 gennaio 2008, n. 1, prevedeva l'esclusione automatica negli appalti sotto-soglia delle offerte risultate anomale, previsione che contrasta con il principio di massima partecipazione in tema di appalti e, pertanto, di tutela della concorrenza e di non discriminazione. La Consulta ha rilevato come, a seguito dei correttivi apportati al codice appalti dal d.lgs. 11 settembre 2008, n.



## i margini di modificabilità dell'offerta

che nel caso di specie la Consulta ha censurato l'operato del legislatore regionale non tanto perché in contrasto con le previsioni nazionali del codice appalti, quanto piuttosto perché irrispettoso dei principi concorrenziali che esse stesse riflettono<sup>25</sup>.

Da queste brevi note si deduce l'intenzione di alcuni giudici di leggere nell'art. 88 un contraddittorio effettivo ed approfondito. Il che è coerente con la struttura della norma, la quale descrive volutamente un ripetuto e non ignorabile confronto tra le parti (giustificazioni-precisazioni-convocazione). La contrattazione trifasica segna cioè l'obbligo per la stazione appaltante di confrontarsi a più riprese con l'aspirante aggiudicatario, spiegando le perplessità sul contenuto della presunta offerta anomala, e seguendo un preciso *iter* logico, frutto di più valutazioni compiute sia dal responsabile del procedimento sia dalla stazione appaltante<sup>26</sup>.

L'intenzione è quella di anticipare il contraddittorio processuale ad una fase precedente al giudizio, con i non trascurabili vantaggi per l'offerente. La trasposizione delle garanzie dall'uno all'altro ambito gli regalerebbe un duplice momento in cui tentare di porsi sullo stesso piano, o quasi, dell'amministrazione, anche considerando che la parità processuale delle parti nella pratica per alcuni non sempre è garantita<sup>27</sup>, laddove per altri è, addirittura, una vera e propria chimera<sup>28</sup>.

Il tema non è certamente nuovo, in quanto la contrapposizione (e la

152, al fine di aumentare la concorrenzialità nel settore, le amministrazioni siano in facoltà di procedere ad esclusione automatica negli appalti con valore inferiore alla soglia comunitaria, ed invece non possano procedere in tal senso (*rectius*: debbono sviluppare l'iter per verificare la anomalia dell'offerta), se le offerte ammesse sono inferiori a dieci, *ex art.* 122, c. 9, d.lgs. n. 163/2006. Contrasta dunque con queste disposizioni la norma di una legge regionale che imponga un'esclusione automatica.

<sup>25</sup> Ne è conferma che l'art. 27, c. 1, lett. *t*), l. reg. Campania n. 1/2008 sia stato dichiarato illegittimo *ex art.* 117, secondo comma, lett. *e*), Cost.

<sup>26</sup> Sulla centralità di questi adempimenti, si veda Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1467.

<sup>27</sup> Per una ricostruzione approfondita del giusto processo si veda M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2006, 505-595. Sul punto si veda anche A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439-460, in cui l'A. sostiene che vada perseguito l'obiettivo di un «processo amministrativo paritario», così lasciando intendere che sia difficile scorgere un'assoluta eguaglianza delle parti innanzi al giudice amministrativo.

<sup>28</sup> G. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 162.

sovrapposizione) tra procedimento e processo è stata già oggetto di vivaci dibattiti.

In passato, si era ritenuto che nel processo la funzione di garanzia è preminente<sup>29</sup>, poiché i destinatari dell'atto possono «partecipare alla trasformazione del potere»<sup>30</sup>, tratto incompatibile con il procedimento, il quale esclude per sua natura la posizione paritaria delle parti<sup>31</sup>. Ed in questa frattura si è tradizionalmente annidata la linea di confine tra i due istituti<sup>32</sup>, la quale rimarca la diversa natura dei fatti analizzati nei due momenti. Seguendo questa logica, nel processo le valutazioni non possono che riguardare l'interesse pubblico, senza peraltro disporre di una completa conoscenza dell'andamento dell'istruttoria e della posizione dell'amministrazione<sup>33</sup>; nel procedimento esse vertono sull'accertamento delle ragioni in diritto.

Tuttavia, nell'ambito ora considerato, questa suddivisione manichea non sembra oggi attuale.

Recentemente, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta i benefici per il privato non si sostanziano nella sola opposizione all'amministrazione, avendo questi la facoltà di giustificare la propria proposta anche su quei profili per cui non è stato richiesto un chiarimento dalla stazione appaltante<sup>34</sup>. Nel caso di specie, l'Adunanza ha sì confermato la legittimità del comportamento del responsabile del procedimento che non aveva specificamente richiesto al concorrente delle precisazioni sulle voci congrue dell'offerta; ma ha anche ri-

<sup>29</sup> F. Benvenuti, *L'istruttoria nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953; Id, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

<sup>30</sup> Id., *ult. op. cit.*, 136.

<sup>31</sup> Di svuotamento del significato di contraddittorio in assenza della parità di poteri procedurali delle parti scrive G. Ghetti, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1972, 1 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, è illuminante lo scritto di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 268-270, il quale già più di tre decenni fa auspicava l'integrazione fra procedimento e processo, per la realizzazione della quale è però necessario «l'evidenziazione dei modi e dei tempi in cui la scelta amministrativa avviene».

<sup>33</sup> G. Ghetti, *ult. op. cit.*, 206, traendo le conclusioni dalla propria ricerca, evidenzia la carenza degli strumenti partecipativi individuandone la ragione nell'insufficienza dei mezzi a disposizione del contraddittorio amministrativo. Sulle difficoltà dell'introduzione del contraddittorio nel procedimento amministrativo si veda anche U. Pototschnig, *I problemi dell'organizzazione amministrativa*, in (a cura di) di U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioni, 1987, in particolare 838 ss.

<sup>34</sup> Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36, in *Urb. app.*, 2013, 3, 330 ss.

## i margini di modificabilità dell'offerta

badito che spetta a quest'ultimo introdurre *sua sponte* nel confronto qualsiasi elemento che deponga a favore della congruità della proposta.

Secondo il Collegio, dunque, la contestazione mossa dall'ente pubblico è innanzitutto un "campanello d'allarme" per cui il privato è chiamato a valorizzare la propria offerta sotto più profili, cosicché ogni sua deduzione venga riesaminata<sup>35</sup>. L'obiettivo è attribuire all'amministrazione più occasioni per considerare la piena affidabilità del progetto<sup>36</sup>, ma nel fare ciò è imprescindibile la produzione di elementi informativi che ne dimostrino l'equilibrio complessivo. L'eventuale soppressione di questo passaggio precluderebbe la *chance* di rafforzare la serietà della proposta, a questo punto anche con elementi nuovi<sup>37</sup>.

Quest'ultima possibilità in particolare trova un concreto riscontro nel ragionamento del Tar Milano, in cui tale *chance* è stata indirettamente riconosciuta in sede di giustificazioni dalla stessa stazione appaltante (e solo poi dal giudice amministrativo) mediante il suggerimento di assumere nuovi dipendenti, così da superare il profilo di anomalia dell'offerta.

L'apertura della giurisprudenza non desta eccessivo stupore. Essa è anzi coerente con la crescente fortuna ottenuta dalla *full jurisdiction*<sup>38</sup>, nonché dagli obblighi di trasparenza dell'attività amministrativa che si sostanziano nel trapianto di elementi processuali all'interno del procedimento<sup>39</sup>; vi

<sup>35</sup> Questo sembra lo spirito delle deduzioni dell'Adunanza plenaria, là dove viene affermato che la valutazione sull'anomalia dell'offerta implica «un giudizio sulla complessiva attendibilità dell'offerta economica meno agganciato a valutazioni di natura tecnico-scientifica e più direttamente con scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà ed affidabilità del concorrente che dell'amministrazione è destinato a divenire l'interlocutore contrattuale».

<sup>36</sup> Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188, in *Foro amm. CDS*, 2010, 10, 2217 ss., con nota di F. Romoli, *La verifica di anomalia dell'offerta, tra discrezionalità amministrativa e accertamento della fattispecie*; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5315.

<sup>37</sup> Parzialmente contraria Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6267, la quale ammette modifiche, ma non di natura sostanziale.

<sup>38</sup> M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 569 ss., sottolinea che la Corte EDU promuove, per l'appunto, il concetto di *full jurisdiction*, secondo il quale il sindacato del giudice sui poteri esercitati dalle amministrazioni dovrebbe realizzare un «continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale».

Meno recentemente, in termini analoghi, G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge* 241, 2006, 3, 575-579.

*Contra*, R. Ferrara, *Il procedimento visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 1029, il quale definisce "fondamentale" la regola della separazione tra procedimento e processo.

<sup>39</sup> La crescente influenza tra procedimento e processo è testimoniata anche sotto altri profili. Si pensi, ad esempio, alle modifiche apportate dalla l. n. 190/2012 all'art. 2, c. 1, l. n.

sono cioè i presupposti per la progressiva affermazione di un conflitto pre-processuale nell'ambito ora considerato.

Del resto, se la Corte di giustizia pretende il rispetto del contraddittorio nella verifica dell'offerta anomala, significa che l'integrazione tra questa procedura ed il processo è funzionale alle pretese europee di promozione della massima partecipazione nelle procedure ad evidenza pubblica<sup>40</sup>. La tendenza a stimolare un contenzioso anticipato tra stazione appaltante e offerente è poi ancor più significativa in un settore in cui la tutela giurisdizionale non è piena visto il sindacato debole sulla discrezionalità tecnica.

Ma anche senza scomodare le istituzioni sovranazionali, l'anticipazione del contraddittorio processuale – funzionale a definire una fase di contrattazione in cui rivedere l'offerta – sembra ipotizzabile anche per le analogie di fondo tra il sub-procedimento di verifica dell'offerta anomala ed i motivi aggiunti del processo.

Questi consentono un'estensione dell'oggetto del giudizio attraverso la c.d. *mutatio libelli*, incidente direttamente sul *petitum*<sup>41</sup>, nonché una decisione arricchita da una più completa conoscenza dei fatti<sup>42</sup>. Altra loro funzione è il rimedio all'ignoranza del privato circa i vizi dell'atto al momento della proposizione del ricorso<sup>43</sup>.

Tali meccanismi sono presenti anche nel procedimento di verifica dell'offerta anomala, innanzitutto perché l'offerente non ha la certezza dell'errore commesso fino a che non gli è mossa la contestazione. Le repliche alle osservazioni mosse dall'amministrazione durante questa fase, inoltre, ampliano i confini della contesa ad elementi connessi con l'offerta originariamente presentata, in maniera analoga a quanto avviene per i motivi aggiunti nel giudizio<sup>44</sup>. Non è un caso che la stessa Adunanza plenaria ne ha indivi-

241/90, il quale consente ad oggi all'amministrazione di redigere un provvedimento in forma semplificata a fronte della irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, in modo analogo a quanto accade con riferimento alla sentenza breve emanata dal giudice amministrativo.

In questi termini anche M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 270 ss, vd. nota 34.

<sup>40</sup> Un celebre precedente giurisprudenziale sul punto, ad esempio, è Corte giust., sez. V, 10 ottobre 2013, C-94/12, in *Urb. app.*, 2014, 2, 147 ss., con commento di R. Caranta, *La Corte di giustizia "bacchetta" l'Italia sull'avvalimento*.

<sup>41</sup> A. Police, *Il ricorso di primo grado*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XLII, Padova, Cedam, 2014, 413 ss.

<sup>42</sup> A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 253 ss.

<sup>43</sup> A. Police, *ult. op. cit.*, 414.

<sup>44</sup> M. D'Orsogna, F. Figorilli, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F.G. Scoca (a

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

duato l'utilità nell'estensione dell'impugnazione ad ogni provvedimento emanato nel corso del processo<sup>45</sup>.

L'affinità si riscontra nel fatto che in entrambi i casi l'amministrazione, durante il confronto con il privato, può muovere delle censure (ovvero degli atti ablatori) la cui contestazione da parte del ricorrente si aggiunge a quella originariamente avanzata, così da costruire una più efficace e coordinata linea difensiva in un contesto evidentemente litigioso.

In definitiva, si ritiene che la dichiarazione di illegittimità dell'esclusione dalla gara per vizi procedurali *ex art. 88*, pure a fronte della riconosciuta anomalia, non scada in sterili formalismi a patto di aprire alla modifica dell'offerta. Il procedimento dovrebbe cioè garantire un bene giuridico distinto dall'aspirazione ad ottenere il provvedimento favorevole della dichiarazione di "non anomalia"; ovvero la facoltà di modificare i contenuti della proposta entro certi limiti che sarà cura dell'interprete individuare. Perderebbe così di significato invocare l'applicazione dell'art. 21-*octies*, c. 2, a fronte di un risultato (la decisione sull'esclusione o la permanenza in gara) che può sempre essere diverso. La sentenza del Tar Milano rappresenta un confortante precedente a riguardo.

Si aprono inevitabilmente notevoli problematiche legate alla modifica dell'offerta dopo la scadenza stabilita nel bando.

Le considerazioni potrebbero apparire inadeguate perché chiaramente in contrasto con il principio di parità di trattamento tra i concorrenti. A questo punto, però, occorre intendersi sullo spazio che il nostro ordinamento è disposto a concedere alle pretese europee, le cui pressioni per l'affermazione del principio di massima partecipazione nell'ambito degli appalti sono note, e spesso in contrapposizione con la *par condicio*.

L'impressione è che il *favor* nei confronti delle garanzie procedurali incontrerà crescente fortuna, pur a discapito dell'eguale trattamento dei concorrenti. Anche la nuova disciplina del soccorso istruttorio sembra procedere in questa direzione.

cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 325 ss., individuano nell'allargamento del giudizio, attuata mediante la connessione tra la contestazione originaria e quella attuata tramite motivi aggiunti, una felice previsione nell'ottica di una più efficace tutela giurisdizionale per il ricorrente.

<sup>45</sup> Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.* 2003, III, 433.

#### 4. L'avallo legislativo alla revisione dell'offerta e l'indifferenza di ANAC e giudice amministrativo: il "nuovo" soccorso istruttorio

La nuova disciplina del soccorso istruttorio rafforza in maniera piuttosto marcata la partecipazione, da qualificarsi nuovamente come un valore centrale, dopo il suo sostanziale svuotamento di significato nel procedimento amministrativo<sup>46</sup>. Il potenziamento testimonia la chiara intenzione del legislatore di salvaguardare il principio di massima partecipazione nella procedura ad evidenza pubblica, in conformità alle indicazioni europee.

La nuova normativa sembra presentare un interessante elemento in comune con il subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta: la potenziale modificabilità della stessa in un momento successivo alla scadenza del termine. Se così fosse, si avrebbe un ulteriore indizio del fatto che le garanzie procedurali – in modo analogo a quanto rilevato circa l'art. 88, d.lgs. 163 del 2006 – incidono sulla gara al punto da contribuire all'abbattimento del dogma della parità di trattamento tra gli aspiranti aggiudicatari.

Per verificare quanto premesso, è necessario indagare più compiutamente come muta la partecipazione negli appalti a seguito dell'introduzione del "nuovo" soccorso istruttorio<sup>47</sup>, disciplinato dall'art. 39, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114, rubricato "*Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici*"<sup>48</sup>.

La norma – come è noto – aggiunge il c. 2-*bis* all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, nonché il c. 1-*ter* all'art. 46 dello stesso decreto, così da imporre alla stazione appaltante l'obbligo di richiedere all'offerente dei chiarimenti in ordine al contenuto dell'offerta.

Pertanto, il concorrente non può più essere escluso dalla gara neppure se la proposta difetta degli elementi essenziali. Proprio tale mancanza obbliga la stazione appaltante al soccorso, al fine di regolarizzare la posizione dell'operatore economico. Viene così facilitata la partecipazione dell'offerente<sup>49</sup>, la cui esclusione può essere comminata solo ove questi non presenti

<sup>46</sup> Il riferimento è all'utilizzo dell'art. 21-*octies*, c. 2, e alla sua estensione al mancato preavviso di rigetto.

Per la bibliografia si rinvia alle note 9 e 12.

<sup>47</sup> Per una recente lettura dell'istituto, V. Brigante, *Soccorso istruttorio e de quotazione dei vizi formali: tendenze e dubbi interpretativi*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2016, 2.

<sup>48</sup> Per un primo commento sulla riforma si rinvia a M.A. Sandulli, *Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, ed i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, 14.

<sup>49</sup> Per recenti contributi dottrinali sul "nuovo" soccorso istruttorio si rinvia a S. Foà, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014,

## i margini di modificabilità dell'offerta

le delucidazioni richieste entro il termine fissato dall'amministrazione, comunque non superiore ai dieci giorni, in ossequio al principio di massima partecipazione.

In particolare, stando alla lettera della legge, il "nuovo" soccorso istruttorio stabilisce che, nel caso di offerta carente per incompletezza, mancanza o irregolarità degli elementi essenziali e delle dichiarazioni sostitutive, la stazione appaltante deve – oltre ad escutere la cauzione provvisoria<sup>50</sup> – richiedere al concorrente la resa, l'integrazione e la regolarizzazione necessarie, indicandone il contenuto ed i soggetti chiamati ad eseguirle. Al contrario, in passato, la carenza degli elementi essenziali non poteva essere sanata, e dava luogo ad una esclusione immediata<sup>51</sup>.

Le prime difficoltà interpretative sono state dovute alla mancata specificazione da parte della norma di quali elementi devono ritenersi essenziali<sup>52</sup>; tuttavia, le incertezze hanno avuto vita breve, in quanto la celebre determinazione ANAC dell'8 gennaio 2015, n. 1, ha definito tali quegli elementi che afferiscono all'individuazione del soggetto ed al contenuto della dichiarazione con riguardo ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38<sup>53</sup>.

11, 1147 ss., e a S. Usai, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio integrativo*, commento a Tar Puglia, Lecce, sez. III, 30 aprile 2015, n. 1458, in *Urb. app.*, 2015, 10, 1078 ss.

<sup>50</sup> La legittimità della clausola del bando che consente di incamerare la cauzione provvisoria nel caso di non corrispondenza al vero delle dichiarazioni circa la sussistenza dei requisiti generali di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 è da Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34.

Per un approfondito commento, si rinvia a S. Amato, *L'escussione della cauzione provvisoria nei confronti di imprese non aggiudicatarie nell'ipotesi di riscontrata assenza dei requisiti generali di partecipazione alla gara*, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1363 ss.

<sup>51</sup> Sulla previgente disciplina, N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *www.giustamm.it.*, 2013, 5, in cui si afferma esplicitamente che (§ 2.3.1.) «la regolarizzazione postuma non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta. A titolo esemplificativo, non sarebbe possibile procedere ad integrazione documentale a fronte di carenze della offerta tecnica od economica, poiché ciò inciderebbe sul merito del confronto concorrenziale e non su aspetti meramente formali».

La stessa conclusione si deduce dal lavoro, pregresso rispetto alla definizione della nuova normativa di soccorso istruttorio, di F. Risso, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm CdS*, 2013, 9, 2528 ss., e, in particolar modo, 2536 ss.

In termini analoghi, e sempre in un momento antecedente alla riforma del 2014, si veda la ricostruzione delle teorie dottrinali svolta da G. Caputi, *Il soccorso istruttorio al vaglio della Plenaria. "Una buona idea" ed una "chiara traiettoria"?*, in *www.giustamm.it.*, 2013, 10, in particolar modo § 4.

<sup>52</sup> Così S. Foà, *ult. op. cit.*, 1147 ss.

<sup>53</sup> Determinazione ANAC 1/2015, § 1.1, in cui si afferma per l'appunto che «[...] l'intento del legislatore di estendere l'applicazione della norma a tutte le carenze [...] riferite agli elementi ed alle dichiarazioni di cui all'art. 3».

Il punto nodale diviene dunque comprendere il margine di azione del soccorso istruttorio, ovvero il limite oltre il quale la stazione appaltante non può aiutare il concorrente che ha presentato una offerta carente nei suoi elementi essenziali. Il che equivale a chiedersi qual è il grado massimo di effettivo beneficio che l'aspirante aggiudicatario può ottenere dalla seconda *chance* che gli viene concessa per l'aggiudicazione dell'appalto.

L'Adunanza plenaria nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, è stata molto chiara a riguardo, confermando un progresso indirizzo<sup>54</sup> secondo cui la soluzione va ricercata nel binomio regolarizzazione-integrazione documentale. In particolare, al par. 7.2., lett. e), della sentenza si legge che «per meglio definire il perimetro del soccorso istruttorio è necessario distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale” [...] nel senso che il principio di “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengono in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara [...]

Anche S. Amato, *ult. op. cit.*, 1363 ss., ed in particolare 1372-1374, richiamando la stessa determinazione ANAC, ricorda che gli elementi essenziali sono quelli riferibili ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, d.lgs. 163/2006, e dunque a quelle irregolarità che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (nota 33).

<sup>54</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui una integrazione documentale può essere svolta solo in caso di ambiguità delle clausole stabilite dall'amministrazione; Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370, in *Urb. app.*, 2013, 12, 1309 ss., con nota di A. Manzi, *In attesa della Plenaria ... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell'applicazione del cd. Soccorso istruttorio*, in cui si legge (punto 14) «la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali, o chiaramente imputabili ad errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo in quest'ultima ipotesi consentita la sanatoria o l'integrazione postuma», ed ancora (punto 17) «l'integrazione documentale, in altri termini, non intende supplire ad un'offerta originariamente carente e dunque inammissibile», e così (punto 18) «l'integrazione documentale non è ammessa consentendo di “aggiustare” il tiro e di modificare in itinere la propria proposta».

In termini analoghi, Cons. St., sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565, secondo cui il soccorso istruttorio non può colmare lacune vere e proprie nell'offerta; Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3663, per cui la sola regolarizzazione è ammissibile, in quanto si limita a consentire il completamento di dichiarazioni o documenti per i soli requisiti generali ex art. 38, d.lgs. 163/2006, mentre l'integrazione non è legittima perché consente l'introduzione di nuovi documenti, il che è in contrasto con il principio di parità di trattamento;

N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *giustamm* 2013, 5, § 2.2., utilizza la stessa contrapposizione che l'anno successivo avrebbe riutilizzato l'Adunanza. Per esempi giurisprudenziali si veda la nota 4 del lavoro.

Per un'ulteriore dimostrazione del fatto che il binomio regolarizzazione-integrazione fosse già utilizzato prima dell'Ad. Plen. 9/2014, si veda S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, 600, con relativo elenco giurisprudenziale.



## **i margini di modificabilità dell'offerta**

senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettificazione di errori materiali o refusi».

Il Consiglio di Stato ha continuato a fare leva sulla dicotomia in questione anche nelle pronunce successive all'entrata in vigore del “nuovo” soccorso istruttorio, continuando a propendere per l'inammissibilità dell'integrazione dell'offerta<sup>55</sup>, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti. In altre parole, anche dopo la sua riforma per via legislativa, permane la convinzione che questo strumento debba semplicemente limitarsi a chiarire i termini dell'offerta, evitandone qualsiasi modifica in seguito alla sua presentazione alla stazione appaltante<sup>56</sup>.

La posizione del giudice amministrativo non è certamente isolata: la determinazione dell'ANAC n. 1/2015 ha espressamente escluso che il nuovo soccorso istruttorio possa consentire una modifica dell'offerta o un'incisione sul suo contenuto<sup>57</sup>.

Ci si chiede dunque quale è la reale utilità dei termini «rese» ed «integrate» di cui al nuovo c. 2-*bis*, riferiti alle dichiarazioni da presentare, che in-

<sup>55</sup> Cons. St., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 298, afferma che l'integrazione dell'offerta tecnica attraverso soccorso istruttorio può limitarsi al semplice chiarimento di documenti già depositati, senza la possibilità di depositarne dei nuovi; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681, ritiene che, circa la regolarità fiscale e contributiva, è irrilevante un eventuale adempimento tardivo dei relativi obblighi, ancorché con effetti retroattivi, poiché la regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una inammissibile integrazione dell'offerta. E così pure Cons. St., sez. II, 1 luglio 2015, n. 3274, propende per il fatto che la completezza delle dichiarazioni sia un valore in sé, rinnegando la regolarizzazione postuma.

Nella stessa ottica si pone, pur con un linguaggio diverso, Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4315, secondo cui il nuovo art. 38, c. 2-*bis*, vanta una portata documentale formale e non sostanziale. E ancora, Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4543, evidenzia che il soccorso istruttorio è volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda.

<sup>56</sup> Così in ultimo Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4715.

<sup>57</sup> Determinazione ANAC, 8 gennaio 2015, n. 1, premessa, § 1.1., e soprattutto § 2., in cui sono specificamente elencati i fattori insuscettibili di qualsiasi regolarizzazione ed integrazione. Ed infatti, l'ANAC elenca gli ulteriori punti su cui l'“aiuto” non può intervenire: la segretezza dell'offerta, il recupero tramite soccorso istruttorio di requisiti non posseduti alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, la certezza in ordine alla sua provenienza, la veridicità delle dichiarazioni (la cui falsità è assolutamente non sanabile, determinando anzi il c.d. “falso in gara”).

novano la disciplina. E, in effetti, mentre “rendere” sembra legittimare il deposito di una dichiarazione completamente omessa, “integrare” pare fare altrettanto circa l’apporto di documenti aggiuntivi rispetto a quelli già depositati dal concorrente<sup>58</sup>: non è assurdo dedurne la potenziale modifica dell’offerta.

Questa soluzione è però contraria – come detto – alle posizioni di giudice amministrativo ed ANAC. Dando ad esse credito, la conclusione è una soltanto: il testo normativo dopo la riforma non è pienamente valorizzato nelle parole utilizzate dal legislatore, non assumendo una significativa portata innovativa.

L’impressione è confermata dalla lettura di ulteriore giurisprudenza che, anche in pronunce successive rispetto all’entrata in vigore della nuova disciplina, continua a legittimare l’integrazione solo a fronte di un principio di documentazione già fornito dal concorrente entro i termini di deposito dell’offerta, non essendo possibile depositare documentazione *ex novo*<sup>59</sup>. Tuttavia, il divieto di esclusione automatica, pure in caso di carenza di un elemento essenziale, stona con la pretesa che, ai fini dell’attivazione del soccorso istruttorio, sia già stato fornito un principio di prova.

Provando invece a focalizzarsi sulla lettera della legge, l’errore del con-

<sup>58</sup> Nella già citata Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n. 4370, è riportato che la mera integrazione è istituto differente dalla introduzione di elementi o fatti nuovi. Pertanto, il termine “integrazione” utilizzato nella novella legislativa dell’art. 38 suscita legittimamente dei dubbi, in quanto sembra suggerire una apertura all’introduzione di tali elementi o fatti che possano influenzare la stazione appaltante. Tale termine pare ora appositamente utilizzato dal legislatore, pure a fronte del prezzo da pagare: aprire alla evenienza, pur in seconda battuta, di “aggiustare il tiro” sul contenuto dell’offerta.

<sup>59</sup> E così molto recentemente Cons. St., sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4869; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4768, di cui si riporta fedelmente il seguente frammento: «Il “soccorso” non è legittimo, poiché in violazione della *par condicio* tra i concorrenti, quando consente una produzione *ex post* di documentazione per comprovare requisiti, di cui non vi era alcuna traccia o un principio di prova nella certificazione camerale». E ancora, Cons. St., sez. II, 23 gennaio 2015, n. 293; Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4543.

In dottrina analoghe riflessioni sul “principio di prova” sono svolte da A. Manzi, *In attesa della Plenaria ... un altro colpo a favore delle tesi sostanzialiste nell’applicazione del cd. Soccorso istruttorio*, cit., 1315.

Negli stessi termini si veda anche il lavoro di S. Usai, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio integrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 10, 1082, il quale sottolinea la caparbità con cui il giudice amministrativo ha sempre preteso che il presupposto per poter attuare il soccorso istruttorio è la presentazione della documentazione richiesta dalla stazione appaltante. Là dove, al contrario, la totale omissione non avrebbe potuto giustificare in alcun modo l’avalersersi dell’istituto in questione.

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

corrente non può non causare una qualche modifica sul contenuto dell'offerta, se non altro perché la prima versione depositata causerebbe l'esclusione, al contrario della seconda.

E in effetti la posizione congiunta di giudice amministrativo ed ANAC suscita qualche perplessità: le intenzioni del legislatore, manifestate dopo degli insegnamenti dell'Ad. plen. n. 9/2014, sembrano voler interrompere il percorso in precedenza intrapreso.

Già in passato il termine “regolarizzazione” era percepito come un *minus*, da intendersi alla stregua di una mera integrazione formale «che non incida sugli elementi necessari a comprovare il requisito di partecipazione al concorso<sup>60</sup>». Ma se così è, comincia a serpeggiare qualche dubbio sul fatto che la parola “integrazione” non sia realmente innovativa.

Va nella stessa direzione un'altra considerazione.

Con l'introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art. 46, c. 1-bis*, non è venuto meno il limite degli elementi essenziali, il quale impediva la specificazione rettificazione, precisazione e mutamento degli elementi costitutivi dell'offerta<sup>61</sup>. Nel previgente quadro normativo, il soccorso istruttorio non poteva colmare le lacune<sup>62</sup> imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti – veniva così confermato il principio di auto-responsabilità – pena la violazione della parità di trattamento. Il richiamo agli elementi essenziali dell'offerta, non ritrattabili<sup>63</sup>, di per sé impediva di cambiarne il contenuto. E ciò in quanto la specificazione ed i chiarimenti di elementi essenziali erano posti sullo stesso piano della modifica dell'offerta stessa. Pertanto, il divieto di una loro correzione era garanzia di cristallizzazione della proposta.

Se ne induce che la possibilità di intervenire sugli elementi essenziali apre ad una rivisitazione della offerta avanzata alla stazione appaltante.

L'art. 38, c. 2-*bis*, suscita considerazioni analoghe anche per la parte in cui apre alla “resa” delle dichiarazioni necessarie. La parola “rese” è posta a

<sup>60</sup> N. Saitta, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 2013, 5, nota 5, e nello specifico § 2.3.1. in cui l'A. distingue tra regolarizzazione – che può intervenire solo sugli elementi formali – ed integrazione che non è consentita perché interverrebbe sul contenuto dell'offerta e quindi sul confronto concorrenziale.

<sup>61</sup> S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2015, 601.

<sup>62</sup> Tra le tante, e per tutte, Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2013, n. 4815.

Così in dottrina anche A. Manzi, *In attesa della Plenaria*, cit., 1313, il quale afferma che il (vecchio) soccorso istruttorio non potrebbe «colmare lacune dell'offerta né errori contenuti nelle offerte vere e proprie ovvero relativi ad elementi essenziali».

<sup>63</sup> Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014, n. 4543; Cons. St., sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760.

fianco delle parole “integrate” e “regolarizzate”: il buon senso consiglia dunque di leggersi la possibilità di colmare la più grave delle omissioni, ovvero la totale mancanza della dichiarazione che doveva essere in precedenza presentata<sup>64</sup>.

È difficile non intravedervi una modifica dell’offerta, e ciò per due ragioni.

La prima è che la proposta da parte dell’aspirante contraente non può non considerarsi mutata a seguito del deposito di una dichiarazione che in un primo momento era completamente mancante. La seconda è che – come sopra segnalato – in precedenza la giurisprudenza ammetteva la c.d. regolarizzazione dell’offerta a condizione che vi fosse un principio di documentazione, sì carente, ma pur sempre fornita dal concorrente, che identificasse i contorni dell’offerta, benché in termini piuttosto vaghi<sup>65</sup>. Secondo il giudice amministrativo, infatti, consentire un’istruzione integrale *ex post* avrebbe inevitabilmente violato il principio della *par condicio* tra i concorrenti, la cui lesione sarebbe stata invece tollerabile nel caso in cui la stazione appaltante si fosse limitata a chiedere specificazioni su dichiarazioni già fornite. Ma se così è, non sembra azzardato ipotizzare che la novella legislativa ammette la soluzione in precedenza denegata: il che legittimerebbe la lesione della parità di trattamento in nome di una maggiore partecipazione.

Allo stesso risultato si giunge se si considera la determinazione n. 4/2012 dell’AVCP.

In quella circostanza, l’Autorità aveva chiarito che la regolarizzazione non è consentita nel caso di documentazione del tutto assente, poiché altrimenti si realizzerebbe un’alterazione dell’offerta ed una lesione del termine per la sua presentazione<sup>66</sup>.

La riforma del 2014 pare proprio superare i predetti limiti. Ed allora, sulla base di un semplice sillogismo, l’incidenza del soccorso istruttorio sugli elementi essenziali, nonché sulle omesse dichiarazioni, legittima quantomeno ad interrogarsi sul fatto che la nuova disciplina autorizzerebbe una modifica dell’offerta. Infatti, se in precedenza questa soluzione era rifiutata in quanto avrebbe determinato tale modifica, ora che l’incidenza è ammessa, il risultato non può che essere quello paventato. Si apre cioè alla modifica *in itinere* dell’offerta.

<sup>64</sup> Del resto, alla stessa conclusione giunge anche l’ANAC, che nella determinazione n. 1/2015 al § 1, ricorda che «la finalità della disposizione è sicuramente quella di evitare l’esclusione dalla gara per mere carenze documentali, ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni».

<sup>65</sup> Cons. St., sez. III; 8 settembre 2014, n. 4543.

<sup>66</sup> A riguardo, si vedano anche le riflessioni di S. Foà. *Semplificazioni ed oneri formali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, cit., 1149.

## i margini di modificabilità dell'offerta

La tesi suscita qualche perplessità sulla salvaguardia della *par condicio*<sup>67</sup>. Occorre perciò ponderare a quale bene giuridico conferire maggiore tutela: la parità di trattamento tra gli aspiranti contraenti o la massima estensione della partecipazione. Per ora, giudice amministrativo ed ANAC stanno dimostrando di avere scelto il primo. Ma la questione sembra aperta.

Gli stessi dubbi maturano dalla lettura della sentenza dell'Ad. plen. n. 3/2015, in cui si sostiene che la specificazione in sede di offerta dei costi per la sicurezza del lavoro nell'esecuzione dell'appalto configura un elemento essenziale dell'offerta. L'omessa specificazione, inoltre, costituisce un inadempimento delle prescrizioni dell'art. 86, c. 3-*bis*, e dell'art. 87, c. 4, del codice appalti. Perciò, il principio di tassatività delle cause di esclusione opera legittimamente in virtù delle due predette norme la cui esistenza giustifica l'esclusione immediata<sup>68</sup>. Ciò che più interessa è però il rifiuto del soccorso istruttorio da parte della stessa Adunanza, la quale afferma che «l'esclusione [...] non [è] sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, [...] non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un elemento essenziale».

Si nota immediatamente che la carenza di un elemento essenziale preclude il soccorso istruttorio per la semplice ragione che la lacuna non può essere colmata con alcuna integrazione, poiché altrimenti verrebbe leso il principio di *par condicio* tra i concorrenti. Ma questa posizione è chiaramente contraria rispetto all'attuale definizione del soccorso istruttorio, introdotta dall'art. 39, d.l. n. 90/2014, il quale dovrebbe aver eliminato la contrapposizione tra regolarizzazione e integrazione<sup>69</sup>; per cui, di regola, le dichiarazioni possono essere sanate.

Ed infatti, in virtù delle recenti modifiche legislative, la conclusione dovrebbe essere differente. La possibilità di integrare le dichiarazioni ed il correlativo dovere di soccorso istruttorio in capo alla stazione appaltante nei casi di carenza di elementi essenziali, sconsiglia di abbracciare la pur autorevole tesi del Consiglio di Stato, che nella pronuncia non attua il minimo richiamo alla nuova disciplina introdotta nel 2014, benché la pronuncia sia

<sup>67</sup> Recentemente, *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 30 giugno 2015, n. 8743.

<sup>68</sup> È infatti noto che il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, c. 1-*bis*, opera a condizione che, tra le altre, vi sia una norma codicistica, o più in generale di legge, che stabilisca l'esclusione in caso di sua violazione. Secondo il parere dell'Adunanza n. 3/2015, ogni norma del Codice appalti che utilizza le formule «deve», «è obbligatorio», impone un certo comportamento la cui inosservanza può legittimare l'espulsione dalla gara senza che vi sia contraddizione alcuna con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, c. 1-*bis*.

<sup>69</sup> S. Baccharini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'appalto pubblico*, cit., 615.

successiva (2015). È vero che, al caso di specie, il “nuovo soccorso istruttorio” non potrebbe applicarsi *ratione temporis* in quanto la disciplina di gara è stata definita anteriormente rispetto all’introduzione dell’art. 39, d.l. 90/2014, ma è quantomeno curioso che l’Adunanza non abbia neppure incidentalmente ricordato l’esistenza della nuova normativa. Difficile capirne la ragione, ma viene da pensare che i giudici abbiano preferito non varcare la soglia di un terreno scivoloso, che avrebbe potuto ribaltare l’esito della pronuncia<sup>70</sup>.

Tuttavia, a riguardo si assiste anche a qualche apertura, come ad esempio quella del Tar Lazio, sezione di Roma. Questo, giudicando illegittima l’esclusione per mancato deposito della cauzione provvisoria, pur ritenuta parte integrante dell’offerta<sup>71</sup>, ammette che «la mancanza o l’irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell’offerta, non ne determina l’incertezza assoluta»<sup>72</sup>. Il bene giuridico salvaguardato non pare tanto la non modificabilità dell’offerta, quanto la riconoscibilità della sua provenienza ed i suoi contorni.

Si può discutere sul fatto che la caparra provvisoria sia o meno una parte integrante dell’offerta medesima. Ma nel momento in cui la si riconosce tale – come ha fatto il giudice laziale – si ammette un ruolo più attivo rispetto al passato del soccorso istruttorio, il cui limite a questo punto non è quello di incidere sulla proposta avanzata alla stazione appaltante, ma l’identificazione dell’offerente e dell’offerta intesa nel suo complesso.

È vero che la pronuncia rimane isolata rispetto al *trend* giurisprudenziale descritto. Nondimeno insinua qualche legittimo dubbio sulla sua indiscutibilità, sempre stando al dato letterale della nuova disciplina, il cui carattere innovativo non appare trascurabile.

<sup>70</sup> Il risultato non cambia neppure in alcune successive e recentissime pronunce. Occorre tuttavia segnalare che in tutte queste pronunce la nuova disciplina del soccorso istruttorio non viene applicata *ratione temporis*. Nondimeno, non viene fatto alcun richiamo ad eventuali cambiamenti a causa della riforma.

Cons. St., sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038, ammette il soccorso istruttorio a condizione che la mancata documentazione sia frutto di un errore materiale. Tuttavia, anche in questo caso, il presupposto per poter procedere in tal senso è che la dichiarazione resa sia “onnicomprensiva”; altrimenti tale soccorso verrebbe precluso. Analoga soluzione è resa nella sentenza “gemella” Cons. St., sez. III, 4 novembre 2015, n. 5041, la quale afferma che l’obiettivo del soccorso istruttorio non è «sanare», bensì «colmare» la lacuna documentale.

Ancora, Cons. St., sez. V, 28 settembre 2015, n. 4511, in cui è ricordato che il soccorso istruttorio non è ammesso in caso di dichiarazioni totalmente mancanti perché ciò influirebbe sulla *par condicio*.

<sup>71</sup> Ed in questo senso è ovvio il riferimento ad Ad. plen. 10 dicembre 2014, n. 34.

<sup>72</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 10 giugno 2015, n. 8143.

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

La sensazione è quindi che giudice amministrativo ed ANAC hanno deciso di non attribuire pieno significato al dato letterale per non incorrere nella inevitabile violazione della *par condicio*. La scelta di considerare la resa e l'integrazione mere ripetizioni della semplice regolarizzazione è di per sé comprensibile, benché a scapito di rifiutare il carattere innovativo dell'art. 38, c. 2-bis.

Ancora, non pare si possa obiettare che la nuova disciplina del soccorso istruttorio non è estensibile ai documenti, e cioè al corredo dell'offerta tecnica, la cui mancanza o irregolarità, pertanto, non può essere sanata, ed il cui contenuto non può essere modificato. Entrambi gli artt. 38, c. 2-bis, e 46, c. 1-ter, richiamano, oltre alle «dichiarazioni», anche gli «elementi», e con quest'ultimo termine pare si possa indicare anche le questioni tecniche<sup>73</sup>.

Ed in effetti, l'art. 56, par. 3, direttiva 2014/24/UE, norma europea di riferimento, ammette altresì l'integrazione di «documenti specifici», il che induce a ritenere legittima l'estensione del soccorso istruttorio anche agli aspetti tecnici dell'offerta. Sarà interessante valutare se, ed in che modo, la questione verrà considerata nel codice appalti di prossima definizione.

Aldilà dell'opinione sin qui espressa sulla apertura alla modificabilità dell'offerta, la riforma del 2014 colpisce anche sotto altro profilo: l'inutilità delle cause di esclusione nel bando.

Se il nuovo soccorso istruttorio impone alla stazione appaltante di aiutare l'offerente ogniqualvolta dovrebbe essere escluso, allora perde in parte di significato definire le cause di esclusione nel bando, in quanto tale evenienza può verificarsi solo dopo il mancato rispetto del termine di regolarizzazione. O meglio, la loro definizione diviene utile per un'altra ragione: chiarire quali elementi imporranno alla stessa stazione appaltante il soccorso. Con la paradossale conseguenza che, in base alla lettura sin qui avanzata – attribuire pieno valore al testo della riforma – al concorrente converrebbe non riportare nella sua offerta alcuni degli elementi essenziali indicati nel bando, così da procrastinare la scadenza del termine e migliorare il progetto presentato.

Se ne conviene che la nuova disciplina, aldilà della lesione della *par condicio*, non è perfetta. Ma tant'è: vi sono sempre effetti collaterali all'applicazione delle norme.

Permangono comunque dei limiti al soccorso istruttorio.

<sup>73</sup> Ed è comunque da notare che S. Foà, *ult. op. cit.*, 1149, ricollega alla «integrazione documentale» anche la produzione nel procedimento di «documenti integralmente omessi», dal che si deduce la possibilità di allegare, oltre alle semplici dichiarazioni, anche il materiale a corredo dell'offerta tecnica.

La determinazione ANAC n. 1/2015 elenca cinque profili su cui esso non può intervenire<sup>74</sup>: l'inalterabilità del contenuto dell'offerta; la certezza della sua provenienza; la sua segretezza; il mancato possesso dei requisiti di partecipazione al momento della scadenza del termine per la sua presentazione; false dichiarazioni o falsa documentazione<sup>75</sup>. Dette le incertezze sul primo, sembra più corretto ritenere che l'esclusione automatica debba intervenire con riferimento ai restanti quattro profili.

Anche qui, però, si impone qualche riflessione.

Con riguardo alla certezza sulla provenienza dell'offerta, l'ANAC nella stessa determinazione ha specificato, nonostante qualche successivo parere contrario del giudice amministrativo<sup>76</sup>, la possibilità di sanare la mancata sottoscrizione della stessa, in quanto «non influente sul contenuto né sulla segretezza»<sup>77</sup>. Ne consegue che l'esclusione automatica potrà essere stabilita solo in casi estremi, perlomeno di scuola (contemporanea assenza di denominazione o ragione sociale, indirizzo, mail, numero di telefono o fax, etc.), per cui dai documenti depositati risulta pressoché impossibile identificare chi ha presentato quell'offerta.

Il difetto di segretezza viene invece generalmente ricondotto alla presentazione del progetto inserito nel plico esterno non sigillato: in questa ipotesi l'esclusione automatica non può che essere l'unica soluzione. È invece generalmente tollerato che non siano stati correttamente sigillati i plichi interni.

Restano gli ultimi due profili.

L'ANAC ha spiegato che il nuovo soccorso istruttorio non può essere utilizzato per il recupero dei requisiti di partecipazione non posseduti al termine ultimo della presentazione dell'offerta. La questione è pacifica, considerato anche che le recenti sentenze del Consiglio di Stato sposano questa

<sup>74</sup> § 2. della determinazione.

<sup>75</sup> Nel qual caso, come specificato nel § 1.1., si procede ai sensi dell'art. 38, c. 1-ter: la stazione appaltante comunica all'ANAC la falsità di quanto dichiarato, cosicché quest'ultima possa irrogare le apposite sanzioni.

Occorre poi evidenziare che la determinazione distingue tra le dichiarazioni mendaci – per l'appunto insuscettibili di soccorso istruttorio – e la completa omissione di dichiarazioni e documentazione, che invece pone in capo all'amministrazione l'obbligo di richieste di chiarimenti.

<sup>76</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 30 giugno 2015, n. 8743, esclude la sanatoria della mancata sottoscrizione dell'offerta, in quanto ciò lederebbe il principio della par condicio e della segretezza della stessa. L'operatore economico manifesterebbe la propria volontà di partecipare in un momento in cui ciò sarebbe precluso agli altri concorrenti causa la scadenza dei termini. La riconducibilità dell'offerta al concorrente sarebbe, poi, dubbia.

<sup>77</sup> Determinazione ANAC n. 1/2015, § 2.2.



## **i margini di modificabilità dell'offerta**

lettura<sup>78</sup>. Tanto è vero che la mancata specificazione nei termini di voler subappaltare l'opera è stata ritenuta meritevole di esclusione, in quanto tale dichiarazione viene considerata un requisito di partecipazione<sup>79</sup>.

Circa le false dichiarazioni e/o documentazione, invece, la questione appare più complessa. Il problema rileva soprattutto in ordine all'omessa indicazione delle sentenze penali di condanna ai sensi dell'art. 38, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006.

L'ANAC ha distinto tra l'omessa dichiarazione delle sentenze di condanna intesa come dimenticanza e le false dichiarazioni tramite omissione, intesa come premeditato silenzio da parte dell'offerente sulla propria posizione di pregiudicato<sup>80</sup>. Mentre nel primo caso – ed anche là dove è affermato di aver riportato delle condanne senza però indicare quali – sussiste l'obbligo di soccorso istruttorio in capo alla stazione appaltante, nella seconda ipotesi la soluzione è opposta. La falsa dichiarazione tramite omissione integra gli estremi del falso in gara: essa non è dunque sanabile e ne consegue l'esclusione immediata dalla gara<sup>81</sup>.

In questo senso, il nuovo soccorso istruttorio cuce una nuova veste su misura per la stazione appaltante (ed in un secondo momento pure per il giudice amministrativo), cui viene richiesto di divenire arbitro delle intenzioni, dovendo capire se la mancata produzione documentale sia dovuta ad una svista – con conseguente applicabilità del soccorso – oppure se la mancata produzione è avvenuta perché l'offerente voleva trarne un indebito vantaggio. Il compito preteso dall'ANAC è assai arduo, e soprattutto arbitrario, poiché basato su intuizioni che poco hanno a che fare con un substrato giuridico. Seguendo questo filo logico, in sede di valutazione dell'offerta non tanto della c.d. “caccia all'errore” dovrebbe trattarsi, quanto di “caccia alle intenzioni”. Ad ulteriore dimostrazione del fatto che l'applicazione integrale della nuova disciplina implica comunque delle criticità.

Tutto ciò considerato, si possono trarre alcune conclusioni.

La partecipazione del concorrente nelle procedure ad evidenza pubblica in tema di appalti è stata potenziata negli ultimi anni, non solo grazie alla prevalenza della deriva sostanzialista su quella formalista in tema di valutazione dell'errore nell'offerta, ma anche e soprattutto per la nuova disciplina di soccorso istruttorio. L'analisi del dato legislativo, coordinata con il linguaggio giurisprudenziale pre-riforma, induce a ritenere – come antici-

<sup>78</sup> Cons. St., sez. III, 1 luglio 2015, n. 3274; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681.

<sup>79</sup> Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4315.

<sup>80</sup> Determinazione ANAC n. 1/2015, § 1.1.

<sup>81</sup> Sul tema anche Cons. St., sez. V, 28 settembre 2015, n. 4511.

pato – che la resa e l'integrazione delle dichiarazioni e dei documenti consentano una modifica *in itinere* dell'offerta, benché il parere del giudice amministrativo e dell'ANAC sia diverso. La partecipazione giunge quindi a rivestire un ruolo così centrale da imporsi anche sulla parità di trattamento.

In definitiva, il nuovo soccorso istruttorio attribuisce una nuova *chance* all'operatore economico, in maniera analoga all'art. 88 dello stesso codice appalti. Persistono due soli limiti netti, su cui il nuovo art. 38, c. 2-*bis* non può intervenire: il mancato possesso dei requisiti di partecipazione al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta ed il falso in gara.

Aldilà di questi aspetti, la nuova disciplina, per come è stata formulata e soprattutto per il *background* giurisprudenziale precedente, appare una "bomba ad orologeria" pronta ad esplodere, che potrebbe rivoluzionare il sistema della partecipazione degli operatori economici agli appalti pubblici. C'è un elevato prezzo da pagare: tollerare un'importante lesione al principio di parità di trattamento. Non che questo non sia un problema; ma è comunque logico che lo sforzo con cui viene promossa in maniera convinta la massima partecipazione diminuisce la soglia di protezione della *par condicio*.

Ci si può semmai chiedere se tutto ciò sia ammissibile. Sull'onda emotiva una risposta negativa non sarebbe facilmente criticabile. Ma aldilà dei comprensibili timori, si è voluto semplicemente prospettare la direzione che – ci pare – è stata intrapresa dal legislatore sulla scorta degli insegnamenti europei, pronti a dolorosi sacrifici in nome del più alto numero possibile di partecipanti alla gara.

## **6. Qualche osservazione conclusiva**

Nel contesto sovranazionale si è già registrata la tendenza a potenziare le garanzie partecipative: basti pensare all'evoluzione della materia che trova nelle istituzioni sovranazionali, tra cui la CEDU<sup>82</sup>, i suoi più convinti sostenitori. Il che è certamente in controtendenza rispetto all'atteggiamento riservato a tale tematica nel nostro ordinamento: ad esempio si può ricordare il disinvolto utilizzo dell'art. 21-*octies*, c. 2, nonché la sua applicazione estensiva<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Per tutti, M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Dello stesso autore si ricorda anche il già citato *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 569 ss.

<sup>83</sup> Il riferimento, oltre che all'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, è anche al celebre art. 10-*bis*, l. n. 241/1990.

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

In questa sede, con particolare riferimento alla presentazione dell'offerta nelle gare di appalto, si è inteso verificare se il rafforzamento della partecipazione dell'aspirante aggiudicatario possa essere influente al punto di consentire una rivisitazione dell'offerta là dove questa non sia, per vari motivi, accettabile. Nel prossimo futuro potrebbero esservi delle conferme a riguardo, tanto per ragioni legate alla sua anomalia, quanto per ragioni legate allo svuotamento del principio di auto-responsabilità in capo all'offerente, come nel caso del soccorso istruttorio.

L'impressione è che nel nostro ordinamento siano presenti le basi legislative (gli artt. 88; 38, c. 2-*bis*; 46, c. 1-*ter*, vecchio codice appalti ed oggi gli artt. 83 e 97 del nuovo) per sostenere questa posizione. Ciò che manca, invece, è la convinzione nell'intraprendere tale percorso da parte del giudice amministrativo e, limitatamente al soccorso istruttorio, dell'ANAC, non convinti dalla prospettiva di arrecare una (concreta) lesione al principio di parità di trattamento.

Tuttavia, anche questa affermazione andrebbe in parte rettificata, dato che sono rinvenibili dei pur sporadici esempi giurisprudenziali più inclini a dare peso al dato legislativo, acconsentendo seppur implicitamente ad una rivisitazione dell'offerta oltre il termine. E ciò è vero sia nel sub-procedimento di verifica dell'offerta sia nel soccorso istruttorio; ma appare altrettanto innegabile che si assista a qualche apertura più convinta nel primo ambito piuttosto che nel secondo. Difficile trovare una motivazione risolutiva, ammesso che ve ne sia davvero una. È possibile che la maggiore accondiscendenza del giudice alla modifica dell'offerta nella procedura per la verifica dell'anomalia sia in realtà casuale.

Provando comunque a rendere una risposta, potrebbe darsi che la *chance* di alterare i margini della proposta a seguito della scadenza sia avvertita come ancora più sconveniente ed inopportuna nel caso del soccorso istruttorio. In questa circostanza la stazione appaltante, intervenendo, non si limita ad alterare la *par condicio* tra gli offerenti, ma sorvola anche su decisive negligenze da parte dell'aspirante aggiudicatario, ignorando il principio di auto-responsabilità. Non è certamente facile accettare che, da una propria colpa, l'aspirante aggiudicatario possa trarre un decisivo beneficio, che potrebbe anche ribaltare l'esito della competizione.

Ancora, il nuovo soccorso istruttorio incide sull'attività amministrativa anche laddove si è verificato un vizio essenziale, e cioè in ipotesi in cui per presupposto non vi è alcuna dequotazione, dato che la violazione insiste su un profilo fondamentale della procedura. Il che priva di pregio il difetto di elementi essenziali dell'offerta, tanto è vero che l'esclusione automatica non può più operare neppure in mancanza di un elemento ri-

chiesto a pena di nullità nel bando di gara. L'obbligo per la stazione appaltante di intervenire dimostra che i vizi sostanziali nella gara diventano irrilevanti.

Al contrario, nel procedimento di verifica dell'anomalia – aldilà dei giudizi di valore sulla rilevanza delle garanzie procedurali e sull'opportunità di non comprimerle – le lesioni riguardano vizi (ritenuti) di forma; ne è dimostrazione il richiamo all'art. 21-*octies*, c. 2.

È dunque intuitivo che l'apertura alla modifica dell'offerta è, se possibile, tema ancor più delicato nel soccorso istruttorio che nella procedura per l'accertamento dell'anomalia.

Permane però una differenza di fondo nelle situazioni considerate, ovvero la diversa natura del soggetto che commette il vizio: l'amministrazione ai sensi dell'art. 88, d.lgs. n. 163/2006, il concorrente nel caso del soccorso istruttorio.

In altre parole, nel pensiero del giudice, è accettabile che la violazione delle garanzie partecipative, imputabile all'amministrazione, possa talvolta concretizzarsi in un vantaggio per il privato (la modifica), come accade nella vicenda dell'offerta anomala. E ciò è confermato dalle pronunce citate sul tema. Non è invece tollerabile accordare al privato un beneficio a seguito di un suo stesso errore, per di più attinente a questioni sostanziali.

Il tradizionale atteggiamento paternalistico del giudice amministrativo nei confronti delle amministrazioni si è leggermente incrinato con riferimento alla non annullabilità del provvedimento di esclusione per violazione del contraddittorio *ex art. 88*; tanto è vero che l'elisione del procedimento trifasico è stata talvolta censurata. Ma tale incrinatura si è qui fermata: il giudice non ha cioè compiuto l'ulteriore passaggio, obbligando la stazione appaltante a rimediare anche alle violazioni delle regole in cui è incorso il privato. Là dove invece il nuovo soccorso istruttorio sembra proprio voler giungere a tale risultato.

Su questa diversa visione sembrano annidarsi le più importanti differenze tra la prospettiva sovranazionale e quella interna.

Il “nuovo” soccorso istruttorio è il punto d'approdo delle accortezze europee in tema di massima partecipazione, in quanto spinge a rimediare a fondamentali disattenzioni dell'offerente. Considerata l'origine, la sua area di applicazione, nonché la tendenza ad ampliare il più possibile il novero degli aspiranti aggiudicatari, la finalità dell'istituto sembra quella di tracciare un modello partecipativo che contiene *in nuce* un forte senso di protezione degli interessi dei privati, pure a discapito della *par condicio* e del principio di auto-responsabilità dei concorrenti.

La partecipazione nelle gare di appalto sembra possa intraprendere una

## **i margini di modificabilità dell'offerta**

netta inversione di rotta: dalla tendenza a dequotare i vizi procedurali alla tendenza a dequotare i vizi sostanziali (pur commessi dal privato e non dal soggetto pubblico).

Il giudice nazionale rimane per ora fermo sulle proprie posizioni, ma sarà interessante capire se il sistema progredirà al punto di imporre all'amministrazione di guidare il privato sopperendo effettivamente alle sue mancanze, sino a giungere allo stadio della modifica dell'offerta.

Ad oggi l'impressione è che questa soluzione possa più facilmente presentarsi nel procedimento di verifica dell'offerta anomala. E ciò per le ragioni già in precedenza segnalate: su tutte il fatto che il soccorso istruttorio aiuta chi è in difetto.

Ma proprio questo è il punto cruciale.

In futuro, alla stazione appaltante potrebbe essere chiesto di farsi carico non solo delle sue negligenze, ma anche di quelle del privato. L'Europa sembra credere fortemente in questo modello di amministrazione dall'indole "genitoriale", al punto da rinunciare alla parità di trattamento tra i concorrenti. Sarà interessante valutare, anche alla luce del nuovo codice appalti se l'atteggiamento del giudice amministrativo cederà a quelle che sembrano le volontà sovranazionali, cui comunque il legislatore pare aver dato seguito. Ovvero se continuerà a prediligere un'impostazione più rassicurante sotto il profilo eguaglianza degli offerenti.

Potrebbe cioè non essere così remoto il momento in cui scegliere di cosa disfarsi tra parità di trattamento e massima partecipazione.

### *Abstract*

*The paper aims to analyze the concrete implementation and interaction in the Italian legal system of the non discrimination principle and the principle of participation in public procurement.*

*Italian administrative case law has ruled out the possibility that vendors can change their offer after the deadline to submit their offer. Indeed this would go against the principle of equal treatment: allowing one vendor to do this would grant him a preferential position compared to the other vendors who have submitted the offers within the deadline.*

*Although this is a widely accepted approach in case law, an in depth analysis of legislation could lead to a different interpretation.*

*Already the public procurement code of 2006 (legislative decree no. 163 of 2006) required procuring entities to provide bidders the opportunity to rectify their offer if this was incomplete or erroneous. In particular, bidders were allowed to sup-*

*plement, clarify or complete the relevant information or documentation within a certain deadline.*

*The newly enacted public procurement code of 2016 (legislative decree no. 50 of 2016) provides for the same possibility.*

*Therefore, under the influence of the European public procurement directives and despite a possible violation of the equal treatment principle, it seems that Italian law allows vendors to modify their offers also after the deadline to submit them. The promotion of the participation principle leads to this interpretation.*

VALENTINA GIOMI

ADR E SINDACATO DELLA CORTE DEI CONTI: DOVERE  
DI AMMINISTRARE OCULATAMENTE O ESPOSIZIONE  
AL RISCHIO DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA?\*

SOMMARIO: 1. Una diversa prospettiva per i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore pubblicistico: da strumenti «efficacissimi della pace sociale» a modalità di utilizzo delle scarse risorse pubbliche. – 2. Un apparente alleggerimento del rischio di responsabilità amministrativa: le ipotesi di mediazione obbligatoria in ambito sanitario. – 3. I nuovi confini della legittimità nel processo contabile ed il sindacato della Corte dei conti sulle scelte di ADR volontarie: verso un'azione amministrativa responsabile o verso un'azione di responsabilità? – 4. La quadratura del cerchio: il vaglio preventivo della Corte dei conti sulla scelta di ricorrere a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie diviene elemento valutabile nell'ambito del (eventuale) giudizio di responsabilità.

**1. Una diversa prospettiva per i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore pubblicistico: da strumenti «efficacissimi della pace sociale» a modalità di utilizzo delle scarse risorse pubbliche**

I rimedi alternativi di risoluzione delle controversie costituiscono un insieme di strumenti che rappresentano, forse, più un modello di composizione dei conflitti, anche in funzione di garanzia e di cooperazione fra le parti contrapposte, che non una categoria tipicizzata e regolata da procedure ad applicazione generalizzata; senza dubbio l'espressione impiegata è quella che meglio traduce, nell'ordinamento italiano, l'acronimo di derivazione anglosassone con cui, per la prima volta, fu indicato detto fenomeno giuridico-sociale.

Muovendo già da una iniziale difficoltà a trovare spunti utili alla costruzione di una categoria unitaria dotata di organicità dalla semplice tra-

\* Testo rielaborato dall'intervento all'incontro del Gruppo San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa su “Giurisdizioni e attività economiche” (Pisa, 24 aprile 2015).

duzione dell'acronimo ADR<sup>1</sup>, coniato nel sistema statunitense ed ivi utilizzato già alla fine degli anni Settanta del secolo scorso per descrivere il fenomeno (*rectius*, il movimento) volto a costruire strumenti di risoluzione delle controversie alternativi ai rimedi giurisdizionali istituzionali, non certo semplificata appare l'indagine laddove si analizzi il fenomeno nell'ambito pubblicistico, in relazione al quale, come sarà precisato, il preliminare problema è quello di vagliare l'ammissibilità delle ADR, prima ancora di indagarne limiti, eventuali modalità di utilizzo ed utilità conseguite<sup>2</sup>.

In particolare, sull'origine, l'evoluzione, lo sviluppo e l'attuale ricostruzione del significato delle ADR<sup>3</sup>, in questa sede analizzate con specifico riferimento al diritto pubblico, oltre che sull'analisi dell'impatto che tali rimedi alternativi possono generare<sup>4</sup> sotto differenti angolazioni prospettiche, non sempre esenti da critica<sup>5</sup>, numerosissimi sono e sono stati gli studi con-

<sup>1</sup> Significativamente F. Cintioli, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, in *Annuario 2009, Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Atti del Convegno di Villa Mondragone 18 e 19 settembre 2009, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, in apertura del saggio dedicato alle ADR nel diritto amministrativo, premette che le tre domande preliminari necessarie ad affrontare il tema in oggetto, cui però non sempre è possibile fornire adeguata risposta, sono proprio: come definire le ADR; come individuare le finalità cui esse sono preposte; dove ritrovare il tessuto normativo che le legittima.

<sup>2</sup> M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 4.

<sup>3</sup> In modo efficace e significativo Alberto Massera qualifica il fenomeno delle ADR come una «questione non nuova, di dimensioni mondiali, di matura attualità e comunque ancora controversa», riassumendo, con espressioni rappresentative di un portato storico e giuridico dai confini assai vasti, la complessità della *ratio* «dei metodi di scioglimento dei conflitti in grado di prevenire o di sostituire l'intervento del giudice statale», in *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione: tendenze contemporanee*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2010, 85 ss. e la copiosa bibliografia ivi riportata.

<sup>4</sup> In particolare, con riferimento alle ricadute delle ADR nel sistema di giustizia nazionale, analizzato in un contesto orientato ai nuovi parametri costituzionali, L. Bedini, *Le alternative dispute resolution (ADR) ed il servizio giustizia nel contesto nazionale*, in *Le tutele procedurali*, a cura di A. Massera, Napoli, Jovene, 2007, 221, in cui viene ricostruita, seppur con i dovuti limiti e le necessarie differenze, la categoria delle ADR come possibile modello unitario.

<sup>5</sup> Una significativa visione critica delle ADR è condotta da M. Chiti, *Le forme di tutela non giurisdizionale. Panacea o utopia?*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, a cura di M. Chiti e F. Mastragostino, Bologna, BUP, 2009, 15.



dotti, con immancabili riferimenti sia in chiave di multidisciplinarietà<sup>6</sup>, sia in chiave comparatistica<sup>7</sup>.

Ciò rappresenta un chiaro segno che il fenomeno delle ADR è apparso da subito come particolarmente stimolante ed interessante, oltre che di costante attualità.

Ed è proprio questo innegabile profilo di attualità, oltre alle rinnovate funzioni che gli strumenti alternativi alla giurisdizione possono assumere in un contesto in cui i rapporti non sono fra semplici soggetti privati, ma coinvolgono l'esercizio del potere pubblico<sup>8</sup> e riguardano relazioni pubblico-privato<sup>9</sup>, che spinge a parlare una volta in più di rimedi alternativi al sistema giurisdizionale da un'angolazione un po' diversa da quelle abitualmente studiate in relazione al loro possibile impiego.

<sup>6</sup> Per una panoramica dei principali vantaggi raggiunti dalle ADR, in un'ottica che solo mediatamente viene ricondotta alle ragioni giuridiche, si veda l'inquadramento del fenomeno delle ADR così come ricostruito da M. Ramajoli, *Strumenti alternativi*, cit., 1 ss., da cui emergono le funzioni sociali, economiche e politiche delle ADR, così come ricostruite dalla dottrina nordamericana che per prima ha studiato il fenomeno delle ADR e così come lette nell'attuale contesto storico volto ad implementare l'efficienza anche attraverso la parcellizzazione del ricorso alla giustizia, percepita come un servizio pubblico, ma anche come una risorsa; analogamente F. Cintioli, *Le tecniche*, cit.

<sup>7</sup> Per una visione comparatistica del fenomeno si vedano G. Rossolillo, *Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. UE*, 2008, 349; C. Taccola, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia ed in Europa*, in *Le tutele procedurali*, a cura di A. Massera, cit., 253, oltre a A. Masucci, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione*, in *Forme alternative di risoluzione*, a cura di M. Chiti e F. Mastragostino, cit., 23; più di recente, M. Delsignore, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919; sempre in chiave di comparazione, per un confronto fra i diversi strumenti ed i diversi modelli di ADR nei rapporti amministrativi nei vari ordinamenti a base *common law* o a base *civil law*, con le dovute sfumature che caratterizzano l'interpretazione del significato di tale acronimo nelle diverse realtà giuridiche, A. Massera, *I rimedi non giurisdizionali*, cit. 85.

<sup>8</sup> Al tema complesso tema delle transazioni nel diritto amministrativo sono dedicati i numerosi studi di G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per uno studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 224; Id., *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in *Forme alternative di risoluzione*, a cura di M. Chiti e F. Mastragostino, cit., 91.

<sup>9</sup> Per uno studio sui rimedi alternativi di risoluzione delle controversie nell'ambito dei rapporti pubblico-privato, ma operanti all'esterno del procedimento F. Manganaro, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Dereito*, vol. 16, n. 2, 2007, 37 ss.; ed ancora F. Cintioli, *Le tecniche*, cit.; M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2015, 481.

Con una premessa fondamentale, però: che si riconosca possibile<sup>10</sup>, come ormai affermato dalla consolidata dottrina<sup>11</sup>, che la pubblica amministrazione possa ricorrere agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie sia nell'ambito dei rapporti di diritto privato<sup>12</sup>, che, principalmente, nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, seppur nel rispetto della legalità amministrativa<sup>13</sup>.

Senza tale portato non si potrebbe avviare alcuna indagine sulle ricadute in termini di responsabilità amministrativa per l'amministrazione, traendo origine, lo stesso giudizio di responsabilità, dalla medesima scelta pos-

<sup>10</sup> Per una doverosa analisi dottrinarina, indispensabile per ricostruire correttamente i termini del problema, per come si è prospettato anteriormente alla legge sul procedimento amministrativo e per come oggi è stato analizzato e studiato nel quadro normativo attuale, si rinvia agli studi di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1914; P. Greco, *La transazione nei rapporti soggetti a regolamento imperativo*, in *Annali Un. Macerata*, vol. VIII, 1932, 182; E. Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64; A. De Valles, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, I, 46; G. Miele, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *L'Amm. it.*, 1950 e in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1997, 509.

<sup>11</sup> Per un'analisi del fenomeno più in generale, cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., e *Transazioni e pubblica amministrazione*, cit.; ancora, per un inquadramento sistematico dello strumento transattivo nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, si rinvia agli scritti di P. Chirulli-P. Stella Richter, *Transazione (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 867 ss.; L. Formentin, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, vol. XV, 315 ss.; M. D'Orsogna, *Gli accordi transattivi*, in *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, a cura di S. Civitarese Matteucci, L. del Federico, Milano, 2010, 198 ss. Mentre per alcuni studi, in particolare sulla conciliazione nel diritto amministrativo, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, BUP, 2007; Id., *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Ist. Fed.*, 2008, n. 6, 221.

<sup>12</sup> Quelli che, per G. Greco, sono da considerarsi «i casi più facili», perché almeno teoricamente ammessi dall'ordinamento, avendo ad oggetto l'esercizio dell'autonomia privata dell'amministrazione e non l'esercizio di potestà amministrative: facilità, però, solo apparente, come rileva lo stesso Autore, dal momento che essi «devono scontare un'atmosfera di sospetto e la preoccupazione degli amministratori di esporsi ad accuse di responsabilità amministrativa».

<sup>13</sup> Questo tipo di accordi alternativi ad un contenzioso sono i più delicati, poiché coinvolgono l'esercizio di un pubblico potere. Tale passaggio viene lucidamente fissato dalle parole di G. Greco, *Transazioni*, cit., 106, «nel caso di esercizio concordato del potere l'amministrazione deve osservare i limiti propri della legittimità dell'esercizio del potere medesimo. La violazione dei limiti produrrà una inevitabile illegittimità dell'accordo», poiché anche nel caso di accordi transattivi pubblicistici «l'amministrazione conserva il regime proprio dell'esercizio della potestà amministrativa», dal momento che «l'interesse pubblico funge da causa del potere (...) e la violazione della causa del potere implica le consuete conseguenze patologiche dell'esercizio del potere medesimo».

sibile, che ha dato vita ad un modello di composizione del conflitto esterno alla giurisdizione.

Esulando dal presente lavoro l'indagine sui limiti e sulle condizioni di fattibilità di questo diverso modo di perseguire l'interesse pubblico, limiti e condizioni che inevitabilmente conducono ad approfondire la legittimità dell'esercizio del potere pubblico così come diversamente configurato, il campo di indagine si ricompone intorno a quegli aspetti che investono l'amministrazione, sotto il profilo della oculata e corretta gestione delle finanze pubbliche (specie in particolari contingenze storiche).

Proprio nel momento in cui l'amministrazione discrezionalmente si determina (o non si attiva) verso la scelta di non rischiare (la prosecuzione del) la ordinaria via della tutela giurisdizionale, anteponendo ad essa la convinzione di un reale vantaggio economico conseguibile con soluzioni concordate, seppur immediatamente incidenti sull'erario pubblico, persegue l'interesse pubblico concreto ritenuto prevalente<sup>14</sup>, che, però, proprio perché "ha un costo", impone che venga realizzato nel rispetto della legalità contabile e secondo le regole della corretta gestione amministrativa.

L'idea di fondo è quella di vedere, in un contesto in cui viene analizzato il peso delle giurisdizioni sulle attività economiche<sup>15</sup>, sui processi di produzione, sulle attività amministrative di regolazione o di accesso ai mercati, sulla competitività del sistema – Paese e quindi, in sintesi, sullo sviluppo economico in genere<sup>16</sup>, se ed in che modo la Corte dei conti possa incidere,

<sup>14</sup> Con una efficace sintesi di uno dei passaggi salienti del noto lavoro di Enrico Guicciardi, volti, appunto a superare il dogma della intransigibilità del potere pubblico, tipico e ancorato al principio di legalità, attraverso la trasfusione dell'interesse astratto in quello concreto, F. Cintioli, *Le tecniche*, cit. 34, afferma che «l'amministrazione, quando si trova di fronte al pericolo che il contenzioso possa esporla ad annullamenti od anche a risarcimenti (oggi ampliati alle lesioni dell'interesse legittimo), è parte di un conflitto che impedisce di identificare l'interesse pubblico primario secondo il principio di tassatività e di stabilire con certezza quale sia la regola inderogabile e se la soluzione transattiva possa o meno disattenderla. L'amministrazione transige perché vuol realizzare il fine concreto di evitare un danno all'interesse pubblico e tale fine prevale sul piano causale (e quindi condiziona e conforma) l'interesse pubblico primario che è causa del potere in oggetto»; seppure il ragionamento condotto sia riferibile all'esercizio del potere pubblico, quindi, all'*an* della transazione, le ragioni sottese alla scelta discrezionale di transigere, una volta ammesse la possibilità, non differiscono da quelle poste alla base della valutazione del rimedio alternativo in termini di oculatezza nella gestione delle risorse pubbliche.

<sup>15</sup> In particolare, il tema del rapporto fra crisi economica e sistema di giustizia amministrativa, così come recentemente novellato dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, è affrontato da A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), 2013.

<sup>16</sup> Un rapporto, quello fra crisi economica e attività giurisdizionale amministrativa,

attraverso un eventuale giudizio di responsabilità amministrativa, su quelle scelte amministrative di ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, varate in un contesto di crisi economica o, più semplicemente, adottate per contenere la spesa pubblica in un'ottica di "amministrazione responsabile".

A ciò pare opportuno aggiungere che oggi, in modo sempre maggiore, il ricorso alla tutela giurisdizionale e l'accesso alla giustizia in genere, deve essere valutato anche alla luce di una riflessione sul costo che la giustizia come bene-servizio ha: la tutela giurisdizionale viene percepita come risorsa da utilizzare con la dovuta oculatezza, a vantaggio di strumenti alternativi alla giurisdizione con finalità deflattiva<sup>17</sup>.

In tal modo la scelta di ricorrere alle ADR diviene funzionalizzata ad una (possibile) riduzione della spesa per l'amministrazione pubblica, la quale, se è pur vero che si è impegnata da subito sotto il profilo economico perché parte dell'oggetto dell'accordo prevede appunto l'impiego di denaro pubblico per soddisfare le richieste del privato, in una prospettiva a lungo termine ha valutato (discrezionalmente) che la scelta condotta avrebbe avuto un impatto positivo sull'erario, evitando l'esposizione dell'amministrazione a costi ben più elevati in conseguenza di un contenzioso giurisdizionale complesso, rischioso e durevole<sup>18</sup>.

Il prospettato legame con i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie sta proprio nell'oggetto di quella specifica scelta amministrativa, allorquando (come nei casi analizzati o, più in generale, in quelli ipotizzati),

troppo spesso risolto in modo semplicistico mediante continue imputazioni colpevolistiche al processo amministrativo, come sottolinea L. Torchia, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 337, la quale precisa, invece, che «il processo amministrativo diventa il terminale sul quale si scaricano le tensioni del sistema» e per intravedere significativi mutamenti occorre ribaltare i termini del problema, intervenendo sull'attuale stato confusionario della legislazione e sulla cronica inefficienza dell'amministrazione.

<sup>17</sup> Come di recente messo in luce da A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952, il delicato profilo del rapporto fra esigenze dell'economia e ragioni della tutela, che comporta un «adeguato bilanciamento tra diritto delle parte agli strumenti processuali e concreta possibilità di esercizio della funzione da parte del giudice», induce a ritenere che «il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione a fini deflattivi sembra ormai una via obbligata, tanto che la "degiurisdizionalizzazione" delle controversie sembra comunque costituire una necessaria linea di tendenza dell'ordinamento processuale».

<sup>18</sup> Vedi, sul punto le conclusioni tratte da G. Greco, *Transazioni*, cit., 100 ss., che rileva come un sacrificio patrimoniale dell'amministrazione diretto a risarcire il privato al fine di salvaguardare i provvedimenti emessi e l'assetto costituito, non può, *tout court* dare vita a «transazioni ingiustificabili (o sempre ingiustificabili) alla stregua dei principi di economicità e buona amministrazione».

essa cada sul singolo strumento di giustizia alternativa discrezionalmente preferito dall'amministrazione rispetto al ricorso agli strumenti giurisdizionali, in un contesto di conflitto o in una situazione controversa, che, naturalmente, presentino un apprezzabile margine per ricercare forme collaborative in funzione risolutiva della situazione presente o che possa nuovamente riproporsi in futuro<sup>19</sup>.

Il ricorso ai rimedi alternativi pubblicistici diviene, nel più generale quadro dei rapporti fra pubblica amministrazione e privato, un sistema di composizione negoziata di una situazione controversa che trae la propria origine dal fallimento (acclarato o in procinto di realizzarsi) della precedente interazione fra amministrazione e privato.

Esso instaura una nuova possibilità di cooperazione fra i due poli contrapposti di detto rapporto, in vista del perseguimento dell'interesse pubblico concreto ritenuto il più aderente alla situazione contingente, perseguito mediante un potere sganciato dalla tipicità, dalla unilateralità e dalla indisponibilità, ma pur sempre contenuto entro i confini della legalità (sostanziale)<sup>20</sup>.

Ma rinforza anche il ruolo istituzionale di garante e promotore dei diritti dei cittadini riconosciuto all'amministrazione<sup>21</sup>.

È senza dubbio vero che, come evidenziato in dottrina, in questo delicatissimo passaggio verso la ricerca di una forma di utile cooperazione attraverso il ricorso a rimedi alternativi al contenzioso giurisdizionale, il ruolo dell'autorità (pubblica) è più sfumato<sup>22</sup>, in quanto non centrale nella proce-

<sup>19</sup> Mette in luce due rilevanti aspetti delle ADR M. Ramajoli, *Interesse generale*, cit., 481, che, pur nell'impossibilità di ricondurre le stesse ad un'unica tipologia, mediante la costruzione di un modello unitario di procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie, evidenzia la loro funzione di migliorare la comunicazione fra le parti e di impedire che simili situazioni di conflitto possano ripresentarsi in futuro; tale ultimo rilievo, in particolare, diviene centrale nell'analisi in questa sede affrontata, dal momento che esso rappresenta un importante elemento della valutazione condotta dall'amministrazione che ha utilizzato uno strumento di ADR e, quindi, se proprio in conseguenza di detta scelta fosse avviato dalla Procura contabile un giudizio di responsabilità amministrativa, potrebbe costituire un elemento centrale per la ricostruzione degli elementi giuridici di detta fattispecie.

<sup>20</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007; e, ancora più in particolare, Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012.

<sup>21</sup> Questo relevantissimo profilo di garanzia che assiste in modo istituzionale l'amministrazione, secondo quanto acutamente osservato da M. Giovannini, *Conciliazione stragiudiziale*, cit., 828 ss. viene potenziato proprio dalla scelta dell'amministrazione di ricorrere alle procedure di conciliazione stragiudiziale, in un contesto nel quale, il disequilibrio connesso alla posizione non paritaria dell'amministrazione, potrebbe essere utilizzato dalla stessa in sede processuale e contro il privato.

<sup>22</sup> E su questa diversa percezione del potere pubblico convergono anche le considera-

dura alternativa<sup>23</sup>; tuttavia, ai fini della prospettiva in esame, il potere amministrativo che si indirizza verso la scelta di mediare, conciliare o transigere con il privato dietro un sacrificio economico, costituisce, al contrario, il fulcro dell'intera indagine, poiché rappresenta il concreto modo di atteggiarsi dell'amministrazione che, in quella circostanza specifica, eleva la necessità di risolvere o prevenire una controversia attraverso un percorso alternativo alla giurisdizione, a modalità più idonea di attuare l'interesse pubblico concreto, attraverso un riallineamento del potere amministrativo alla vicenda concreta<sup>24</sup>.

Posto, infatti, che nella variabilità degli interessi pubblici concreti, la risoluzione di conflitti reali o potenziali scaturenti da un rapporto (di diritto pubblico o di diritto privato) con il privato può rappresentare, per l'amministrazione, una invariante connessa alla necessità di perseguire l'interesse pubblico primario costituito, oggi con maggior intensità, dalla garanzia di una attività amministrativa fluida, responsabile, partecipata e, soprattutto, a costi contenuti<sup>25</sup>, l'amministrazione stessa dovrebbe ritenerla una scelta astrattamente possibile sempre<sup>26</sup>, salvo, caso per caso, verificarne le condi-

zioni di M. Ramajoli, *Strumenti alternativi*, cit. 12 ss. e poi Id, *Interesse generale*, cit. 483, che, però, mettono in luce non tanto «l'accantonamento almeno parziale e contingente dell'autorità», quanto un differente aspetto del potere amministrativo che nel corso dei decenni ha perso i caratteri dell'assolutezza e della inesauribilità per divenire, entro le regole della legalità (anche sostanziale), disponibile dall'amministrazione che attua l'interesse concreto in relazione al diritto che regola la situazione oggettiva; con un ribaltamento di prospettiva «il punto di vista ordinante» non è più rappresentato dal potere o dalla situazione soggettiva o, ancora dall'interesse pubblico, bensì «dal diritto oggettivo che regola e circonda l'esercizio del potere», vale a dire dal «quadro normativo della vicenda concreta».

<sup>23</sup> A. Massera, *I rimedi non giurisdizionali*, cit. 103.

<sup>24</sup> Centrali, sul punto, appaiono le affermazioni di M. Ramajoli, *Interesse generale*, cit. 483, che, nell'inquadrare sotto un profilo sistematico il ricorso alle ADR nell'ambito dei rapporti pubblicistici, le definisce come «possibili modalità di applicare “diversamente” le norme rispetto a quanto ritenuto in prima battuta dalla pubblica amministrazione in occasione dell'esercizio del potere».

<sup>25</sup> Come emerge dai Rapporti annuali della Corte dei conti sul coordinamento della finanza pubblica, l'obiettivo di *spending review* non costituisce solamente un monito astratto per le amministrazioni pubbliche, ma prende forma e condiziona ogni azione amministrativa, quindi diviene il principale parametro cui (purtroppo) sempre più spesso debbono uniformarsi le amministrazioni, vedi, da ultimo, i Rapporti del 2013 e del 2014.

<sup>26</sup> Non pare inconferente, seppure in una sfumatura parzialmente diversa, il richiamo alle parole di M. Giovannini, *Conciliazione*, cit., con cui si auspica che «le amministrazioni coinvolte in un conflitto non possono restare indifferenti alle implicazioni che tale conflitto solleva nei confronti delle collettività di riferimento. Ecco dunque che, nel momento in cui un'amministrazione acconsente allo svolgimento della procedura di conciliazione, non fa

zioni di fattibilità concreta<sup>27</sup>, sulla base delle regole della ragionevolezza e della proporzionalità che presiedono, in ultima ratio, all'esercizio legittimo del potere amministrativo.

In questa delineata prospettiva, l'angolazione prescelta spinge ad analizzare le eventuali conseguenze che possono derivare, in termini di responsabilità amministrativa, per quelle scelte amministrative di ricorso ad uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie che, naturalmente, abbia comportato per l'amministrazione un'esposizione economica diretta, poiché solo in tal caso si giustifica l'intervento del giudice contabile.

Essendo infatti la giurisdizione della Corte dei conti costituzionalmente limitata per materia alla «contabilità pubblica»<sup>28</sup>, l'ambito su cui cade l'indagine deve sempre essere connesso alle responsabilità finanziarie dell'ente (*rectius* dei pubblici funzionari), pertanto le fattispecie che possono dare avvio ad un'indagine della procura contabile sono sempre connesse in modo inscindibile ai casi in cui l'amministrazione abbia impegnato (o abbia ommesso di introitare) somme di denaro pubbliche in conseguenza dell'esercizio di una attività amministrativa.

L'attività amministrativa che, in particolare, cade sotto la lente della Corte dei conti, diversamente da quanto accade per il giudice amministrativo, non è tanto quella che ha ad oggetto, in generale, i margini della legiti-

altro che riappropriarsi di una funzione che già le appartiene, quella di garante dei diritti della collettività, seppur attraverso l'angolo prospettico del singolo episodio conflittuale. Da ciò emerge che il consenso in merito alla instaurazione della procedura di conciliazione non può essere lasciato alla mera estemporaneità della singola vicenda di conflitto».

<sup>27</sup> Nel caso di rapporti che involgono l'esercizio di un pubblico potere, i limiti per la legittimità dello stesso, negli altri casi, i limiti ritenuti idonei a garanzia della parte pubblica o quelli previsti dal legislatore, se presenti.

<sup>28</sup> A doveroso completamento dell'inquadramento della funzione giurisdizionale della Corte dei conti, decisamente unica nel panorama giuridico europeo ed internazionale, come messo in luce anche da F.G. Scoca, *Problemi aperti in tema di giurisdizione sulla responsabilità amministrativa*, in *Atti del Convegno sul Corretto utilizzo delle risorse pubbliche: idoneità dei mezzi di tutela e necessità del loro potenziamento*, Gubbio, 20 e 21 aprile 2012, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), giova precisare che, ai sensi dell'art. 103 Cost., la «contabilità pubblica» non costituisce l'unico ambito attribuito alla giurisdizione contabile, atteso che la stessa, secondo il comma 2 della citata disposizione costituzionale, si estende anche alle «altre materie specificate dalle legge». La scelta di concentrare l'attenzione solo sul primo tipo di attribuzioni si spiega in base alla ritenuta maggiore rilevanza di tale ambito ai fini della tematica prescelta, in considerazione del fatto che la valutazione, da parte della Corte dei conti, degli effetti del possibile impiego di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie appare lo più rilevante nell'ambito di un'azione preposta in modo precipuo e diretto alla tutela ed alla protezione delle risorse finanziarie pubbliche, rispetto a quanto non possa accadere nei casi in cui la salvaguardia delle predette risorse, mediante l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, sia solo indiretta.

timità entro cui è stata varata la scelta dell'impiego di uno strumento di ADR per definire un conflitto che investe il rapporto pubblico – privato (cosa che imporrebbe la verifica del rispetto della legittimità dell'azione e del potere amministrativo e presupporrebbe una necessaria distinzione fra attività amministrativa di diritto privato ed attività di diritto pubblico), quanto, nello specifico, quella che ha ad oggetto la valutazione amministrativa della scelta di ricorrere ad uno strumento di ADR (indipendentemente dal fatto che esso cada su un rapporto di diritto pubblico o di diritto privato della P.A.) che comporti dirette conseguenze economiche per l'erario pubblico<sup>29</sup>.

Ciò che rileva, quindi, è senza dubbio ed ancora una volta la scelta amministrativa di aver optato per uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie, ma analizzata, in quest'ottica, non sotto il profilo della fattibilità sul piano della legittimità, bensì sotto il profilo delle conseguenze che ha generato sul piano delle ricadute economiche, tali da attivare (eventuali) meccanismi di responsabilità<sup>30</sup>.

A dire il vero molto più rilevante ed interessante, ai fini di una visione più completa del fenomeno delle ADR nelle controversie con la pubblica amministrazione, sarebbe cercare di vedere se, nei casi di ricorso alle ADR nei rapporti pubblicistici, le uniche, secondo la dottrina<sup>31</sup>, ad essere considerate autentiche transazioni di diritto pubblico, sia attivabile un giudizio di responsabilità amministrativa, anche quando non sia immediatamente valutabile e percepibile il danno erariale<sup>32</sup>, ma questo, se appare già arduo in tutti

<sup>29</sup> Rafforzano le conclusioni raggiunte i rilievi di G. Greco, *Transazioni*, cit., 101, per il quale la mera rilevanza economica di un negozio transattivo stipulato dalla A. con il privato per mantenere in vita un provvedimento e l'assetto da esso delineato, a fronte di un ristoro patrimoniale corrisposto allo stesso perché rinunzi all'impugnazione, non è sufficiente a qualificare la transazione come di diritto pubblico, però espone gli amministratori ad insostenibili rischi di responsabilità amministrativa.

<sup>30</sup> Chiarissime sul punto le affermazioni della C. conti, sez. giur. Lombardia, 30 giugno, 2005, n. 467, che, confermando un consolidato orientamento già oggetto di esame da parte delle sez. riunite del 18 aprile 1996, n. 22, precisano: «Poiché nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile gli atti della pubblica amministrazione non vengono in rilievo come tali, ma come fatti giuridici idonei a modificare la realtà giuridica ed a produrre i conseguenti effetti giuridici, l'accertamento demandato a questa Corte non cade mai sulla legittimità-illegittimità di un atto, ma sulla liceità-illiceità del fatto giuridico che ha comportato una diminuzione patrimoniale per l'amministrazione».

<sup>31</sup> Vedi ampiamente G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., 230.

<sup>32</sup> In questo contesto va, al riguardo, ricordato come alcuni recenti e discussi interventi legislativi (si veda l'art. 17, c. 30-ter, periodi secondo, terzo e quarto, d.l. n. 78/2009, convertito, con modificazioni, in l. n. 102/2009, modificato dal d.l. n. 103/2009 convertito, con mo-



i casi in cui lo strumento di ADR impiegato sia una transazione<sup>33</sup> con cui, ad esempio, si rinuncia ad un'attività amministrativa o se ne modifica parte del contenuto, diviene addirittura impossibile se lo strumento alternativo si sgancia dalla sua forma "tipica", confluendo in uno o più atti amministrativi successivi il cui impegno economico per l'amministrazione è ben occultato<sup>34</sup>.

Così in tutti quei casi in cui la (o la mancata) conclusione di un accordo transattivo oppure la (o la mancata) partecipazione ad un processo di

dificazioni, in l. n. 141/2009, varato in un contesto di misure anticrisi, volte anche ad alleggerire la posizione del dipendente incorso in ipotesi di responsabilità amministrativa e a ridurre la sfera dei controlli da parte delle Procure contabili) abbiano cercato di ridurre i casi in cui la Procura contabile possa avviare percorsi processuali volti all'indagine delle eventuali responsabilità risarcitorie connesse al danno all'immagine dell'amministrazione, stabilendo, a pena di nullità (peraltro rilevabile in qualunque momento, da parte di chiunque vi abbia interesse e decisa, dalla competente Sezione regionale, in modo accelerato nel termine di 30 giorni) che l'esercizio dell'azione contabile sia subordinata all'esistenza di una concreta e specifica notizia di danno; la questione, portata all'attenzione della Consulta con ord. n. 331 del 16 novembre del 2009 (giudice rimettente: C. conti, sez. reg. Umbria), aveva investito la Corte di numerosi profili di legge ritenuti in contrasto con molti precetti costituzionali, ma non aveva avuto lo sperato esito: con la criticata sentenza n. 355 del 2010 (su cui vedi il commento di A. Vetro, *Il danno all'immagine dell'amministrazione dopo il "Lodo Bernardo"* (art. 17, c. 30-ter, d.l. n. 78 del 2009): una discutibile sentenza della Consulta, in [www.respamm.it](http://www.respamm.it)) la Corte ebbe modo di salvare la previsione di legge, dichiarando legittime le previsioni limitative introdotte dal legislatore; tuttavia, a distanza di brevissimo tempo, la portata delle medesime previsioni ha trovato un nuovo ampliamento ad opera delle sezioni riunite della Corte dei conti, che, con due distinti interventi, sul piano sostanziale (C. conti, sez. riun., 3 agosto 2011, n. 12 QM) e sul piano processuale (n. 13 QM di pari data), hanno definito il reale ambito applicativo della novella.

<sup>33</sup> La transazione stipulata da un'amministrazione pubblica, in generale, anche laddove non espressamente previsto dalla legge, è sempre inviata alla Corte dei conti per il controllo, pertanto appare più agevolmente tracciabile, anche in vista di una futura analisi del contenuto in termini di responsabilità amministrativa.

<sup>34</sup> Si pensi, ad esempio, a tutti i casi in cui un accordo ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990 dia vita ad un provvedimento amministrativo di secondo grado che incide su una precedente realtà più o meno consolidata: il profilo di una eventuale responsabilità amministrativa verrebbe ad emergere solo in conseguenza delle possibili richieste di risarcimento andate a buon fine da parte di quei soggetti che lamentano danni per illegittimità del provvedimento scaturito dall'accordo transattivo oppure nei casi in cui siano riconosciute indennità legali; lo stesso G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., 228, lamenta come a fronte del moltiplicarsi dei presupposti per nuovi accordi transattivi dell'amministrazione (risarcibilità degli interessi legittimi, esecuzione in forma specifica delle sentenze del giudice amministrativo), gli stessi non vivano quasi mai nell'ambito di un rapporto trasparente e manifesto, ma siano spesso dissimulati da complesse costruzioni di atti, specialmente quando abbiano ad oggetto la il pagamento (o la mancata riscossione) di somme di denaro.

mediazione in funzione conciliativa (che, a sua volta, può anche condurre ad una proposta transattiva) che contenga una parte economica, siano ritenuti dall'amministrazione, in relazione alla cura dell'interesse pubblico, la migliore soluzione per ricomporre situazioni di contenzioso reale o potenziale che, se perpetrate, potrebbero rischiare di divenire, per la struttura pubblica, negativamente incisive sotto un profilo economico<sup>35</sup>, l'attenzione si sposta sulle possibili conseguenze, in termini di responsabilità amministrativa, cui tale scelta può dar avvio<sup>36</sup>.

Orbene, la scelta amministrativa di ricorrere a strumenti idonei a prevenire o a sostituire l'intervento del giudice amministrativo, varata con finalità di limitare i danni (*rectius*, i costi) amministrativi, ma che comporti una immediata diminuzione patrimoniale per la stessa amministrazione, può, a sua volta, divenire oggetto o, più esattamente elemento, nell'ambito di un giudizio di responsabilità amministrativa avviato dalla Corte dei conti in relazione ad un possibile danno erariale arrecato proprio da detta scelta? E se sì, entro quali limiti?

Questi, nella prospettiva prescelta, i temi cardine della questione che necessita, però, di due precisazioni finali.

La prima puntualizzazione specifica i confini interni dell'indagine, che si estendono fino a ricomprendere sia quelle scelte amministrative di ricorso ai rimedi alternativi precedenti ad un contenzioso giurisdizionale, sia quelle scelte maturate a seguito di una situazione in cui è già in corso l'attività giurisdizionale, sia, infine, quelle scelte in cui essa si è appena conclusa: sebbene profondamente diverse fra loro quanto al "peso" della scelta amministrativa, esse configurano fattispecie su cui indistintamente può incentrarsi il giudizio di responsabilità amministrativa, allorquando comportino un impegno di spesa per l'erario, sia in termini di mancato incasso, sia in termini di diretto esborso.

L'ultima specificazione delimita l'indagine dall'esterno onde evitare che l'ampiezza del tema rischi di condurre verso percorsi non pertinenti rispetto alla prospettiva prescelta.

<sup>35</sup> L'apparente mancanza di specificità con cui è impiegata detta espressione è frutto di una precisa scelta di utilizzare una formula generale (ma non generalista) per indicare ogni forma di ricaduta economica negativa sull'amministrazione pubblica, anche indiretta, come, ad esempio, il danno all'immagine della struttura pubblica.

<sup>36</sup> Tema percepito con le dovute criticità da più parti della dottrina, cfr. G. Greco, *Contratti e accordi*, cit., 228; Id., *Transazioni*, cit. 96; F. Cintioli, *Le tecniche*, cit.; e cui, in epoca relativamente recente, è stato dedicato il lavoro di M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, il quale offre una ricostruzione peculiare della funzione delle ADR, con particolare riferimento, però, solo alla conciliazione ed all'arbitrato, proprio in relazione ad un rinnovato concetto di amministrazione garantista, efficiente ed attuatrice del diritto.

Così, circoscrivendo lo studio ai limiti ed agli effetti del sindacato giurisdizionale condotto dalla Corte dei conti nell'ambito di un giudizio di responsabilità amministrativa che prenda le mosse proprio dalla scelta amministrativa di rinunciare ad introitare somme di denaro o disporre la fuoriuscita delle stesse, a seguito del ricorso a strumenti di ADR, è apparso opportuno ridurre il poliedrico insieme dei rimedi alternativi alle controversie ad un sotto insieme più ristretto, che ricomprenda le ipotesi della transazione amministrativa e tutti i modelli di composizione del conflitto a mezzo di procedure di mediazione e conciliazione, spesso dirette proprio a concludere accordi transattivi.

Con la logica conseguenza di escludere tutti i casi in cui il legislatore ha previsto espressamente il ricorso a figure di ADR tipicizzate<sup>37</sup> o tutti i casi in cui, pur al di fuori di una esplicita tipizzazione normativa, sia sempre possibile orientare alcuni istituti già presenti nel contesto giuridico<sup>38</sup> verso una funzione di composizione o di prevenzione di un conflitto<sup>39</sup>, poiché anche mediatamente riconducibili ad ipotesi legali.

In tali casi, infatti, il problema di una eventuale responsabilità amministrativa potrebbe essere valutabile da una diversa prospettiva, poiché, almeno sotto un profilo astratto, la previsione di strumenti di ADR che impegnino economicamente l'amministrazione viene già contemplata dal legislatore, pertanto la Corte potrebbe "limitarsi" ad esaminare possibili fattispecie di

<sup>37</sup> Tali possono essere considerati gli istituti previsti nel codice dei contratti pubblici (accordo bonario, transazione e istituti del precontenzioso), su cui di recente si è espressa la dottrina, A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5, 2015, pag. 1127; o nell'ambito delle autorità indipendenti o, ancora, nel codice delle comunicazioni elettroniche, cfr. sul punto, per un esame dei singoli modelli di ADR legali nei settori speciali di diritto amministrativo, F. Cintioli, *Le tecniche*, cit., e M. Ramajoli, *Strumenti alternativi*, cit.; Id., *Interesse generale*, cit., con i relativi richiami agli studi di dottrina.

<sup>38</sup> In questa prospettiva può divenire centrale, ad esempio, la valorizzazione del contraddittorio procedimentale (ma inteso, come rilevato in dottrina da F. Merusi, *Le avventure del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005, 11, come forma di partecipazione alla decisione amministrativa e non solo come forma di "reazione" ad una decisione già unilateralmente impostata dall'amministrazione e connotata) perché, se correttamente impiegato, rappresenta uno strumento deflativo del contenzioso ed un luogo di composizione dei differenti interessi contrapposti.

<sup>39</sup> Tali sono, ad esempio, i possibili modelli di ADR pubblicistiche esaminati da M. Ramajoli, *Interesse generale*, cit., 489, che annovera fra i possibili strumenti utili, al di là dei ricorsi amministrativi, che, per la modalità stessa in cui sono strutturati, non rappresenterebbero una reale soluzione, non assicurando la "mending justice", l'autotutela amministrativa sugli atti.

responsabilità amministrativa connesse alle ragioni che, in concreto, hanno condotto l'amministrazione ad orientarsi verso una determinata scelta (discrezionale), positiva o negativa, di ricorrere ad una soluzione stragiudiziale già contemplata sul piano teorico.

La tipizzazione legale, pertanto, lungi dall'escludere l'esame del comportamento in concreto seguito dall'amministrazione (per esempio con riferimento all'elemento soggettivo) sotto il profilo delle possibili responsabilità connesse all'aver scelto di impiegare o meno lo strumento di ADR tipizzato, non vuole certo sottrarre queste ipotesi al doveroso controllo dei giudici contabili, tuttavia potrebbe "alleggerire" alcuni aspetti valutabili dalla Corte dei conti sotto il profilo della responsabilità.

La predeterminazione legislativa del ricorso, in un determinato ambito, a soluzioni di ADR, consente di far ricadere sull'amministrazione "solamente" quell'aspetto del profilo della scelta che riguarda la volontà di utilizzare o meno quel mezzo di risoluzione alternativa di un conflitto, già messo a disposizione dall'ordinamento in quel determinato settore e con riferimento a quella determinata circostanza, non lasciando, al contrario, ricadere interamente sull'amministrazione anche gli ulteriori e più delicati profili che, in casi in cui manchi una tipizzazione legale, sono correlati alla più generale scelta amministrativa di ipotizzare anche la compatibilità dell'impiego di uno strumento di ADR in quella determinata fattispecie, oltre all'individuazione del modello maggiormente confacente alla fattispecie in questione.

Se, quindi, anche nei primi casi sarà proprio la scelta sull'*an* (condotta dall'amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità) ad avviare una eventuale indagine da parte della procura contabile in relazione agli effetti finanziario-contabili dell'impiego dello strumento di ADR, pare che detta scelta si muova entro confini più limitati rispetto a quanto rilevato negli altri casi oggetto del presente approfondimento, con questo differenziandosi da questi ultimi.

Fuori discorso restano le eventuali problematiche di responsabilità connesse al *quantum* eventualmente impegnato dall'amministrazione nel momento del compimento della scelta positiva di ricorrere ad uno strumento di ADR tipizzato: tale profilo di esame da parte del giudice contabile non assume connotazioni differenziali nei due casi evidenziati.

Per ragioni in parte coincidenti a quanto rilevato in proposito dei casi in cui, in qualche modo, possa riscontrarsi una previsione tipizzante di uno strumento di ADR, non saranno esaminati neppure i casi di arbitrato pubblico<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Il fenomeno dell'arbitrato nei rapporti amministrativi è stato ampiamente studiato

## 2. Un apparente alleggerimento del rischio di responsabilità amministrativa: le ipotesi di mediazione obbligatoria in ambito sanitario

Le considerazioni che precedono inducono senza dubbio a convogliare l'analisi verso i casi in cui il ricorso (e la scelta degli) agli strumenti di ADR da parte della pubblica amministrazione sia integralmente frutto di una valutazione discrezionale imputabile agli amministratori e non costituisca l'attuazione di precetti normativi che contengono già tipologia, modello e procedimento di uno strumento alternativo di risoluzione di un conflitto, in corso o prossimo che, seppur con margini più o meno ampi di discrezionalità, deve solamente essere portato ad esecuzione da parte di una amministrazione, sollevata dall'onere della scelta originaria.

Con riguardo a questo ultimo aspetto, resta da verificare, però, se anche nei casi in cui sussista una previsione normativa che imponga il ricorso ad uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie, essa riesca ad assorbire in sé tutti i profili discrezionali su cui può modellarsi la scelta amministrativa connessa all'impiego del modello di ADR legalmente previsto; solo, infatti, se così fosse, sarebbe possibile sfumare a tal punto gli eventuali profili di responsabilità amministrativa da renderli così tenui e lievi da non riuscire neppure a configurare il requisito minimo della colpa grave ritenuto indispensabile nella fattispecie costruita dal legislatore del 1994-1996<sup>41</sup>.

Pertanto, prima di procedere ad esaminare i casi in cui la scelta dell'amministrazione di utilizzare uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie sia priva di qualunque ancoraggio normativo, occorre chiedersi,

dalla dottrina, sia sotto il profilo più strettamente processuale, che sotto quello più generale della disponibilità del potere pubblico e della tipicità dello stesso: A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1999, 2157; L.R. Perfetti, *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Riv. arbitrato*, 2009, 589; M. Delsignore, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007; F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del pubblico potere*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 243; sia, infine, in relazione ai singoli modelli legali, G. Greco, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 157; per una prospettiva si studio che analizza la possibilità di ricorrere all'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, benché in epoca anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, L. Penasa, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1270.

<sup>41</sup> Sul requisito soggettivo della colpa grave come limitazione legale introdotta a seguito delle riforme contabili della metà degli anni Novanta del secolo scorso, si veda *infra*, par. 3.

al contrario, se dietro l'inconfutabile dato legislativo di previsione dello strumento di ADR si celino passaggi in cui la scelta dell'amministrazione possa ritornare in primo piano e divenire oggetto di un possibile esame in chiave di responsabilità amministrativa da parte del giudice contabile.

Orbene, se ciò appare molto sfumato nei casi in cui lo strumento di ADR sia compiutamente regolato dalla legge sotto un profilo procedimentale, come accade per gli strumenti previsti nell'ambito del settore degli appalti pubblici o nell'ambito delle amministrazioni indipendenti, in simili termini non sembra potersi concludere nell'unico caso in cui un modello di ADR sia previsto come condizione processuale di procedibilità dell'azione.

Quando, dopo intenso travaglio normativo<sup>42</sup>, il legislatore ha, in ultima analisi, confermato che, nell'ambito della responsabilità medica e sanitaria, l'azione processuale volta ad avviare, in sede giurisdizionale, la richiesta di risarcimento del danno subito dal privato, debba essere preceduta dall'esperimento della procedura di mediazione legale<sup>43</sup>, non ha parimenti dettato le necessarie condizioni speciali che avrebbero dovuto caratterizzare l'intervento di un'amministrazione pubblica in una procedura generalmente prevista solo per i soggetti privati<sup>44</sup>.

Particolarmente arduo, infatti, era desumere, dalle scarse asserzioni legislative, per quali tipologie di amministrazioni la mediazione fosse ritenuta condizione di procedibilità dell'azione, quale ambito oggettivo riguardasse e

<sup>42</sup> Il punto di partenza è rappresentato dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, poi gravato da giudizio di legittimità costituzionale nel 2012 per eccesso di delega ed infine riformulato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>43</sup> L'art. 5, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, così come in precedenza modificato, recita: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

<sup>44</sup> Sul difficile percorso di riconoscimento, anche per le amministrazioni pubbliche, dell'applicabilità della conciliazione stragiudiziale, in epoca anteriore alla presente legge, si veda M. Giovannini, *Conciliazione*, cit., 824, il quale, pur dando per pacifica la possibilità che conciliazioni stragiudiziali fossero condotte anche dalla parte pubblica, auspicava l'introduzione di un principio generale che incoraggiasse l'utilizzo e favorisse la diffusione di tale rimedio alternativo, dal momento che «il problema della conciliazione consiste proprio nel fatto che essa è stata fino ad oggi introdotta soltanto a livello di settore, senza mai acquisire la dignità di una opzione generale a disposizione degli amministratori pubblici».

quale tipologia di attività amministrativa, nell'ambito dell'oggetto, fosse ricompresa fra quelle su cui avrebbe potuto procedersi ad una conciliazione, anche con finalità transattiva ed, infine, quale regole procedurali avrebbe dovuto rispettare la pubblica amministrazione nel percorso di mediazione<sup>45</sup>, anche allorquando fosse stata limitata l'applicazione della disposizione alle sole attività amministrative di diritto privato.

Ad incrementare l'incertezza interpretativa contribuiva anche la difficile armonizzazione, in mancanza di supporti normativi, fra il testo della legge nazionale ed il testo della Direttiva europea da cui la legge stessa sarebbe derivata.

Nel diritto interno, infatti, era scomparsa quella fondamentale limitazione che escludeva l'estensione delle norme che incrementavano il ricorso alle procedure di ADR, rafforzando l'istituto della mediazione, «alla materia amministrativa ed alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)».

La questione non è apparsa, fin da subito, priva di rilevanza pratica, tanto che il rischio di una paralisi applicativa derivante dalla diffusa incertezza, ha spinto il Dipartimento della Funzione Pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ad adottare e diramare a tutte le amministrazioni pubbliche una circolare varata nell'agosto del 2012<sup>46</sup>, nella quale venivano fornite le linee interpretative ed esplicitate le modalità esecutive per una corretta applicazione della l. n. 28/2010<sup>47</sup>, che, di lì a breve, sarebbe confluita nella l. n. 98/2013, attualmente vigente.

<sup>45</sup> Appare interessante rilevare, per una visione più completa del problema come l'incertezza connessa alla applicazione concreta degli strumenti di ADR dei quali l'amministrazione intende avvalersi, rappresenti una questione dirimente anche nel caso in cui il ricorso al rimedio alternativo alle controversie non sia stato predeterminato in sede legislativa; al riguardo, la necessità di trovare regole procedurali dotate di un buon grado di uniformità, ha spinto la giurisprudenza contabile all'elaborazione di criteri generali volti a chiarire aspetti connessi, ad esempio, alla precisazione dei soggetti competenti, nell'ambito dell'amministrazione locale, alla stipula di accordi transattivi che impegnino l'ente (sez. contr. Reg. Liguria, delib. n. 5/2014; sez. contr. Reg. Umbria, delib. n. 123/2015).

<sup>46</sup> Circolare 10 agosto 2012, n. 9, adottata dal Di della Funzione Pubblica ed indirizzata, oltre che alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, anche all'Avvocatura generale dello Stato ed al Consiglio nazionale forense: scelte, queste ultime, non certo casuali ...

<sup>47</sup> Di primaria importanza, per quel che riguarda un eventuale profilo di responsabilità amministrativa, appaiono le regole che definiscono la scelta dei soggetti legittimati a rappresentare l'amministrazione nella procedura di mediazione volta alla conciliazione, anche mediante la sottoscrizione di una transazione; come quelle che prevedono le richieste di pareri all'Avvocatura generale dello Stato, come strumenti di orientamento per la scelta delle

In tal modo, chiariti i principali aspetti procedurali rimasti in ombra con la legge, sembravano, per le amministrazioni ed i suoi funzionari e dipendenti, esser fuggiti la maggior parte degli ostacoli che facevano scattare il timore di incappare nel rischio delle larghe maglie della responsabilità amministrativa.

Almeno in apparenza.

Ciò che ancora oggi nessuna disposizione, nessun regolamento o nessuna circolare interpretativa ha mai chiarito è quali regole procedurali debbano seguire le amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato e da quelle nazionali, quando si determinino verso una scelta di partecipare ad una procedura di conciliazione o quando stipolino una transazione.

Nel primo caso, ad esempio, non pare certo irrilevante, in termini di potenziali ricadute sulla responsabilità amministrativa degli amministratori, la mancanza di regole che stabiliscano quali siano gli organismi, dotati della necessaria imparzialità e competenza tecnica, presso cui una pubblica amministrazione locale debba rivolgersi in caso di conciliazione stragiudiziale; così come non rilevante, nel caso di stipula di una transazione all'esito di una procedura di conciliazione, sia la mancata indicazione chiara del soggetto legittimato a trattare, prima, ed a siglare l'accordo poi.

Non è infrequente, infatti, che determinati comportamenti degli amministratori nell'ambito del procedimento di ADR integrino elementi valutabili nella ricostruzione della fattispecie di responsabilità amministrativa.

Parallelamente, quindi, all'auspicio che le ipotesi di ADR legalizzate vengano ulteriormente incrementate, vale anche l'ulteriore auspicio che quelle già presenti, laddove necessario, siano completate con adeguate norme procedurali.

### **3. I nuovi confini della legittimità nel processo contabile ed il sindacato della Corte dei conti sulle scelte di ADR volontarie: verso un'azione amministrativa responsabile o verso un'azione di responsabilità?**

Le criticità evidenziate in ordine ai casi in cui il ricorso da parte di un'amministrazione ad uno strumento di ADR sia previsto come obbligatorio dalla legge consentono di far emergere, in tutta la sua chiarezza, il ful-

amministrazioni statali sulla concreta fattibilità e sulla modalità di conduzione della mediazione volta a raggiungere accordi transattivi; come, ancora, quelle che disciplinano compiutamente le tappe del procedimento di mediazione, dal lato della parte pubblica; sulla richiesta dei pareri legali all'Avvocatura generale o all'ufficio legale, vedi *infra*, par. 4, ultima parte.



cro centrale dell'analisi: aumentando il grado di scelta dell'amministrazione, aumenta proporzionalmente anche il rischio di un sindacato contabile in relazione ad ipotesi di responsabilità amministrativa che possono essere esaminate in conseguenza della conclusione di accordi o proposte transattive con impegno patrimoniale per l'amministrazione.

Se i timori di una responsabilità amministrativa connessi alla scelta dello strumento "bonario" di risoluzione di un conflitto in corso o potenziale, paiono esser abbastanza stemperati in quei casi di ricorso alle ADR previsti in via legale<sup>48</sup>, essi tornano ad essere centrali quando l'amministrazione deve valutare, nel sul complesso ed *ex ante*, la opportunità, la convenienza, la proporzionalità e la ragionevolezza del ricorso ad un certo rimedio alternativo al contenzioso giurisdizionale, rispetto al quale deve prevedere una congrua diminuzione patrimoniale da sostenere ed un iter procedimentale da seguire.

Il rischio di incorrere in una ipotesi valutabile dalla magistratura contabile sotto il profilo della responsabilità amministrativa, appare solo in parte appare alleggerito dalla necessaria riduzione dell'elemento soggettivo al profilo della colpa grave, introdotta dal legislatore con le riforme del 1994-1996<sup>49</sup>, affinché, come precisato già dalla Consulta nel 1998, «il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa»<sup>50</sup>.

Se, infatti, sul piano legislativo, la limitazione delle ipotesi di condanna, disposte a carico degli amministratori in relazione alla fattispecie inverteasi, induce a restringere il riconoscimento della responsabilità amministrativa ai soli casi di condotta del soggetto agente segnata dalla grave violazione involontaria di una regola prevista<sup>51</sup> (finendo, spesso, per far coincidere l'esistenza della colpa grave con i casi di gravi errori commessi dai dipendenti e funzionari), è altresì vero che «la locuzione colpa grave è una sorta di norma

<sup>48</sup> Ovviamente nei termini precisati nel testo e limitati alla già espressa opinione che la predeterminazione legale di un possibile ricorso a strumenti di ADR già individuati in via legislativa, possa, in qualche modo, ridurre l'ambito di scelta della pubblica amministrazione, almeno sotto questo specifico aspetto connesso all'*an*, lasciando, per contro invariata la discrezionalità relativa alla valutazione del ricorrere o meno a detto strumento.

<sup>49</sup> Art. 3, c. 1, lett. a), l. n. 639/1996, che modifica l'art. 1, l. n. 20/1994.

<sup>50</sup> C. cost., sent. 20 novembre 1998, n. 371, in Cons. St., 1998, II, 1609.

<sup>51</sup> Cfr. C. conti, sez. II, 20 luglio 2004, n. 256, in cui viene riconosciuta la colpa grave, per violazione di doveri inerenti alle proprie funzioni, di un sindaco che, omettendo senza alcuna giustificazione e per mera inerzia di provvedere alla stipula di transazione approvata dal Consiglio, abbia cagionato all'ente locale l'ingiusto danno correlato alle maggiori spese sostenute a seguito delle azioni giudiziali esperite dalle controparti.

penale in bianco»<sup>52</sup>, presenta confini elastici molto rischiosi, perché definiti in chiave dinamica e non in base ad un astratto modello legale.

La colpa grave richiesta dal legislatore, secondo quanto rilevato dalla dottrina e praticato dalla giurisprudenza, viene modellata e contestualizzata affinché si ottenga una graduazione mediante «quel nesso che lega la rilevanza della medesima colpa al disvalore determinato»<sup>53</sup>, anche tenuto conto dell'eventuale prevedibilità ed evitabilità dell'evento, in connessione con la natura della regola violata e con il tipo di attività amministrativa (a baso o lato contenuto di discrezionalità) esercitata dall'amministratore: ciò, evidentemente, comporta l'impossibilità di predeterminare il contenuto ascrivibile al concetto di "colpa grave", con questo rendendo meno certa la portata applicativa della limitazione introdotta per via legislativa.

Uno sguardo alle più significative pronunce della giurisprudenza contabile<sup>54</sup> mostra come la specificazione della colpa grave ad opera dei giudici

<sup>52</sup> C. conti, Lombardia, sez. giur. 3 luglio 2008, n. 453; *amplius* sul tema, limitandosi solo ai saggi più recenti e maggiormente specifici sul tema e rinviando alla copiosa bibliografia ivi contenuta, S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008; V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, Milano, Giuffrè, 2008; C. Pagliarin, *Colpa grave ed equità. Nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, Cedam, 2002; oltre a (meno recenti) A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, Padova, Cedam, 1997; M. Ristuccia, *Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 1997, n. 2, 257; P. Maddalena, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 1997, n. 2, 278; e da ultimo, E. Giardino, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F.G. Scoca e A. Di Sciascio, Napoli, 2014, 135.

<sup>53</sup> Così, sul punto, E. Giardino, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa*, cit., 148.

<sup>54</sup> Le sez. riun. con sent. 22 dicembre 1997, n. 82/A, ad esempio, pur in presenza di una ipotesi astratta di responsabilità amministrativa, avevano escluso la sussistenza della colpa grave, «intesa come manifesta ed inescusabile inosservanza dei doveri di istituto», in un caso di erogazione di incentivi fieristici da parte di amministratori provinciali «ove sussista un mutevole quadro di riferimento istituzionale ed in particolare del preciso ruolo delle province nella fase di definizione delle competenze di ordine generale e specifico (artigianato) tra i diversi enti territoriali», in *Riv. Corte conti* 1998, fasc. 1, 72; in altri casi la Corte dei conti, sia in sede centrale che in sede regionale ha elaborato definizioni di colpa grave con un tasso di giuridicità volatile, si vedano ad esempio: «la sussistenza della colpa grave necessaria per integrare l'elemento soggettivo della fattispecie, consiste in un comportamento avventato e caratterizzato da assenza di quel minimo di diligenza che è lecito attendersi in relazione ai doveri di servizio propri o specifici dei pubblici dipendenti» (sez. I centrale di appello, sent. 8 maggio 2009, n. 305); la colpa grave ricorre nel caso di «inammissibile trascuratezza e negligenza dei propri doveri, coniugata alla prevedibilità delle conseguenze dannose del comportamento» (sez. giur. Calabria, sent. 1° luglio 2005, n. 763); o, ancora, l'accertamento della colpa grave non può essere disgiunto dalla «consapevolezza del comportamento contestato,

contabili, non avvenga sul piano dello stretto diritto, bensì avvenga mediante l'impiego di espressioni lessicali aggettivanti con contenuto prevalentemente descrittivo<sup>55</sup>, ma prive di un contenuto tecnico-giuridico specifico<sup>56</sup>.

Nella ricerca di un difficile equilibrio fra azione amministrativa responsabile e rischio di un'azione di responsabilità amministrativa occorre verificare se il divieto legale di indagine sul merito amministrativo<sup>57</sup> costituisca ancora un valido limite al sindacato contabile e se questo ponga al riparo dall'eventuale instaurazione di un giudizio di responsabilità amministrativa, quegli amministratori che, determinandosi a concludere un'operazione transattiva (o un accordo conclusivo di un procedimento di mediazione), abbiano esaminato, con esito positivo per l'amministrazione, tutti gli aspetti più delicati e più specifici della vicenda fattuale, sia sotto il profilo della convenienza (anche non meramente economica)<sup>58</sup>, sia sotto il

il quale può costituire causa generatrice di un evento dannoso sia quando comporti la violazione di obblighi di iniziativa, sia allorché si concretizzi nel disinteresse alle necessità obiettive che emergono dalle concrete attività amministrative sulla base della situazione di fatto» (sez. III centrale di appello, sent. 6 luglio 2006, n. 275; o, infine, da ultimo, sulla stessa linea, C. conti, Campania, 6 luglio 2009, n. 752 e C. Conti, sez. giur. centr. II, 22 novembre 2011, n. 611.

<sup>55</sup> Condivisibile, per quel che interessa questo specifico aspetto, l'affermazione di E. Giardino, *La colpa grave*, cit., 155, «in verità il solo utilizzo di espressioni enfaticanti, al di là dell'effetto astrattamente descrittivo, non agevola il compiuto accertamento della gravità della colpa, essendo necessario, invece, arricchire di concretezza la valutazione dell'intera fattispecie, accertando così il profilo professionale dell'agente e, quindi, la sua posizione funzionale all'interno dell'amministrazione».

<sup>56</sup> Già A. Police, *La disciplina attuale*, cit., 120, rilevava come le qualificazioni del comportamento dell'amministratore in relazione al parametro normativo violato, effettuate dai giudici mediante copiosi impieghi di descrizioni aggettivanti, non si rivelino di alcun ausilio per l'interprete; emblematica, sul punto, C. conti, sez. II, 10 gennaio 2005, in cui, nell'appello in cui viene ribaltato l'esito (di condanna) del primo grado, in relazione alla insussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave, ascrivibile, secondo i giudici di primo grado, al mancato esercizio dell'opzione di vendita prevista in contratti di noleggio di macchine dattilo e sistemi di video scrittura per esigenze di formazione professionale, il giudice d'appello afferma che non può rinvenirsi una condotta colposa nella «mancata formalizzazione più esplicita della cessazione del rapporto locativo e della contestuale acquisizione al patrimonio della Provincia dei beni locati dalla società S., quantomeno mediante la notifica alla società S. delle delibere giuntali adottate a tal fine», in quanto «tale adempimento attiene alla sfera della diligenza "diligentissima", per cui un semplice scarto, come nella specie, di attenzione o di valutazione non può debordare nella colpa grave».

<sup>57</sup> Testualmente l'art. 1, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, e smi, codifica l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, come limite all'azione contabile nell'ambito del giudizio di responsabilità amministrativa.

<sup>58</sup> Con particolare riferimento alle amministrazioni locali, può essere considerato un

profilo della opportunità connessa alla particolare circostanza o alla peculiare contingenza storica, sia, infine, sotto il profilo della adeguatezza dell'impegno patrimoniale per l'ente.

In altri termini, ci si chiede fino a che punto la Corte dei conti conservi il fondamentale ruolo di giudice speciale posto a garanzia delle finanze pubbliche e della corretta amministrazione delle stesse da parte delle amministrazioni, senza, al contrario rischiare di divenire il giudice del merito di quelle scelte amministrative, delicate e complesse, che impegnino economicamente una pubblica amministrazione, sia all'esito di un accordo transattivo o conciliativo stipulato, sia in conseguenza della sottrazione a tali scelte conciliative.

Ciò è tanto più vero in presenza di due nuovi elementi che, come sarà meglio approfondito, costringono ad un inevitabile ripensamento della originaria infrangibilità del confine dell'insindacabilità del merito: il primo elemento è rappresentato dall'ampliamento del parametro della legittimità dell'azione amministrativa in seguito alla codificazione dei principi di economicità ed efficacia; il secondo elemento è legato alla sempre maggiore complessità tecnica delle attività amministrative, che, da un lato, eleva il rischio di responsabilità amministrativa<sup>59</sup>, dall'altro rende sempre più incerta la

utile elemento di valutazione per l'amministrazione anche il profilo contabile più tecnicamente connesso al fatto che, come ormai pacificamente riconosciuto dalla Corte dei conti (in sede di controllo sui conti), le transazioni intercorrenti fra un'amministrazione locale ed un privato (specie nel caso di somme risarcitorie dovute a sentenze di condanna), non rappresentano, per l'ente, debiti fuori bilancio (*ex art. 194 TUEL*), bensì sono da ritenersi poste debitorie che utilizzano le normali procedure contabili di spesa (cfr., pareri C. conti, sez. controllo, Reg. Toscana, nn. 15/2012 e 30/2008; sez. contr. Reg. Puglia n. 106/2009; sez. contr. Reg. Piemonte, n. 4/2007); come anche precisato dai principi o postulati contabili emanati in data 12 marzo 2008 dall'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli Enti locali presso il Ministero dell'Interno costituito a norma dell'art. 154 del TUEL, ai sensi di quanto previsto nell'ambito del principio n. 2, lett. *f*), le transazioni degli enti locali non sono riconducibili alle ipotesi di debiti fuori bilancio, essendo le stesse previste in via tassativa (al punto 104 del principio n. 2, lett. *f*), testualmente si legge: gli accordi transattivi non sono previsti tra le ipotesi tassative elencate all'art. 194 del TUEL e non sono equiparabili alle sentenze esecutive di cui alla lett. *a*) del c. 1 del citato articolo). L'elaborazione di ipotesi di debiti fuori bilancio, da ammettere alla procedura prevista per il relativo riconoscimento, si basa, in sintesi, sulla ratio dell'eccezionalità (cui si collega la regola della tassatività) di una previsione normativa finalizzata a limitare il ricorso ad impegni non derivanti dalla normale procedura di bilancio, ma tale eccezionalità non appare riscontrabile nella stipula di una transazione da parte dell'ente, che è in grado di definire tanto il sorgere dell'obbligazione quanto i tempi dell'adempimento (*ex plurimis*, da ultimo, si v. C. conti, sez. controllo Reg. Umbria, n. 123/2015).

<sup>59</sup> Nella difficoltà di poter contare su un modello consolidato di colpa grave idoneo

valutazione ex ante dell'esito di un eventuale contenzioso, complicando, per l'amministrazione, la scelta di ricorrere a strumenti deflattivi del contenzioso.

Detta scelta, infatti, deve spesso essere effettuata, da parte dell'amministrazione, senza aver superato il vaglio della legittimità dell'oggetto della eventuale transazione o conciliazione.

E il rischio si annida proprio qui: in tutti i casi in cui l'accordo alternativo alla giurisdizione presti il fianco a un sindacato del giudice contabile in ordine alla legittimità dell'azione intrapresa: la valutazione della legittimità condotta in sede giuscontabile (con i nuovi limiti ampliati del sindacato contabile) può divenire il parametro per l'analisi della responsabilità amministrativa (che, invece, dovrebbe essere condotta ex ante ed in astratto), finendo per coincidere con essa: in altri termini la scelta di transigere e l'oggetto della transazione finiscono per coincidere nell'esame condotto in sede giurisdizionale dalla Corte dei conti nell'ambito dell'intrapreso giudizio di responsabilità amministrativa<sup>60</sup>.

Il temerario postulato non è rimasto a lungo una mera ipotesi teorica, atteso che una recente pronuncia della Corte dei conti, muovendo dall'assunto che solamente l'esame dell'attività illegittima, vale a dire quella condotta in violazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, avrebbe potuto consentire l'indagine sul danno erariale prodotto, ha avuto modo di precisare che rispetto alla stipula di una transazione, mentre non è consentita una valutazione della scelta di transigere, è ammissibile la verifica del suo contenuto negoziale<sup>61</sup>: un *vulnus* assai forte all'attività discrezionale dell'amministrazione.

I due rilievi evidenziati, quindi, finiscono per convergere ed entrambi sembrano contribuire ad una nuova configurazione del sindacato del giudice contabile, che diviene sempre più incisivo in relazione alle scelte discrezionali condotte dagli amministratori, in conseguenza della visibile riduzione del margine dell'insindacabilità<sup>62</sup>.

ad alleggerire in modo certo ed incontestabile la posizione di molti amministratori investiti di compiti ad elevato tasso di professionalità.

<sup>60</sup> Aspetto, quello della connessione fra il rischio elevato di un esito incerto del giudizio ed il rafforzamento del sindacato del giudice contabile, messo in luce anche da M. Giovannini, *Conciliazione*, cit., 828, che rileva come la mancanza della verifica preventiva della legittimità dell'accordo conciliativo stipulato dalla amministrazione possa indurre la Corte a spingersi fino a sindacare la legittimità giuridica delle pretese dedotte, sovrapponendo l'esito di detto giudizio alla originaria scelta dell'amministratore e calibrando l'eventuale ipotesi di responsabilità amministrativa su detto parametro.

<sup>61</sup> C. conti, sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250.

<sup>62</sup> Un ruolo di primario rilievo, nell'erosione degli spessi margini della insindacabilità

Il dogma della insindacabilità del merito delle scelte discrezionali sembra, infatti, essersi infranto da quando, con costante convincimento, la Corte di cassazione ha precisato che: in seguito alla codificazione dei criteri di economicità e di efficacia, che costituiscono specificazione del principio sancito dall'art. 97, primo comma, Cost. e che devono ispirare l'esercizio dell'attività amministrativa, «la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; e la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità della condotta costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) alla valutazione della colpevolezza del suo autore»<sup>63</sup>, con la conseguenza che «l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali compiute dai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti non comporta la sottrazione di tali scelte ad ogni possibilità di controllo della conformità alla legge dell'attività amministrativa anche sotto l'aspetto funzionale, vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore»<sup>64</sup>.

L'assunto conseguito ha consentito, poi, alla Corte dei conti di consolidare i nuovi limiti del sindacato contabile, garantendone la protezione da censure esterne, mediante il rafforzamento della specialità del giudizio, su cui, difficilmente sarà possibile intervenire. Ancora una volta, quindi, l'intangibilità del merito appare compromessa laddove si afferma che «l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali prevista in via legislativa non introduce un limite alla giurisdizione del giudice contabile il cui sconfinamento integri un vizio attinente alla giurisdizione, ma enuncia un limite alla responsabilità amministrativa che si aggiunge a quelli indicati dallo stesso art. 1 al fine di disegnarne le peculiari connotazioni distintive rispetto alla responsabilità di diritto comune»<sup>65</sup>.

del merito delle scelte discrezionali della p.a., ha avuto la Corte EDU, che, con numerose pronunce interpretative dei principi affermati dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha permesso di costruire una nozione unitaria di sindacato giurisdizionale sugli atti discrezionali, valevole sia per il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, che per quello del giudice contabile nel giudizio di responsabilità; il tema è stato trattato da A. Vetro, L'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali dei giudici contabili alla luce dei principi affermati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), secondo l'interpretazione della Corte EDU di Strasburgo, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 5 del 2016.

<sup>63</sup> In particolare Cass. sez. un., n. 14488/2003, ribadita da Cass., sez. un., n. 7024/2006 e n. 18757/2008.

<sup>64</sup> C. conti, II sez. giur. centr. app., 20 ottobre 2014, n. 615.

<sup>65</sup> *Ex multis*, di recente, Corte conti, II sez. giur. centr. app., 20 ottobre 2014, n. 627,

Di scarso impatto sull'inarrestabile assottigliamento del delicato confine che separa il merito dalla legittimità sembrano aver prodotto alcuni interventi della Cassazione a Sezioni unite, volti a cercar di contenere il sindacato del giudice contabile sulle scelte discrezionali dell'amministrazione.

La precisazione con cui la Cassazione ha inteso circoscrivere l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti alla verifica della compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico, escludendo il sindacato sull'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore, a meno che i mezzi prescelti dal pubblico amministratore siano totalmente inadeguati, vale a dire assolutamente ed incontrovertibilmente estranei rispetto ai fini<sup>66</sup>, è stata assorbita e superata dalle alluvionali pronunce con cui si sono dilatati i confini della ragionevolezza<sup>67</sup>, parametro che, ormai sganciato dal merito, consente una indagine completa sulla legittimità<sup>68</sup>.

Dopo aver precisato che la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti costituisce senza dubbio oggetto di esame per la Corte dei conti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità<sup>69</sup>, la giurisprudenza contabile ha ulteriormente chiarito il significato e la portata di un sindacato sulla ragionevolezza, inteso come ammissibile limite al principio legale di insindacabilità delle scelte discrezionali<sup>70</sup>.

che si uniforma a Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5490, e Cass., sez. un., 21 febbraio 2013, n. 4283.

<sup>66</sup> Cass., sez. un. 6 maggio 2003, n. 6851, e 29 gennaio 2001, n. 33.

<sup>67</sup> *Ex pluribus*, C. conti, sez. III, 17 marzo 2004, n. 192/A; sez. III, 21 gennaio 2004, n. 30/A; sez. I, 1° aprile 2003, n. 115/A; sez. III, 7 gennaio 2003, n. 2/A.

<sup>68</sup> Affermano le Sezioni unite, nella menzionata sentenza 21 febbraio 2013, n. 4283: «La discrezionalità che l'art. 1, c. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, riconosce agli amministratori pubblici nell'individuazione della scelta più idonea, nel caso concreto, per il perseguimento del pubblico interesse – causa e limite intrinseco e funzionale dell'attività della pubblica amministrazione – per esser legittima deve rispettare i criteri giuridici informativi dell'*agere* della pubblica amministrazione dettati dalla Costituzione (art. 97), codificati nella l. 7 agosto 1990 n. 241 – art. 1, c. 1, e ribaditi dall'art. 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286; pertanto le scelte elettive degli amministratori, dovendo conformarsi ai suddetti criteri di legalità e a quelli giuridici di economicità (ottimizzazione dei risultati in relazione alle risorse disponibili), di efficacia (idoneità dell'azione amministrativa alla cura effettiva degli interessi pubblici da perseguire, congruenza teleologica e funzionale) e di buon andamento, sono soggette al controllo della Corte dei conti perché assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa».

<sup>69</sup> Cass., sez. un., n. 14488/2003; n. 7024/2006; n. 18757/2008.

<sup>70</sup> Quanto mai inequivocabili appaiono le affermazioni contenute in C. conti, sez. giur. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467: nel giudizio contabile sono valutabili dette scelte che,

Il portato dei nuovi confini del sindacato contabile assume, poi, un significato del tutto peculiare se siamo in presenza di accordi transattivi (o conciliativi) siglati dall'amministrazione, in cui si stabiliscono modalità concrete di gestione del denaro pubblico (mediante corresponsioni o minori entrate) in cambio di rinunce, da parte del privato, a proseguire o ad instaurare un rapporto processuale.

In tali casi, infatti, più agevolmente si configurano i presupposti (astratti) per avviare un giudizio di responsabilità amministrativa, essendo di più facile individuazione il fatto che ha dato origine alla diminuzione patrimoniale dei soldi pubblici.

La attendibile probabilità, ad esso connessa, di un esito infausto del giudizio contabile, ormai condotto con i nuovi limiti del sindacato sulla legittimità, rischia di avviare la sfavorevole conseguenza di limitare al massimo ogni forma di ricorso a metodi non giurisdizionali di composizione dei conflitti, il quali, oltre ad essere utilissimo strumento di risparmio di spesa e di «amministrazione responsabile»<sup>71</sup>, laddove ragionevolmente impiegato, sono anche una forte risposta all'esigenza di ridurre il ricorso alla giustizia<sup>72</sup>, in un'epoca in cui molteplici sono stati gli interventi legislativi per limitare (e condannare) le liti temerarie e copiosa è divenuta la giurisprudenza contabile, formatasi sulla nuova figura di danno pubblico da lite temeraria<sup>73</sup>.

Le anticipate conclusioni, forse a primo impatto eccessivamente generaliste e latamente ardite, sono in realtà frutto di riflessioni maturate dall'analisi di recenti pronunce della magistratura contabile che hanno consentito di tentare una messa a sistema delle suggestioni ipotizzate proprio con riferimento alla prospettiva prescelta.

Il lavoro della giurisprudenza della Corte dei conti, infatti, ha mostrato

eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e siano, perciò, viziate d'illegittimità per eccesso di potere, risultando così giudicabili in ragione della incongruità, illogicità ed irrazionalità della scelta dei mezzi rispetto ai fini, raffrontandoli con parametri obbiettivi, valutabili *ex ante* e rilevabili anche dalla comune esperienza.

<sup>71</sup> G. Greco, *Transazioni*, cit., 95.

<sup>72</sup> M. Ramajoli, *Interesse generale*, cit., 481, che richiama un impiego economico della giustizia in conseguenza del divenire, della stessa, una risorsa preziosa: «la giurisdizione è concepita come una risorsa pubblica non illimitata; la sua scarsità porta a garantirne un impiego economico; l'utilizzo "parsimonioso" e "oculato" della giurisdizione è assicurato in diverse maniere, tra cui filtri di vario genere all'accesso alla giustizia, ma anche la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie».

<sup>73</sup> Si vedano alcune pronunce adottate di recente in cui la Corte dei conti, in sede di azione di responsabilità amministrativa, condanna l'amministrazione per danno indiretto, V. Tenore, *Liti temerarie dell'amministrazione finanziaria e danno erariale e responsabilità dei funzionari dell'amministrazione*, in *Rass. trib.*, 1998, 1048.



una sistematicità ed una coerenza interna funzionali proprio alla fissazione di nuovi limiti (ampliati) al sindacato contabile, che, riducendo al minimo l'insindacabilità nel merito, ha finito con l'utilizzare, pur in un ambito totalmente differente, i parametri impiegati dal giudice amministrativo per sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi<sup>74</sup>.

In un così delicato contesto come quello connesso alla valutazione, in chiave di responsabilità amministrativa, delle conseguenze derivanti dall'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, l'intangibile precetto normativo con cui formalmente è sancita l'insindacabilità del merito delle scelte discrezionali<sup>75</sup>, viene progressivamente svuotato di contenuto ogni volta in cui i limiti rigidi della manifesta irragionevolezza ed incompatibilità con i fini dell'ente, valutati, in origine, in modo autonomo rispetto alla legittimità della scelta medesima, finiscono per confondersi con essa, sovrapponendosi alla medesima e stemperandosi fino a divenire regolati dagli stessi principi normativi<sup>76</sup>.

Al giudice contabile non è consentito sostituirsi all'operatore pubblico per individuare altre possibili scelte alternative, diverse da quella in concreto

<sup>74</sup> Per un recente analisi della ricostruzione della categoria del merito amministrativo, del significato assunto dal merito in rapporto ai poteri istituzionali e dell'applicazione giurisprudenziale dello stesso, non solamente in un contesto nazionale, B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, al cui interno l'ampio corredo bibliografico consente una collocazione storica della "categoria" del merito; ancora, sul merito amministrativo, particolarmente rilevante in questa sede, si segnala il contributo di F. D'Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, in cui l'Autore, mediante un approfondito esame delle ragioni del permanere di una giurisdizione di merito nel nostro sistema di giustizia, ricostruisce i salienti passaggi attraverso i quali la giurisprudenza ha affrancato il concetto di merito "processuale" dalla nozione di merito-opportunità "sostanziale".

<sup>75</sup> Una insindacabilità che viene, peraltro, solo apparentemente rafforzata dai rilievi della Corte in cui si sottolinea che è necessario evitare che «il giudice, nello svolgimento delle proprie valutazioni, sostituisca le sue scelte a quelle operate dall'autorità amministrativa in sede di esercizio del potere discrezionale, poiché così facendo, egli cesserebbe di essere "operatore di giustizia" per divenire "amministratore"», C. conti, sez. riun., 3 giugno 1996, n. 30/J.

<sup>76</sup> La ulteriore preoccupante conseguenza che, in particolare nell'ambito della transazioni, può derivare dal sindacato giuscontabile sulla legittimità, non tanto della scelta amministrativa di transigere, quanto della legittimità dello stesso contenuto della stessa transazione, è connessa alla inversione della causa dell'accordo transattivo, con la "causa" dell'utilizzo del potere pubblico per fini transattivi, cioè con l'interesse pubblico concreto; rischio che, secondo G. Greco, *Transazioni*, cit., 106, deve assolutamente essere scongiurato, dal momento che «altro è l'interesse pubblico, che deve presiedere la scelta dell'amministrazione ed altro è la causa dell'accordo, che, dovendo essere comune alle parti, non può essere individuata nell'interesse pubblico».

adottata, però il suo sindacato può spingersi fino ad accertare se quest'ultima, in sé considerata, risponda a criteri di razionalità, individuati secondo i parametri di economicità ed efficacia cui è soggetta l'azione amministrativa, anche nell'ottica della esistenza di un rapporto di «ragionevole proporzionalità» tra «costi e benefici»<sup>77</sup>.

La ragionevolezza, per la magistratura contabile, può quindi declinarsi sia come proporzionalità, che come congruità, convenienza ed economicità dell'agire pubblico<sup>78</sup>.

Non esistendo né una definizione del concetto di ragionevolezza, né un limite alla stessa, la giurisprudenza della Corte dei conti li ricostruisce caso per caso, muovendo anche dalle statuizioni della Cassazione e dalla giurisprudenza dei giudici amministrativi.

Tuttavia l'inafferrabilità giuridica del concetto di ragionevolezza, che, pur trovando il suo fondamento ed il suo completamento nei precetti della legge sul procedimento amministrativo, non si esaurisce certo in essi, rende singolare ogni valutazione condotta da ciascun Collegio in relazione agli specifici casi esaminati, specialmente quando essi presentano notevoli profili di complessità.

Così, in alcuni casi (rari, per la verità), la Corte dei conti ha salvato (o cassato) le scelte discrezionali degli amministratori da un sindacato di responsabilità, graduando la ragionevolezza al minimo livello: è stata ritenuta sufficiente la *non manifesta* irragionevolezza ed irrazionalità per escludere la sussistenza di profili di responsabilità<sup>79</sup> o per riconoscere la stessa<sup>80</sup>, o, ancora

<sup>77</sup> In particolare, *ex multis*, cfr. C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282.

<sup>78</sup> Cfr., tra le più recenti, C. conti, sez. III centr., sent. 22 febbraio 2013, n. 151.

<sup>79</sup> Ormai rare sono, infatti, le pronunce nelle quali si legge che «non è sindacabile, da parte del giudice contabile, la scelta discrezionale dell'amministrazione di addivenire ad una composizione stragiudiziale della controversia qualora essa non sia assolutamente irragionevole ed irrazionale», C. conti, sez. giur. reg. Marche, 7 aprile 2008, n. 188.

<sup>80</sup> In un caso in cui la transazione siglata aveva comportato, tra l'altro, la rinuncia a un credito pecuniario già accertato con sentenza non definitiva e la contestuale stipula di una locazione quarantennale su terreni del patrimonio disponibile dell'ente, il magistrato contabile ha richiesto ad amministratori e dirigenti comunali il risarcimento del danno erariale cagionato dalla stipula di una transazione asseritamente svantaggiosa per l'ente amministrato, C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1; analogamente è ritenuta elevabile l'azione di responsabilità a carico degli amministratori che avevano stipulato una transazione in cui l'ente pubblico non ha potuto far valere in modo adeguato le proprie pretese perché non erano state ponderate le reciproche ragioni, C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921; oppure, ancora, che non avevano stipulato una transazione pur disponendo di elementi informativi che univocamente ne evidenziavano la convenienza, C. conti, sez. giur. reg. Sicilia, 21 gennaio 2008, n. 215.

è stata ritenuta insufficiente ad integrare il requisito della colpa grave la stipula di una transazione dall'esito ragionevolmente incerto o, comunque, non palesemente scontato<sup>81</sup>, oppure, all'opposto, la mancata stipula di una transazione, di pari incertezza in ordine al beneficio economico procurato all'ente<sup>82</sup>.

In altri il criterio della ragionevolezza è stato graduato al massimo ritenendo, il giudice contabile, che neppure la particolare complessità del contesto in cui si sarebbe conclusa la vicenda transattiva, fosse idoneo ad alleggerire il sindacato di responsabilità sulle scelte amministrative condotte<sup>83</sup>.

Il risultato finale raggiunto è un quadro frastagliato ed eterogeneo che pare rispondere più a logiche contingenti che a logiche di sistema, ma che, forse, offre qualche indizio per tentare una possibile lettura orientata in chiave unitaria.

Indipendentemente ed oltre la mancata univocità di significato del concetto di ragionevolezza, sulla base della quale, sempre, si fonda il sindacato del giudice contabile nelle pronunce esaminate, emerge anche che la suddetta ragionevolezza è spesso valutata dai giudici contabili non in astratto ed ex ante, in rapporto ai fini ed agli interessi dell'ente, ma in concreto, ex post e sulla base dei risultati raggiunti proprio dalla transazione siglata o dall'accordo tratto in esito alla procedura conciliativa.

Quest'ultimo delicatissimo passaggio è dirimente e rappresenta l'elemento di rottura della distinzione fra discrezionalità e merito amministrativo in ambito contabile.

Se, infatti, la valutazione del giudice contabile in ordine alla diminuzione patrimoniale dell'ente in conseguenza di una transazione effettuata o

<sup>81</sup> C. conti, sez. giur. reg. Molise, 2 maggio 2013, n. 51.

<sup>82</sup> Di recente, C. conti, sez. giur. Veneto, 15 dicembre 2015, n. 214, (cui *adde* C. conti, sez. giur. Toscana, sentenza n. 51/2014, in cui si afferma in via di principio che «Infatti, il ricorso alla tutela giudiziaria da parte di un ente pubblico rientra nelle facoltà discrezionali dell'Amministrazione e, pertanto, di solito non può essere sindacato dal giudice contabile, salvo che per irragionevolezza quando sia evidente la temerarietà di un comportamento processuale»), nella quale la scelta del Comune di non addivenire ad una transazione per definire l'esito di un giudizio pendente è stata ritenuta dal giudice contabile come scelta di condotta discrezionale «esercitata con estrema avvedutezza e diligenza».

<sup>83</sup> Afferma la Corte, che «il contesto conflittuale e problematico in cui la transazione è maturata non è sufficiente a far ravvisare l'errore scusabile nel comportamento degli amministratori e dei dirigenti comunali che abbia condotto alla stipula della transazione», C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1; ma anche C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921, e C. conti, sez. giur. II centr., 10 gennaio 2005, n. 3, dalle quali si evince come sia richiesta, talvolta, agli amministratori, una diligenza sproporzionata sia per il tecnicismo della situazione, sia per la complessità del quadro di riferimento.

negata, viene posticipata ad un momento diverso rispetto a quello in cui è stata condotta originariamente dall'amministrazione, essa non può più essere effettuata in astratto secondo i parametri generali della compatibilità e della adeguatezza alle finalità dell'ente che l'ha posta in essere, ma finisce inevitabilmente per essere esaminata nel dettaglio, con parametri concreti, sulla base dei risultati prodotti e con le regole del giudizio e non con quelle dell'amministrare<sup>84</sup>.

Nonostante, infatti, in via di principio la Corte abbia avuto modo di fissare il limite ultimo del sindacato sulle scelte discrezionali nell'indagine delle scelte di merito, «limitatamente alla rispondenza delle stesse a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa, al fine di stabilire se la scelta risponda ai criteri di prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi sempre l'azione amministrativa»<sup>85</sup>, il parametro concretamente impiegato nella ricerca degli elementi della responsabilità amministrativa in molti ipotizzati casi di danno erariale, è divenuto quello utilizzato per il giudizio.

Peraltro, non pare superfluo ricordare che all'interno delle autonomie locali (più esattamente Comune, Provincia e Città metropolitana), secondo quanto previsto dal TUEL<sup>86</sup>, ogni proposta di transazione (quindi anche quelle che più specificamente riguardano gli accordi compositivi di conflitti) è soggetta a parere dell'organo di revisione, che si esprime proprio in relazione alla sostenibilità, per l'ente, della soluzione oggetto di accordo:

<sup>84</sup> Emblematico il noto caso deciso da C. conti, sez. giur. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719, in cui i giudici contabili avevano riconosciuto la responsabilità contabile per un medico di una struttura ospedaliera il quale, rifiutandosi di pagare la quota a lui spettante in relazione ad una transazione stipulata dall'ente per porre fine ad un caso di malasanità che aveva coinvolto lo stesso medico assieme ad altri, aveva costretto l'ente ad anticipare le somme dovute, creando ad esso un danno erariale; il punto interessante appare proprio quello connesso alle valutazioni condotte dalla Corte di riflesso alle difese del medico inadempiente, che riteneva di essersi legittimamente sottratto ad una transazione mai siglata, in quanto ritenuta incongrua ed non conveniente: i giudici contabili, infatti, dopo aver ritenuto che la transazione non costituisse «frutto di scelte scriteriate per l'ente, ma anzi, si ponesse come doverosa sia per evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile, che per rimediare al notevole danno di immagine subito dall'azienda», esamina meticolosamente ed approfonditamente i parametri di calcolo che avevano portato al conteggio finale delle somme debitorie, concludendo per la congruità della somma da versare. Ecco, detto ultimo profilo di esame, ritenuto dirimente per la condanna a titolo di responsabilità erariale, viene condotto sicuramente non *ex ante* e in astratto, ma in concreto ed *ex post*; non solo, viene esaminato in base a regole tecniche che non agevolmente sarebbero state in possesso del dirigente medico al momento della scelta di non aderire alla conciliazione prodromica alla stipula della transazione.

<sup>85</sup> C. conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008.

<sup>86</sup> Art. 239, c. 1, lett. b), n. 6, TUEL.

pertanto la determinazione discrezionale dell'amministrazione di procedere o meno nella prospettata soluzione, superato ogni profilo di ragionevolezza, diviene realmente una questione di opportunità.

L'esame *ex post* di una scelta discrezionale rischia di condurre, quasi immancabilmente, ad un'indagine di merito, poiché il fatto originario (la convenienza astratta dell'operazione) viene traslato nel fatto derivato (il risultato raggiunto o mancato, in concreto dall'operazione) ed analizzato, quindi, sulla base di quelle regole di giudizio non in possesso dell'amministrazione<sup>87</sup>.

Se vi sarà coincidenza fra i due piani si rischierà che un eventuale sindacato contabile, condotto, nell'ambito di un giudizio di responsabilità eventualmente avviato, con valutazioni diverse da quelle che dovrebbero pertenerne al giudizio, *ex ante*, sul comportamento tenuto dall'amministrazione durante la fase (iniziale) della scelta, vada a cadere proprio su quelle valutazioni che, o sono intangibili perché riservate alla sfera amministrativa o sono condotte dall'amministrazione nell'alveo della fase "amministrativa" e senza i parametri eventualmente impiegati dal giudice nel successivo giudizio di legittimità.

#### **4. La quadratura del cerchio: il vaglio preventivo della Corte dei conti sulla scelta di ricorrere a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie diviene elemento valutabile nell'ambito del (l'eventuale) giudizio di responsabilità**

I compositi aspetti che animano le scelte amministrative di impiegare strumenti alternativi di composizione dei conflitti, reali o potenziali, mettono in evidenza la difficoltà e la estrema delicatezza che assiste una valutazione discrezionale di tal fatta per ciascun amministratore pubblico.

Con lo sfondo offuscato dal timore di incorrere in azioni di responsabilità amministrativa e con la consapevolezza che la nuova profondità del sindacato contabile possa arrivare ad intaccare anche aspetti precedentemente relegati all'intangibilità del merito, ritenendoli elementi rilevanti alla costruzione della fattispecie di responsabilità, le amministrazioni pubbliche sono spesso sempre più parche nel ricorrere a strumenti di ADR.

<sup>87</sup> Ad esempio, in varie pronunce è stato riconosciuto il danno erariale nel caso in cui la a. paghi, in via transattiva, somme ad estinzione di debiti erroneamente supposti, C. conti, sez. I giur. centr. ap, 12 giugno 2006, n. 133/A; o erroneamente computati, C. conti, sez. giur. centr. II, 10 gennaio 2005, n. 3.

Consapevoli, tuttavia, che il rischio di un sindacato contabile non possa costituire a tal punto un freno da escludere la fattibilità concreta di ogni operazione transattiva ritenuta ragionevole, congrua e necessaria per l'ente, anche nella rinnovata considerazione che un ugual rischio di un sindacato contabile potrebbe altresì configurarsi nel caso dell'avvio di un contenzioso manifestamente azzardato per l'ente, molte amministrazioni locali si avvalgono di uno strumento di collaborazione recentemente introdotto dalla legge di attuazione della riforma costituzionale del 2001.

L'art. 7, c. 8, l. n. 131/2003 fornisce, infatti, un ottimo mezzo alle amministrazioni locali per inquadrare, sotto una prospettiva giuridica generale, lo strumento alternativo di risoluzione delle controversie che impegni economicamente l'amministrazione, senza, naturalmente che esso si trasformi in un nulla osta preventivo ad eventuali operazioni di ricorso a strumenti transattivi<sup>88</sup> o, peggio, in una esenzione da responsabilità per le successive attività amministrative di pari oggetto, poste in essere dall'ente<sup>89</sup>.

Nello specifico, infatti, il legislatore ha previsto, ad ulteriore ampliamento e specificazione della originaria funzione consultiva esercitata dalla Corte dei conti, forme consultive più precipuamente dirette ad assicurare idonee valutazioni in materia di contabilità pubblica<sup>90</sup>, anche al fine della re-

<sup>88</sup> Il parere, infatti, viene costantemente ritenuto inammissibile sotto il profilo oggettivo in ogni caso in cui la Corte dei conti ritenga che l'amministrazione formuli la propria richiesta al fine di ottenere un "nulla osta preventivo" allo svolgimento di una specifica operazione transattiva: fra le molte decisioni di ripulsa, si veda la sez. reg. contr. Molise, delib. 5 ottobre 2015, n. 155, con cui si precisa che «il quesito, pertanto, vertendo sulla richiesta di indicazione della concreta scelta gestionale da effettuarsi da parte dell'Ente nel caso specifico prospettato (e minutamente descritto nei suoi vari passaggi), (...) è rivolto ad ottenere da parte della Corte delle indicazioni specifiche destinate a ripercuotersi sull'attività gestionale concreta, non potendo un eventuale parere non avere implicazioni sulle concrete scelte gestionali che l'Ente si troverà ad operare nell'ambito *de quo* e che, come tali, sono rimesse all'esclusivo prudente apprezzamento dell'Ente stesso: ne consegue la sua inammissibilità sotto il profilo oggettivo».

<sup>89</sup> È stato respinto per inammissibilità oggettiva, pur vertendo nell'ambito della materia di contabilità pubblica, così come precisata dalla stessa Corte dei conti, una richiesta formulata per evitare in futuro ipotesi di responsabilità amministrativa, così, C. conti, sez. contr. n. 633/2011.

<sup>90</sup> L'ampiezza della portata della contabilità pubblica, ritenuta questione di massima, è stata oggetto di apposita pronuncia della Corte dei conti che si è espressa a sezioni riunite con propria delibera del 17 dicembre 2010, n. 1/11, affermando che «l'espressione "in materia di contabilità pubblica" non può comportare un'estensione dell'attività consultiva a tutti i settori dell'azione amministrativa, ma va delimitata ai profili che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento

golare gestione finanziaria dell'ente e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa<sup>91</sup>.

della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica – espressione della potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. – contenuti nelle leggi finanziarie, in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'Ente e sui pertinenti equilibri di bilancio»; la delibera in oggetto va a rafforzare un precedente orientamento delle Sezioni riunite (delibera 17 novembre 2010, n. 54) in cui la Corte, consapevole della centralità della questione definitoria relativa al significato ed alla portata del concetto di “contabilità pubblica” impiegato nell'ambito della funzione di consulenza per gli enti locali riconosciuta alla Corte dei conti dall'art. 17, c. 8, l. n. 131/2003, aveva ricondotto ad unità i differenti orientamenti delle Sezioni regionali maturati sul punto. La delimitazione dei confini della “materia di contabilità pubblica”, essendo strumentale alla diversa funzione che in tal caso viene attribuita alla Corte dal legislatore, diviene necessaria per distinguere lo stesso compito di collaborazione con gli enti, svolto dalla Corte in base agli stretti parametri legislativi, da quello più generale di giudice contabile, previsto già in base all'art. 103 Cost., poi esteso sulla base della legge n. 20 del 1994; l'esercizio della funzione giurisdizionale, infatti, importa l'elaborazione di una nozione della materia di contabilità pubblica molto estesa, poiché volta a valutare, sul piano processuale, nell'ambito dei giudizi di conto e di responsabilità, i comportamenti colposi o dolosi dei pubblici funzionari a garanzia della regolarità e correttezza della gestione del pubblico denaro ed a tutela del patrimonio pubblico (in tali termini si era espressa la Sezione delle Autonomie, con deliberazione 17 febbraio 2006, n. 5): tale nozione accolta dalla giurisdizione contabile, afferma la Corte, sarebbe troppo lata rispetto all'attività consultiva e finirebbe per togliere ogni significato al criterio restrittivo fissato nell'art. 7, c. 8, l. n. 131/2003. A simili conclusioni la Corte arriva anche connettendo la contabilità pubblica a «qualsivoglia attività degli Enti che abbia, comunque, riflessi di natura finanziaria, comportando, direttamente o indirettamente, una spesa, consussequente fase contabile attinente all'amministrazione della stessa ed alle connesse scritture di bilancio» (C. conti, delibera n. 54/2010), poiché anche in questo caso l'ampiezza definitoria non consente di cogliere il legame della contabilità pubblica con l'attività di consulenza svolta dalla Corte. Cercando, quindi, di elaborare una nozione che divenga funzionale alla ratio della legge, la Corte statuisce che essa assuma un ambito limitato alle normative e ai relativi atti applicativi che disciplinano in generale l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria, contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli, atteso che «in base alla delineata configurazione, il concetto di contabilità pubblica consiste nel sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici» (delib. n. 54/2010).

<sup>91</sup> Occorre tuttavia precisare come il disposto legislativo operi una distinzione, messa in costante rilievo dall'interpretazione elaborata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti (delib. n. 54/2010 e n. 1-11/2010), fra i pareri, riservati alla materia di contabilità, e le ulteriori forme di collaborazione, utili ai fini della regolare gestione finanziaria: che la questione non sia limitata al piano terminologico appare evidente se solo si consideri che si è soliti circoscrivere la funzione consultiva propriamente intesa soltanto al primo caso, trattandosi di ipotesi tipica; mentre si riconducono alla più generale attività collaborativa le ipotesi atipiche previste nel secondo caso.

L'ammissibilità delle richieste delle amministrazioni pubbliche è contenuta entro specifici parametri soggettivi ed oggettivi, in base a quanto puntualizzato dalla Corte dei conti stessa<sup>92</sup>, la quale, in assenza di ulteriori indicazioni normative, ha provveduto a delimitare il campo della propria attività di collaborazione<sup>93</sup>.

Naturalmente, come non manca di rilevare la Corte dei conti, la richiesta formulata dall'amministrazione, pur traendo origine da una vicenda concreta, non può risolversi in una «soluzione del caso concreto»<sup>94</sup>,

<sup>92</sup> In assenza di indicazioni normative specifiche, poste a corredo dell'art. 17, c. 8, l. n. 131/2003, la stessa Corte dei conti è stata costretta ad elaborare criteri che, con un sufficiente grado di generalità ed astrattezza, potessero costruire le basi necessarie al reale esercizio della funzione consultiva, senza che quest'ultima travalicasse i limiti imposti dal sistema, tuttavia il percorso non è stato semplice. Ad una prima fase caratterizzata da contrasti applicativi che hanno visto le differenti Sezioni regionali fornire interpretazioni fra loro opposte circa la portata ed il significato della «materia di contabilità pubblica» (vedi sez. reg. contr. Puglia, delib. 27 novembre 2009, n. 104; *contra*, sez. reg. contr. Lombardia, delib. 16 marzo 2010, n. 375), ha fatto seguito la ricerca di una stabilizzazione giuridica "imposta" dall'alto, ordinata alle Sezioni riunite dallo stesso Presidente della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 17, c. 31, d.l. n. 78/2009, convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102. La rimessione in oggetto, avvenuta con due separate deliberazioni provenienti da diverse sezioni regionali, attribuisce al Presidente della Corte dei conti, il potere di devolvere alle sezioni riunite questioni problematiche di rilevante interesse nazionale, al fine di «garantire la coerenza dell'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti per le funzioni che ad essa spettano in materia di coordinamento della finanza pubblica». Le Sezioni riunite, nello specifico, divengono titolari «di un potere di indirizzo interpretativo nei confronti delle Sezioni regionali di controllo competenti a rendere pareri in materia di contabilità pubblica, ai sensi dell'art. 7, c. 8, l. 5 giugno 2003, n. 131, a favore delle richiedenti Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane» (così C. conti, sez. riun., delib. 26 marzo 2010, n. 8).

<sup>93</sup> Si vedano, al riguardo, i chiarimenti forniti in ordine alla funzione, alla portata operativa ed ai limiti che circoscrivono questa disposizione, da parte delle varie Sezioni regionali di controllo investite dell'impiego di quest'ultima, proprio a seguito della richiesta avanzata dall'amministrazione locale di zona; le stesse sezioni della Corte mettono in rilievo, costantemente, come la norma, che ha un contenuto che risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, necessita non solo di essere interpretata in modo corretto, ma anche utilizzata in modo conforme alla funzione per cui è stata concepita, conformi, sul punto, sez. reg. contr. Lombardia, n. 26/2008 e n. 1116/2009; sez. reg. contr. Piemonte n. 20/2012.

<sup>94</sup> Si veda, di recente, C. conti, sez. contr. Lombardia, n. 301/2015, con cui è stata ritenuta inammissibile sotto il profilo oggettivo una richiesta di parere formulata da un'amministrazione comunale, per non aver la stessa, avuto ad oggetto una richiesta in termini generali ed astratti sull'interpretazione e l'applicazione di istituti e norme in ambito di contabilità pubblica. In quell'occasione la Corte ha ancora una volta precisato che «il parere possa essere fornito solo rispetto a questioni di carattere generale che si prestino ad essere considerate in astratto, escludendo ogni valutazione su atti o casi specifici che determinerebbe



altrimenti vertendosi in una forma di coamministrazione<sup>95</sup>.

Il parere elaborato, al contrario, deve essere finalizzato ad ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti<sup>96</sup> e non deve trasformarsi in una richiesta di valutazione di specifici comportamenti dell'amministrazione, specie se connessi all'attività di gestione<sup>97</sup>.

L'intero istituto in oggetto è degno di interesse, ma ciò che desta particolare attenzione, se ricondotto all'ambito dell'analisi sviluppata, sembra essere la modalità utilizzata dalla Corte per esaminare quelle richieste portate alla sua attenzione e vertenti su delle ipotesi di transazione.

Ad esclusione dei numerosi casi in cui le stesse non sono state ritenute ammissibili sotto il profilo soggettivo o perché esulanti dalla materia della contabilità pubblica<sup>98</sup>, è interessante vedere come la Corte abbia proceduto nell'analisi dei casi ammessi alla consulenza e come la medesima abbia provveduto a ricondurre entro il profilo di ammissibilità anche quei casi astrattamente inammissibili perché finalizzati ad ottenere una analisi del caso concreto, ma di fatto analizzati dalla Corte laddove la medesima abbia riscontrato che il parere avrebbe potuto essere rilasciato anche a prescindere dal caso concreto.

Le due fattispecie da ultimo evidenziate finiscono, in sintesi, per coincidere, dal momento che, non solo in entrambi i casi il parere viene reso all'ente, ma addirittura la modalità di analisi pare essere la medesima.

La Corte, ogni qualvolta ritenga di rispondere alle ammissibili richieste delle amministrazioni pubbliche volte ad ottenere un inquadramento sull'ammissibilità di accordi transattivi alternativi alla giurisdizione, fornisce una ricostruzione generale dell'istituto della transazione, ne detta profili e modalità applicative per le amministrazioni e, aspetto forse più rilevante, precisa i parametri cui deve ancorarsi la scelta dell'amministrazione nel momento in cui si determina verso l'impiego di un simile strumento.

Certo, senza dubbio lo fa senza alcun riferimento al caso concreto in

un'ingerenza della Corte nella concreta attività dell'ente e, in ultima analisi, una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà ed indipendenza riconosciuta alla Corte dei conti dalla Costituzione repubblicana».

<sup>95</sup> C. conti, sez. contr. Piemonte, n. 44/2010 e n. 4/2006; C. conti, sez. contr. Lombardia n. 21/2007 e 14/2008.

<sup>96</sup> C. conti, sez. contr. Piemonte n. 20/2012.

<sup>97</sup> Si veda, recentemente, C. conti, sez. contr. Toscana, n. 201/2011.

<sup>98</sup> Si noti bene, però: sempre secondo la definizione della contabilità pubblica elaborata dalla giurisprudenza delle sezioni riunite della Corte dei conti in relazione alla funzione consultiva della Corte e non, su quella più generale, applicabile al piano processuale dei giudizi di responsabilità amministrativa e contabile.

esame e, quindi, con finalità meramente orientative per l'ente, ma l'esame astratto viene condotto con gli stessi parametri impiegati dalla stessa Corte, stavolta in funzione di giudice contabile, allorquando la fattispecie posta in essere dall'amministrazione sia sottoposta al vaglio giurisdizionale.

In altri termini, l'astrattezza o la concretezza della fattispecie esaminata dalla Corte, per quel che riguarda lo studio in questa sede condotto, non incidono molto sui criteri di valutazione della Corte, ma incidono solo sulla applicazione degli stessi.

Nel caso in cui la valutazione, in sede di parere, venga condotta su un modello generale di ipotesi transattiva per l'amministrazione, la Corte si limiterà ad enucleare principi astratti, senza verificare che le scelte che l'amministrazione intende porre in essere siano legittime e ragionevoli; mentre nel caso in cui la valutazione, in sede di giudizio contabile, venga condotta su una fattispecie concreta di transazione portata ad esecuzione o non siglata dall'amministrazione, la ragionevolezza e la legittimità saranno verificate dai giudici contabili in relazione all'azione amministrativa ed ai suoi elementi costitutivi, fra cui quello soggettivo.

Cambia il contesto, cambia la funzione in cui detta valutazione viene impiegata, ma rimangono inalterate le regole in base alle quali detta valutazione viene condotta, a meno di non trovarsi nei casi esaminati alla fine del precedente paragrafo.

Una lettura dei passaggi salienti condotti dalla Corte nell'ambito di numerosi pareri analizzati può confermare che la prospettiva con la quale la Corte si dispone nell'elaborare i principi generali in relazione alle casistiche sottoposte alla sua indagine è proprio quella della legittimità.

Fra i criteri che devono orientare la scelta amministrativa nell'ambito del ricorso ad una transazione, si rinvencono le linee guida della economicità, della razionalità, della congruità, del prudente apprezzamento<sup>99</sup>: tutte valutazioni che pertengono allo svolgimento della ordinaria attività amministrativa e che sono discrezionalmente conducibili dall'amministrazione, fino al suddetto limite dell'insindacabilità nel merito.

In sintesi, il parametro utilizzato per indirizzare l'attività amministrativa verso la scelta definitiva in ordine alla fattibilità o meno della soluzione concreta prospettata in origine torna ad essere quello della ragionevolezza, interpretato come declinazione della legittimità dell'azione amministrativa e, quindi, come nuovo grimaldello per il merito amministrativo.

La tendenziale opera "dissuasiva" della Corte dei conti che, spesso, in-

<sup>99</sup> In particolare, C. conti, sez. controllo Lombardia, n. 344/2013 e Piemonte, n. 26/2008.

duce le Amministrazioni pubbliche a desistere dal porre in essere strumenti volti a risolvere in modo alternativo situazioni controverse o a prevenire il contenzioso a carico dell'ente, non deve, però incidere sulla validità dello strumento collaborativo prospettato.

Il rischio di trasformare questa nuova forma di collaborazione, elaborata proprio in un'ottica di potenziamento dei rapporti fra i soggetti pubblici deputati allo svolgimento di funzioni pubbliche, in uno strumento sterile o addirittura dannoso in rapporto all'impiego che, nei casi concreti, ne viene fatto ad opera della Corte, dovrebbe essere scongiurato se sol si tentasse si ricondurre lo stesso alla ratio originaria con cui è stato pensato.

La sua introduzione per via legislativa, in una disposizione facente parte di un contesto normativo "rinforzato", volto a dettare «disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3», permette di attribuire la giusta importanza e la doverosa collocazione nel quadro ordinamentale di tale previsione; e ciò a prescindere dall'impiego concreto che rischia, talvolta, di allontanare lo strumento consultivo dalla doverosa logica collaborativa che ripone le proprie basi nel contesto costituzionale stesso del nostro ordinamento.

Che le nuove opportunità collaborative, includenti le richieste di parere in materia di contabilità, debbano essere naturalmente connotate da un certo grado di specificità appare non solo cosa naturale, ma anche necessaria ai fini della corretta e completa prospettazione della questione alla Corte stessa.

L'elaborazione di una nozione ristretta della «materia di contabilità pubblica»<sup>100</sup>, cui ricondurre, sotto il profilo oggettivo, le richieste di parere provenienti dalle Regioni o dal Collegio delle autonomie locali, è frutto di una scelta condotta direttamente dalla Corte, ma non direttamente imputabile alla volontà legislativa; ad identiche conclusioni si giunge anche in relazione al rifiuto del "nulla osta preventivo" della Corte dei conti sullo schema di transazione, costantemente opposto alle amministrazioni istanti, ogni qual volta la Corte intraveda, nell'utilizzo dello strumento di collaborazione, una richiesta volta ad ottenere un controllo *ex ante* in relazione al merito ed al risultato economico dell'intera operazione transattiva che l'amministrazione si accingerà a concludere.

Non pare, quindi, che un ribaltamento dei parametri che la Corte dei conti ha provveduto, in base a percorsi autonomi (ma, ormai, consolidati e

<sup>100</sup> Peraltro, come si è avuto modo di mettere in luce leggendo le elaborazioni condotte nelle questioni di massima adottate sul punto, la nozione di contabilità pubblica prescelta è volutamente distinta e differenziata da quella assunta nell'ambito processuale dalla stessa Corte.

ad applicazione generalizzata), a definire per circoscrive la nuova funzione consultiva prevista dal legislatore per rafforzare lo spirito collaborativo fra enti e soggetti istituzionali, possa esporre lo svolgimento di questa nuova attività a contrasti ordinamentali; anzi, forse, sarebbe auspicabile che fosse pensata dalla Corte in questa diversa direzione, per non limitare la validità generale dello strumento stesso, per di più in un contesto in cui, come rilevato, i nuovi parametri della legittimità amministrativa consentono alla Corte stessa di spingersi fino a lambire il merito nell'ambito dell'azione di responsabilità amministrativa.

Un rafforzamento della funzione consultiva in questa direzione, lungi, a parere dello scrivente, dal realizzare una forma di coamministrazione<sup>101</sup>, potrebbe, al contrario, costituire un significativo esempio di concreta collaborazione *ex ante* fra la Corte dei conti e le pubbliche amministrazioni, in tal modo costruendo, laddove necessario, percorsi correttivi “in fieri” che possano, da un lato completare e rafforzare le valutazioni (discrezionali) dell'amministrazione nella determinazione finale dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum* della scelta transattiva da porre in essere (o rispetto alla quale desistere), dall'altro alleggerire i (doverosi) compiti repressivi (*ex post*) della Corte stessa, che, lungi dall'essere depotenziati o ridimensionati, potrebbero, però, non essere più necessari laddove la scelta transattiva, opportunamente “guidata” nel percorso formativo, abbia dato origine ad una soluzione realmente vantaggiosa per l'amministrazione.

Ciò, a ben vedere, scongiurerebbe anche il cennato rischio di sovrapporre il piano dell'indagine e degli strumenti impiegati da parte della Corte dei conti (evitando così il rischio che la scelta della eventuale transazione stipulata o rinunciata da parte dell'amministrazione, sia valutata, nell'ambito di un giudizio di responsabilità, con criteri “inquinati” dal concreto esito della stessa), dal momento che il diverso momento di intervento della Corte dei conti in funzione consultiva, obbligherebbe la stessa a rilasciare il parere richiesto riportando le proprie valutazioni giuridiche «al momento in cui lo stesso viene richiesto» (quindi necessariamente *ex ante*).

Tutto questo, a ben vedere, con un ipotizzabile risparmio in termini di costi pubblici e con una eco positiva, improntata alla creazione di un diverso ruolo della Corte dei conti, anche in relazione a nuovi schemi che, ci si auspica, assumeranno i giudizi contabili e di responsabilità amministrativa.

<sup>101</sup> In questo senso giova ribadire l'importanza che la richiesta di pareri sia operata su base volontaria e discrezionale da parte della pubblica amministrazione, poiché in caso contrario tutta l'operazione rischierebbe di reintrodurre nel nostro ordinamento una velata ed indiretta forma di controllo sul merito degli atti amministrativi.

I rilievi formulati con riferimento a questo rinforzato ruolo collaborativo della Corte dei conti, apparentemente marginali rispetto alla angolazione prescelta per lo studio, tornano ad avere un ruolo di primazia nell'attuale quadro normativo che ha investito il Governo, in virtù di una delega specifica, del compito di riordinare la procedura dei giudizi innanzi alla Corte dei conti<sup>102</sup>.

Nella recente legge Madia, infatti, è contenuta una delega particolare per la materia processuale che è diretta proprio ai giudizi contabili e, più in generale, alla riforma del processo contabile e di tutti quegli aspetti ad esso prodromici o connessi, che, ormai da decenni, sono affidati alle poche e lacunose disposizioni normative risalenti agli anni Trenta e Novanta del secolo scorso, integrate da una giurisprudenza che non sempre riesce a ricreare un'armonia del sistema giurisdizionale contabile con i nuovi principi costituzionali del processo presenti nel nostro ordinamento.

Uno dei punti di maggiore criticità della delega è rappresentato dalle linee guida contenute nell'art. 20, c. 2, lett. p), l. n. 124/2015, laddove si affida al Governo il compito di «disciplinare esplicitamente le connessioni tra risultanze ed esiti accertativi raggiunti in sede di controllo e documentazione ed elementi probatori producibili in giudizio, assicurando altresì il rispetto del principio secondo cui i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi, siano idoneamente considerati, nell'ambito di un eventuale procedimento per responsabilità amministrativa, anche in sede istruttoria, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità».

Indipendentemente dalla volontà e dalla modalità governativa di recepimento della presente linea guida, quello che emerge in modo discutibile, già ad una prima lettura della delega, è l'intento di centralizzare il ruolo della Corte.

Il che, forse, appare anche in linea con il percorso avviato in precedenza dallo stesso legislatore, mediante il rafforzamento della funzione collaborativa ex ante attraverso lo strumento del parere in materia di contabilità pubblica, ma a condizione che la funzione precedentemente esaminata possa svilupparsi in una direzione di maggiore concretezza ed utilità per l'Ente e che il legislatore delegato, nell'interpretazione della delega, segua

<sup>102</sup> Art. 20, l. 7 agosto 2015, n. 124, recante «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»: articolo rubricato «Riordino della procedura dei giudizi innanzi la Corte dei conti».

parametri rigorosi, che non portino all'elaborazione di soluzioni in contrasto con la ratio precedente e con l'intero sistema ordinamentale.

Limitando, quindi, le osservazioni, in una prospettiva *de iure condendo*, al profilo che interessa maggiormente detta analisi, occorre ipotizzare l'impatto di detta previsione, per come è stata introdotta e per il significato che attualmente assume in assenza, al momento, di schemi di decreto delegato, sui casi in cui l'amministrazione abbia utilizzato uno strumento di ADR, sul quale, in precedenza, si era espressa la Corte dei conti, adita in via consultiva, mediante un parere che, di fatto, non aveva mai offerto rilievi concretamente utili per l'amministrazione istante.

Con le nuove regole, laddove l'amministrazione si trovasse a dover operare, con la consueta discrezionalità, le proprie valutazioni in ordine alla scelta concreta di concludere o meno un accordo transattivo su cui abbia ricevuto il parere dalla Corte, il rischio di un sindacato contabile sarebbe pressoché certo, in qualunque direzione essa decida di muoversi; se, infatti, in considerazione della eccessiva astrattezza e genericità delle indicazioni di principio, essa ritenga che i principi ivi contenuti non possano essere applicati integralmente al caso di specie e disattende il parere, oppure se ne discosta, rischia di cadere nelle maglie della Procura contabile; analoga sorte potrebbe toccarle pure se decidesse di non sfruttare la funzione collaborativa della Corte in via preventiva.

La pericolosa commistione delle due funzioni della Corte, oltre a sollevare dubbi ben più profondi in ordine ai profili istituzionali della Corte stessa, potrebbe innescare alcuni aspetti di criticità destinati a riflettersi in modo non positivo sul ruolo (centrale) della Corte dei conti nel nostro ordinamento.

Sotto un certo profilo, infatti, in tal modo si rischia di vanificare proprio quella funzione collaborativa fra istituzioni pubbliche, divenuta centrale nel nuovo assetto costituzionale improntato alla leale collaborazione fra i soggetti pubblici: in quest'ottica, ad esempio, pare interessante rivolgere lo sguardo a quanto previsto, nell'ambito degli appalti pubblici, dal nuovo art. 208 del Codice dei contratti pubblici, in relazione al rafforzamento della funzione consultiva in ambito giuridico, sollecitata dallo stesso legislatore e resa, da parte dei soggetti pubblici all'uopo competenti, nei confronti delle amministrazioni pubbliche, centrali e locali, in merito alla scelta, di queste ultime, di stipulare un accordo transattivo di un certo valore economico<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> Nello specifico, infatti, il secondo comma di tale articolo prevede che «Ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000, 00 euro, ovvero 200.000 euro in caso di lavori pubblici, è acquisito il parere dell'Avvocatura dello Stato, qua-

Sembrerebbe andare nella medesima direzione anche la giurisprudenza contabile, allorquando richieda il supporto di organi competenti in ambito giuridico al procedimento di formazione ed espressione della volontà amministrativa dell'ente che si accinga a stipulare un accordo transattivo con un soggetto privato<sup>104</sup>.

Sotto un diverso e opposto profilo, alla perdita di utilità della funzione collaborativa della Corte si aggiunge il rischio di un ampliamento significativo del sindacato contabile, il quale, travalicando i limiti legali dell'insindacabilità del merito delle scelte amministrative, posti a garanzia della sfera amministrativa, finisce per spingersi fino alla valutazione della congruenza, funzionale e teleologica delle scelte compiute e dei mezzi impiegati.

Un cerchio, quindi, che si chiude attorno ad un sindacato contabile divenuto fortemente riduttivo per i margini già sottili della discrezionalità amministrativa e che, se non ricondotto entro l'applicazione delle regole tipiche del giudizio, rischia di condizionare significativamente tutte quelle valutazioni di quegli amministratori che, in un'ottica di una buona amministrazione, si avventurano nell'aleatorio procedimento di risoluzione alternativa delle controversie.

Alla luce delle riflessioni condotte, potrebbe, forse, auspicarsi un riequilibrio del sistema, mediante un migliore coordinamento delle funzioni, consultive e giurisdizionali, attribuite alla Corte dei conti; ciò, da un lato, ripensando tutto l'intero sistema processuale dei giudizi contabili (e la legge Madia sembra essere andata in tale direzione) e dall'altro, perfezionando la nuova funzione collaborativa attribuita alla Corte, semmai mediante la predisposizione di regole applicative che ne consentano un utilizzo più specifico e più concreto, volto al fine di creare una utilità maggiore in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa, disancorata da regole certe ed impegnativa sul fronte economico-finanziario, divenga difficile per mancanza di un idoneo supporto che, senza dubbio, la Corte dei conti sarebbe in grado di offrire, stante l'elevato tecnicismo che assiste detto organo.

lora si tratti di amministrazioni centrali, ovvero di un legale interno alla struttura, o dal funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali».

<sup>104</sup> Espressamente sul punto si è di recente espressa la sez. Reg. Umbria, delib. 23 settembre 2015, n. 123, che ha affermato «per gli Enti territoriali non è previsto un particolare iter procedimentale per gli atti di transazione, ma, ove il medesimo sia dotato di una propria avvocatura, sarebbe opportuno che questa fosse investita della questione in analogia a quanto prevede per le Amministrazioni dello Stato l'art. 14 del R.D. n. 2440/1923 (legge di contabilità generale)».

Così pare possa assumere un più pregnante significato anche la previsione della valutazione, ai fini di un eventuale giudizio di responsabilità amministrativa, del parere previamente rilasciato (o mai richiesto) dalla stessa Corte all'amministrazione: in caso contrario detta nuova previsione introdotta dalla legge Madia difficilmente potrebbe trovare la giusta quadratura del cerchio.

Le conclusioni in ordine ad un possibile vantaggio per le amministrazioni potrebbero tradursi, infine, in una maggiore distensione dell'operato amministrativo che, nella prospettata ottica di «amministrazione responsabile», possa tentare, se adeguatamente supportata dalla stessa Corte dei conti, anche nuove strade conciliative e transattive, in nome di una migliore amministrazione e senza il timore di automatiche ricadute in termini di responsabilità.

#### *Abstract*

*The article deals with the sensitive issue of the relationships between the possible opening towards the use of alternative means of dispute resolution governed by public law and the risk that the choice of non-judicial means could be subjected to the Court of Auditors' review.*

*The use of ADR by government is a discretionary choice that can have direct effects, either positive or negative, on the administrative body's public finance, thus it is always under the Court of Auditors' utmost attention.*

*The fear of a possible judgment by the Court of Accounts often leads government to limit or even exclude openness to ADR in the public-law sector. Precisely in order to reduce the risk of future actions for administrative and accounting responsibilities, our legal system has endowed the Court of Auditors with the power to exercise a preventive advisory function in favor of local governments in the fields of accounting, within which choices of using ADR means are also included.*

*Recently, the Madia Act, in its provisions delegating legislative power to the Government, established that preventive advisory opinions issued by the Court of Auditors to local governments, are to be taken into consideration in a possible future judgment on administrative and accounting responsibilities. The hope is that such a provision will be specified by the Government on the right track, so that this useful instrument will not become, instead of an opportunity for public bodies to cooperate, a dangerous way to add functions allocated to the Court of Auditors.*



# ARTICOLI

EDOARDO C. RAFFIOTTA

## TRASPORTI PUBBLICI NON DI LINEA E NUOVE TECNOLOGIE: IL CASO *UBER* NEL DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. I trasporti pubblici locali non di linea e l'irreversibile processo di trasformazione. – 2. La disciplina italiana tra legge quadro, attuazione regionale e regolamentazione locale. – 3. Le riforme tentate e quelle accennate per l'apertura del mercato. – 4. Trasporto locale e nuove tecnologie: il caso *Uber* in Italia. – 5. Comuni normative, differenti soluzioni: il caso *Uber* in altri ordinamenti europei. – 6. L'ordinamento italiano verso una reale apertura del mercato?

### **1. I trasporti pubblici locali non di linea e l'irreversibile processo di trasformazione**

Come spesso accade la società e il suo progresso cambiano ad una velocità assai più rapida rispetto a quella dei loro ordinamenti giuridici, il più delle volte, paralizzati dalle resistenze di chi non vuole perdere rendite di posizione e privilegi derivanti dalla normativa vigente<sup>1</sup>. In alcuni casi, tuttavia, le trasformazioni sociali sembrano essere così radicali e improrogabili da imporsi nei fatti, frantumando qualsiasi immobilismo o resistenza. Questa considerazione di carattere generico e teorico, invero, appare una constatazione, che (ancor più in Italia) potrebbe essere evocata nei molti ambiti<sup>2</sup> in cui le politiche di riforma sono più restie ad adeguarsi al mutamento sociale nonché al progresso tecnologico; e in questa sede, in particolare, sembra bene descrivere – come tenterò di argomentare – le ragioni delle mancate riforme, specialmente, nel settore dei trasporti pubblici locali non di linea, dove gruppi d'interesse molto concentrati, in particolare i taxisti

<sup>1</sup> Ostacolo che da sempre ha caratterizzato le riforme istituzionali nell'esperienza italiana, già avvertito da A. Barbera, *Una riforma per la Repubblica*, Roma, Editori Riuniti, 1991.

<sup>2</sup> Da tempo segnalata da S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, 5 ss. Per una completa disamina sulla disciplina e le complesse, non sempre efficaci, riforme in materia di servizi pubblici locali si rinvia a G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, in particolare, 223 ss.

possessori delle licenze nonché, altresì, le loro cooperative di intermediazione c.d. “radio taxi”, riescono ormai da tempo a opporsi efficacemente a qualsiasi forma di liberalizzazione del mercato che metterebbe in pericolo la loro rendita sostanzialmente monopolistica<sup>3</sup>.

È questo, però, un settore nel quale molti cambiamenti radicali sono avvenuti. Cambiamenti che non stanno interessando solo il contesto italiano, ma comuni alla maggior parte dei Paesi europei, che, non a caso, presentano simili regolamentazioni e, pertanto, analoghe istanze di riforma.

La regolamentazione chiusa e “monopolistica” del servizio di taxi e noleggio con conducente, infatti, oltre che in Italia, è comune alla maggior parte degli ordinamenti stranieri: questo perché, storicamente, a partire dagli inizi del secolo scorso, quando è aumentata fortemente la produzione in serie di automobili e, dunque, l'utilizzo dei mezzi privati per la circolazione, parallelamente, si è avuto un abbattimento del costo del servizio taxi, tradotto, poi, in una diminuzione dei ricavi ed in un incremento degli orari di lavoro, determinando così un forte squilibrio tra offerta e domanda<sup>4</sup>. Pertanto, la maggior parte dei legislatori nazionali, al fine di riequilibrare tale rapporto, ma, soprattutto, garantire la continuità del servizio di trasporto pubblico non di linea, introdussero le prime regolamentazioni del mercato costituendo di fatto un monopolio legale in grado di assicurare condizioni più convenienti per gli operatori del settore, in cambio dell'impegno ad assicurare – l'interesse pubblico – che lo svolgimento del servizio avvenisse in tutti gli orari e in tutte le aree urbane, incluse quelle più periferiche<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Sulla natura “sostanzialmente monopolistica” del servizio taxi, noto per essere “tra i mercati più protetti al mondo” si rinvia a V.Visco Comandini, S. Gori, F.Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2004, 515 ss. Così come avvenuto in Italia per altri servizi pubblici locali, la tendenza dovrebbe essere quella di realizzare liberalizzazioni anche nel trasporto non di linea. Del resto, come ha rilevato G. Caia, *Le prospettive di riforma dei servizi pubblici locali e i principi in materia di servizi pubblici*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 1997, 16 ss., i servizi pubblici vanno tutti letti alla luce dell'art. 43 Cost. che «costituisce un parametro unificante per numerose vicende e profili concernenti i servizi pubblici economici».

<sup>4</sup> C. Bentivogli, M. Calderini, *Il servizio di taxi in Italia: ragioni e contenuti di una riforma in Economia e politica industriale*, 2007, 181 ss., ricordano come, in passato, la prima regolamentazione del servizio risalga al 1635, quando Carlo I introdusse l'obbligo di licenza per le carrozze a nolo a Londra e a Westminster, al fine di limitare la congestione delle strade cittadine. Queste finalità sono state abbandonate nelle successive normative del settore.

<sup>5</sup> A. Heimler, *Local Public Services: Make, Buy or Leave It to the Market?*, in G. Amato e L. Laudati (a cura di), *The Anticompetitive Impact or Regulation*, Cheltenham Uk, Edward Elgar Publishers, 2001, 262 ss.

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

Da allora, però, nell'attuale contesto, quanto meno nei Paesi economicamente più sviluppati, le condizioni del mercato – alle quali l'ordinamento giuridico dovrebbe guardare come presupposto della disciplina – sembrano essere decisamente mutate.

Con particolare riferimento al mercato italiano, in primo luogo, va notato come nonostante la popolazione e la configurazione sociale delle principali città sia cambiata per numero di abitanti, flussi di utenti, ma, soprattutto, costumi ed esigenze, la disciplina in materia e il numero delle licenze di taxi e noleggio con conducente è pressoché rimasto il medesimo da oltre vent'anni (salvo poche eccezioni). Un contesto, in particolare, nella città più popolate, nel quale la domanda è assai superiore rispetto all'offerta del servizio, come dimostrano le numerose segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato volte a evidenziare le distorsioni della concorrenza in tale ambito, la prima delle quali risale al 1995<sup>6</sup>.

Del resto, se pensiamo alle principali città italiane (Roma, Milano, Napoli, Firenze, Bologna, Torino) la mobilità, da tempo, è radicalmente cambiata: a causa del notevole aumento delle automobili, come noto, le politiche per il contrasto del traffico e dell'inquinamento hanno spinto a limitare la circolazione automobilistica, chiudendo, o riducendo, ampie parti dell'area urbana alla viabilità di auto private (si pensi ad esempio all'“area c” di Milano, o alle numerose “zone a traffico limitato” istituite anche nei piccoli centri). Ancora il traffico, i costi, e la difficoltà di parcheggio, spingono spesso gli utenti del servizio di trasporto locale a evitare l'utilizzo della propria automobile.

Oltre all'aumento dei residenti, nelle principali città, il flusso di utenti dei servizi di trasporto locale è fortemente aumentato a seguito del recente sviluppo dei servizi ferroviari ad “alta velocità” che consentono fenomeni di pendolarismo prima sconosciuti a città come Firenze, Milano, Bologna,

<sup>6</sup> Con la segnalazione del 1° agosto 1995 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha evidenziato alcune distorsioni della concorrenza derivanti dalla l. 15 gennaio 1992, n. 21, di disciplina del servizio, soffermandosi, in particolare, già allora, sulle problematiche di carattere concorrenziale connesse all'accesso al mercato, nonché alla determinazione delle tariffe. Posizione più volte ribadita e ulteriormente sviluppata, da ultimo, anche nella segnalazione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato esposta in occasione dell'Audizione in Parlamento il 24 giugno 2015, su [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Di recente, inoltre, si vedano anche i rilievi dell'Autorità di regolazione dei trasporti contenuti nell'*Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità*, del 21 maggio 2015, su [www.autorita-trasporti.it](http://www.autorita-trasporti.it), nel quale vengono anche richiamati alcuni dati Istat. Si veda inoltre lo studio della Banca d'Italia di C. Bentivogli, *Il servizio di taxi e di noleggio con conducente dopo la riforma Bersani: un'indagine sulle principali città italiane*, 28 settembre 2008, su [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

Torino, aumentando fortemente il flusso e la domanda di servizio<sup>7</sup>. Specialmente il servizio non di linea è altresì favorito in molte realtà urbane, non solo del sud, dall'inefficienza o totale mancanza di servizi di linea<sup>8</sup>.

A questi fatti che da anni ormai alimentano il dibattito sulle necessarie riforme in materia, più di recente, si sono aggiunte le epocali trasformazioni derivanti dall'utilizzo diffuso delle nuove tecnologie, che attraverso la rete *internet*, il segnale *gps*, ed un qualsiasi *smartphone*, consentono di innovare e rendere assai più efficiente il servizio di trasporto locale, in particolare, quello non di linea<sup>9</sup>.

Le richiamate tecnologie, infatti, sono impiegate e aiutano gli utenti di qualsiasi servizio di trasporto: chi volesse conoscere la puntualità, o meno, di un autobus, o di un treno, non consulta più gli appositi schermi informativi, ma appunto visiona tali informazioni sul proprio *smartphone*, lo stesso dicasi per l'acquisto dei titoli di viaggio.

Ancora più evidente è però la rivoluzione nel caso dei servizi di trasporto pubblico non di linea apportato dallo sviluppo delle piattaforme di servizi *ride-hailing* («per chiamare una corsa»), che hanno radicalmente mutato il servizio di taxi e noleggio con conducente<sup>10</sup>. Quella più nota e discussa è senz'altro l'applicazione denominata *Uber* mediante la quale una persona interessata a spostarsi all'interno, per lo più, del bacino urbano invia una richiesta attraverso l'applicazione installata sul proprio cellulare ad un autista del servizio *Uber*, il quale riceve una notifica con l'incarico di fornire il trasporto, raggiungendo e prelevando l'utente in un punto della città per condurlo a destinazione.

Due i tipi di servizi proposti<sup>11</sup>: quello di noleggio con conducente, in

<sup>7</sup> Cfr. il rapporto Censis, *Pendolari d'Italia – Scenari e strategie*, Milano, Franco Angeli, 2008.

<sup>8</sup> C. Bentivogli, R. Cullino e D.M. Del colle, *I servizi per la mobilità urbana: bus e taxi*, in M. Bianco, P. Sestito (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, il Mulino, Bologna, 68 ss.

<sup>9</sup> Più ampiamente V.C. Romano, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 133 ss.

<sup>10</sup> Diverse sono invece le applicazioni connesse alla c.d. *sharing economy* che consentono di condividere tratte di viaggio in comune, perché solitamente utilizzate per grandi distanze, percorsi extraurbani e tipicamente prive di finalità commerciali.

<sup>11</sup> Due i servizi proposti in Italia, di cui solo il servizio di noleggio con conducente è ancora attivo. Ma in altri Paesi, soprattutto negli USA, *Uber* ha differenziato i servizi offerti attraverso un efficace sfruttamento della propria piattaforma, aggiungendo, oltre al classico servizio di trasporto, altri servizi, connessi come il noleggio di auto di lusso (*Uber Lux*); o trasporto in elicottero (*Uber Chopper*), a cui poi si collegano altri servizi di ordini alimentari (*Uber Fresh*, *Uber Eats*, *Uber Ice Cream*) e di corriere espresso (*Uber Rush*). Sul più ampio tema

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

Italia ancora attivo, dove ciascun autista è titolare di un'apposita autorizzazione all'erogazione, ottenibile mediante bando di concorso pubblico. Il secondo (al momento nel nostro Paese inibito) è denominato *Uber Pop*, e consentiva che gli autisti incaricati del trasporto degli utenti non fossero dei soggetti muniti di particolare licenza, ma dei guidatori reclutati dalla società con il proprio mezzo privato, in cambio del pagamento di una percentuale sul corrispettivo pagato dall'utente tramite l'applicazione per la prestazione di trasporto resa.

In entrambi i casi *Uber* opera, anzitutto, come intermediario tra i conducenti delle auto e gli avventori. Grazie all'applicazione l'utente conosce sin dall'inizio il percorso e il costo del servizio – nel caso di *Uber Pop* assai più conveniente rispetto alle tariffe previste dai taxi – ma soprattutto il cliente può godere di un servizio maggiormente concorrenziale: in termini di efficienza, trasparenza, e in generale qualità. Tralasciando la tendenziale maggiore economicità, infatti, l'applicazione, non solo mette rapidamente in contatto l'autista e l'utente, ma consente, altresì, di sapere prima i costi, monitorarli, conoscere in anticipo il percorso, la tipologia di autovettura, visionare il volto dell'autista, consultare i giudizi sul servizio offerto e lasciare i propri commenti, eventualmente potendo rifiutare e optare in favore di altri autisti. Dunque non solo maggiore economicità, ma maggiore trasparenza, sicurezza e qualità del servizio.

Certo, è possibile che questo servizio funzioni meno, o in modo meno efficace nei piccoli centri urbani, con minore domanda, ma pare abbastanza probabile che, anche nelle zone più depresse, l'impiego delle nuove tecnologie nell'intermediazione tra domanda e offerta faciliti la fruizione del servizio di trasporto non di linea.

Del resto, è questa una realtà all'estero (specialmente negli USA) in grande espansione, dove è possibile vedere, affianco ai tradizionali taxi e al servizio di *Uber*, quello di altre piattaforme simili come: *Sidecar*, *Lyft*, *Carma*, *Wingz*, e l'italiana *Let's go*, dunque, un mercato aperto con pluralità di servizi (spesso differenziati) e pienamente concorrenziale.

La conoscenza e consapevolezza dei fatti qui brevemente richiamati è certamente indispensabile, preliminare, per un'analisi dell'attuale normativa vigente, al fine di una seria e determinata riflessione sulle improrogabili esigenze di riforma della materia.

si rinvia a F. Fortezza, *Marketing, felicità e nuove pratiche di consumo. Fra sharing, baratto e accesso*, Milano, Franco Angeli, 2014, *passim*.

## 2. La disciplina italiana tra legge quadro, attuazione regionale e regolamentazione locale

Nell'ordinamento italiano la legge quadro di riferimento è la n. 21/1992. La materia però già in passato era in buona parte ripartita e rimessa alla disciplina delle autonomie locali. Inizialmente l'art. 105 del Testo unico delle norme per la tutela delle strade e della circolazione (R.d. 8 dicembre 1933, n. 1740), definiva il servizio, i requisiti dell'autista e le caratteristiche degli autoveicoli «destinati a fare corse su richiesta di qualsiasi avventore, dentro l'ambito del territorio provinciale», già allora il servizio era qualificato come «pubblico» e andava indicato sulle automobili.

Ciascuna vettura doveva essere munita di tassametro collocato in modo che fosse agevole la lettura della registrazione, salvo nei comuni di minore importanza che erano esonerati da tale obbligo. All'interno delle vetture dovevano essere esposte al pubblico in modo visibile, le tariffe e le condizioni di trasporto, previste per tutto il territorio comunale e approvate dal Comune stesso.

Già allora però buona parte della disciplina era rimessa ai Comuni. In tal senso, l'art. 113 del TU prevedeva la facoltà dell'ente locale di «dettare prescrizioni» circa il numero, il tipo e le caratteristiche degli autoveicoli destinati al «servizio pubblico da piazza e per quei servizi pubblici da noleggio» del proprio territorio. Altresì la legge autorizzava i Comuni ad adottare regolamenti speciali purché non si sovrapponevano alla disciplina statale.

Dopo l'istituzione delle Regioni ordinarie, la materia è stata oggetto di decentramento già con il d.P.R. n. 616/1977, che (art. 85) espressamente trasferiva all'Ente regionale le funzioni amministrative «concernenti l'approvazione dei regolamenti comunali relativi ai noleggi ed ai servizi da piazza»<sup>12</sup>. A tale previsione però non tutte le Regioni diedero attuazione, si ricordino, ad esempio: il reg. reg. Piem. n. 2/1986<sup>13</sup>, la l. reg. Umbria n. 45/1981<sup>14</sup>; le l. reg. Lazio n. 73/1979<sup>15</sup> e n. 49/1988<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Per un quadro generale della materia cfr. F. Bassanini, *Sviluppo economico*, in A. Barbera e F. Bassanini (a cura di), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali: commentario al decreto n. 616 di attuazione della Legge 382*, Bologna, il Mulino, 1978, 320 ss.

<sup>13</sup> Regolamento del 20 febbraio 1986, n. 2, «Schema tipo di regolamento comunale per il servizio pubblico da piazza con autovettura per trasporto di persone (taxi)».

<sup>14</sup> L. 30 luglio 1981, n.45, in materia di «Autoveicoli in servizio pubblico da piazza. Contributi per l'acquisto e collocamento di tassametri e colorazione della carrozzeria».

<sup>15</sup> L. rg. 18 settembre 1979, n.73, «Attuazione di servizi speciali con autoveicoli da noleggio da rimessa e da piazza, attrezzati per il trasporto di persone inabili o bisognose di cure ambulatoriali non di emergenza o dimesse da luoghi di cura».

<sup>16</sup> L. rg. 26 agosto 1988, n. 49, «Interventi a favore delle attività di autoveicoli in servizio da piazza-taxi».

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

Alla frammentaria e generica disciplina sin qui descritta, nei primi anni Novanta, segue la più completa disciplina della legge quadro 15 gennaio 1992, n. 21, ancora oggi vigente, volta a meglio regolare la materia ed effettuare un più ampio trasferimento di funzioni e competenze a Regioni ed enti locali, unitamente al successivo d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, (in particolare all'art. 14) sul trasferimento della più vasta materia di trasporti locali alle autonomie territoriali<sup>17</sup>.

Molto rapidamente, senza entrare nel dettaglio, la l. n. 21/1992, in apertura, circoscrive la nozione di «autoservizi pubblici non di linea», mettendo in evidenza la natura integrativa del servizio rispetto agli altri trasporti pubblici locali. Riprendendo la precedente definizione del t.u. del 1933, la legge distingue tra servizio di taxi e noleggio con conducente, i quali oltre che per mezzo di un'autovettura, possono essere effettuati, altresì, con motocarozzetta, natante e veicoli a trazione animale, tutti servizi di interesse pubblico.

Più precisamente la legge distingue il servizio taxi da quello di noleggio con conducente, principalmente, perché, oltre alla differenza nelle tariffe, nel primo caso lo stanziamento dei mezzi avviene in luogo pubblico, nel secondo invece solo all'interno delle rimesse. Per il resto entrambi hanno lo scopo di soddisfare le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppi di persone, rivolgendosi a utenti indifferenziati, all'interno del territorio, principalmente, comunale.

La legge quadro, inoltre, fissa i principi generali che dovranno essere attuati dalla legge regionale, specificando, tra l'altro, le funzioni dei comuni, che, come in passato, mantengono un ruolo centrale nella regolamentazione del servizio. In tal senso, sulla base dei principi fissati dalla normativa regionale, i comuni redigono i regolamenti sull'esercizio degli autoservizi pubblici non di linea, stabilendo: il numero e il tipo dei veicoli da destinare ad ogni singolo servizio; le modalità per lo svolgimento del servizio; i criteri per la determinazione delle tariffe per il servizio di taxi; i requisiti e le condizioni per il rilascio delle licenze per il servizio taxi e dell'autorizzazione per quello di noleggio con conducente.

A tale normativa di cornice quasi tutte le Regioni in differenti tempi, fonti, e modalità hanno dato attuazione, così come ugualmente le amministrazioni locali.

<sup>17</sup> Sulle varie fasi di trasferimento, decentramento e al mutato ruolo della Regione si rinvia a T.F. Giupponi, *Enti locali, Regioni e processi di riforma: dalla ritardata attuazione del testo costituzionale alla revisione del Titolo V*, in G. Caia, T.F. Giupponi e A. Morrone (a cura di), *Quale ordinamento per gli enti locali? Organizzazione, servizi pubblici e "federalismo fiscale"*, Bup, Bologna, 2009, 15 ss.

La normativa regionale, tuttavia, appare, per lo più, ripetitiva rispetto a quella statale, prevedendo, in alcuni casi, minime estensioni nelle definizioni, ad esempio, specificando che il servizio possa essere effettuato con autobus, o precisando modalità di istituzione dei ruoli e i criteri per definire le tariffe, spesso rinviando la normativa di dettaglio ad un ulteriore regolamento regionale oltre che ai regolamenti degli enti locali<sup>18</sup>.

### 3. Le riforme tentate e quelle accennate per l'apertura del mercato

Se questo è il quadro normativo vigente, bisogna segnalare come da circa un decennio si discuta di una complessiva riforma volta – al di là di qualsiasi analisi sull'implementazione di nuove tecnologie – anzitutto, ad aprire il mercato ed equilibrare il rapporto tra domanda e offerta<sup>19</sup>.

Invero, non sono mancate le riforme alla normativa originaria sin qui descritta: alcune tentate, altre portate a compimento, ma il risultato a oggi non appare ancora soddisfacente<sup>20</sup>. Un primo tentativo di apertura del mercato è quello avvenuto con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, meglio noto come “Decreto Bersani” (dal nome del Ministro allo sviluppo economico che si era fatto promotore della riforma) volto ad avviare liberalizzazioni nei settori del mercato rimasti più chiusi rispetto alle riforme degli anni '90<sup>21</sup>. Tra questi ovviamente vi erano anche i servizi di trasporto non di linea<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Cfr., tra le altre, L.r. Lombardia 14 luglio 2009, n. 11, Testo unico delle leggi regionali in materia di trasporti, in particolare, art. 24; L.r. Toscana 6 settembre 1993, n. 67, Norme in materia di trasporto di persone mediante servizio di taxi e servizio di noleggio; L.r. Lazio 26 ottobre 1993, n. 58, Disposizioni per l'esercizio del trasporto pubblico non di linea e norme concernenti il ruolo dei conducenti dei servizi pubblici di trasporto non di linea, di cui all'art. 6, l. 15 gennaio 1992, n. 21, come modificato dalla l.r. 14 febbraio 2005; L.r. Emilia Romagna, 2 ottobre 1998, n. 30, e successive modifiche, Disciplina generale del trasporto pubblico regionale e locale, in particolare, art. 26-bis.

<sup>19</sup> Si veda anche C. Bentivogli, R. Cullino e D.M. Del colle, *I servizi per la mobilità urbana: bus e taxi*, op. cit., 62 ss.

<sup>20</sup> Per una completa e ampia ricostruzione su alcune delle precedenti riforme in materia di servizi pubblici locali G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Allora come oggi valgono le più genarli considerazioni di V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del “pubblico”: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627 ss. per il quale privatizzazioni, liberalizzazioni, deregolazioni sono tra loro strettamente connesse «secondo un disegno coerente». Tema sviluppato da E. Castorina, *Efficienza e concorrenzialità nel mercato: l'esperienza della privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, in *Annali del Seminario giuridico*, Milano, Giuffrè, 2001, e Id., *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 3 ss.

<sup>22</sup> A commento E.M. Tripodi, *Competitività e liberalizzazioni nel nuovo decreto Bersani*.



## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

In particolare, l'art. 6, nel testo originario, prevedeva che, fatta salva la possibilità di conferire nuove licenze secondo la vigente programmazione numerica, i Comuni potessero bandire pubblici concorsi aperti a tutti e concorsi riservati a chi fosse già titolare di licenza taxi (in deroga alle attuali disposizioni) per assegnazioni a titolo oneroso di licenze eccedenti la vigente programmazione numerica.

I proventi derivanti dall'assegnazione a titolo oneroso delle nuove licenze sarebbero stati ripartiti, in misura non superiore all'ottanta per cento e non inferiore al sessanta per cento, tra i titolari di licenza taxi del medesimo Comune che avessero mantenuto una sola licenza. In ogni caso i titolari di licenza avrebbero dovuto esercitare il servizio personalmente, o, in alternativa, avvalersi di conducenti iscritti al ruolo con contratto di lavoro subordinato.

Queste misure, previste nel testo originario, pur non rappresentando una vera liberalizzazione e deregolamentazione, avrebbero, probabilmente, stimolato i Comuni a bandire nuove licenze per nuovi taxisti, ma anche per i vecchi, che potevano così acquistare licenze aggiuntive, dall'altro "indenizzandolo" i taxisti che non volessero, o potessero, acquistare ulteriori titoli.

La misura, anche se molto ragionevole, fu fortemente ostacolata dagli stessi taxisti, e tali resistenze furono tradotte nella legge di conversione che, di fatto, eliminò qualsiasi tipo di innovazione<sup>23</sup>. A seguito di tale novella, venuto meno il tentativo di apertura del mercato, la possibilità di aumentare l'offerta del servizio è stata timidamente rimessa al Comune, attraverso, tra le altre misure: la disposizione di turnazioni integrative in aggiunta a quelle ordinarie; con forti limitazioni e restrizioni, bandire concorsi straordinari in conformità alla vigente programmazione numerica, ovvero in deroga ove la programmazione numerica manchi o non sia ritenuta idonea dal comune ad assicurare un livello di offerta adeguato, per il rilascio, a titolo gratuito o a titolo oneroso, di nuove licenze da assegnare ai soggetti iscritti al ruolo dei conducenti; nonché prevedere il rilascio di titoli temporanei o stagionali non cedibili, per fronteggiare particolari eventi o periodi di prevedibile incremento della domanda. In chiusura l'art. 6 prevede, poi, una generica previsione – in via sperimentale – di rilasciare apposite autorizzazioni per «forme innovative di servizio all'utenza, con obblighi di servizio e tariffe differenziati».

*Dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223 alla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248, in Disciplina del commercio e dei servizi, 2006, 535 ss.*

<sup>23</sup> Molti dei buoni propositi sono stati vanificati attraverso le modifiche introdotte nella l. di conversione 4 agosto 2006, n. 248.

Come dimostrano le numerosissime segnalazioni dell'Agcm e le apposite ricerche, invero, gli effetti della c.d. riforma Bersani sono stati pressoché impercettibili<sup>24</sup>.

Se si esclude la novella del 2008 limitata alla specificazione del servizio di noleggio con conducente, il successivo parziale tentativo di incidere, seppur indirettamente, sull'aumento dell'offerta di taxi si ha con il d.l. n. 1/2012, cd. "crescitalia"<sup>25</sup>.

Il decreto, infatti, assegna all'Autorità di regolazione dei trasporti (poco prima formalmente istituita)<sup>26</sup>, specifiche funzioni in materia di servizio taxi, con il fine di monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani (art. 36).

All'Autorità il decreto poi assegna una specifica competenza di rilasciare pareri a Comuni e Regioni, i quali nell'ambito delle proprie competenze, provvedono ad adeguare il servizio dei taxi, secondo alcuni principi espressamente elencati dalla medesima fattispecie<sup>27</sup>.

Tra le altre disposizioni degna di nota è quella che invita le amministrazioni territoriali a incrementare il numero delle licenze ove ritenuto necessario in base alle analisi effettuate dall'Autorità, anche a seguito di un

<sup>24</sup> Anche dopo la c.d. riforma Bersani, sino ai giorni nostri, davvero numerose sono le segnalazioni dell'Agcm in materia di taxi: AS505 Comune di Rovigo – gestione del servizio di radio taxi del 3 marzo 2009; AS722 Servizio taxi sui collegamenti da e per gli aeroporti del 15 luglio 2010; AS794 Comune di Roma – nuovo piano tariffario dei taxi del 26 gennaio 2011; AS853 Disciplina dell'esonero dall'obbligo di rilascio della ricevuto e delle scontrino fiscale del 15 luglio 2011; AS942 Comune di Roma – turnazioni per il servizio taxi del 25 maggio 2012; AS989 Comune di Cetara (SA) – disciplina degli autoservizi pubblici non di linea del 18 ottobre 2012. Utile è però anche l'apposito studio della Banca d'Italia di C. Bentivogli, *Il servizio di taxi e di noleggio con conducente dopo la riforma Bersani: un'indagine sulle principali città italiane*, op. loc. cit.

<sup>25</sup> D.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

<sup>26</sup> Istituita dall'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in l., con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214) nell'ambito delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 14 novembre 1995, n. 481, sul cui più ampio e generale argomento A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, Passigli Editori, 1997, all'interno del quale, in particolare, si veda lo scritto di G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, vol. I, 145 ss., volto a comparare regime e funzioni delle differenti Autorità indipendenti, anche, tenendo presenti i problemi di compatibilità con il Testo costituzionale.

<sup>27</sup> M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2012, 236 ss., mette in risalto il ruolo della nuova Autorità dei trasporti e le sue specifiche competenze in materia di taxi raffrontate rispetto ai poteri dell'Agcm.

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

«confronto nell'ambito di realtà europee comparabili», bandendo concorsi straordinari in conformità, o anche in deroga alla vigente programmazione numerica. In tal senso la disposizione sembra riprendere il vecchio testo del decreto Bersani, per cui i proventi derivanti dal rilascio di licenze a titolo oneroso sono finalizzati ad adeguate compensazioni da corrispondere ai già titolari di licenza.

Il decreto prevede inoltre una maggiore libertà nell'organizzazione del servizio sia per fronteggiare periodi di prevedibile incremento della domanda, sia per sviluppare nuovi servizi integrativi come il taxi ad uso collettivo "o altre forme". Viene altresì introdotta una maggiore flessibilità nella fissazione delle tariffe, con la possibilità di una trasparente pubblicizzazione a tutela dei consumatori.

Tuttavia gli effetti anche di quest'ultima novella non sembrano significativi, almeno sino a questo momento. Come detto lo segnalano le stesse Autorità di regolazione dei trasporti<sup>28</sup> e della concorrenza e del mercato<sup>29</sup>, ma lo dimostra, invero, la constatazione del fatto che, indipendentemente dalle reali esigenze dei cittadini, nella maggior parte dei principali Comuni i bandi per le licenze risalgono agli anni Ottanta e Novanta, e dove si tenta di bandire nuove licenze la decisione è sempre oggetto di dure contestazioni (come nel recente caso, emblematico, di Firenze dei primi giorni di ottobre 2015<sup>30</sup>). È evidente, infatti, che la difficoltà di aprire il mercato derivi, anzitutto, dall'aver rimesso – da parte della legge – la decisione finale di bandire licenze di servizio taxi a livello comunale, dove ancora più forti ed efficaci sono le resistenze e le azioni di ostruzionismo delle corporazioni dei taxisti che si avvantaggiano della loro rendita di posizione.

È vero, però, che forse, rispetto ad altri servizi pubblici, oggetto in passato di monopolio legale, la chiusura del servizio di trasporto non di linea è stata altresì favorita dalla stessa normativa europea e in particolare dalla Direttiva n. 123/2006 (c.d. direttiva *Bolkenstein*), per cui tale ambito può essere escluso dal complessivo piano di liberalizzazioni volto a consentire un accesso al mercato il più libero e deregolamentato possibile<sup>31</sup>. Tuttavia, ferma

<sup>28</sup> *Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità*, del 21 maggio 2015, *op. loc. cit.*

<sup>29</sup> Audizione in Parlamento del Presidente dell'autorità garante della concorrenza e del mercato del 24 giugno 2015, *op. loc. cit.*

<sup>30</sup> Si vedano le proteste dei tassisti che hanno fatto seguito alla delibera del Consiglio comunale di Firenze di aprire a cento nuove licenze taxi, di cui 70 fisse e 30 temporanee: la notizia su *Corriere di Firenze*, *Taxi, il consiglio approva le 100 nuove licenze*, 12 ottobre 2015.

<sup>31</sup> Cfr. G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 51 ss.

restando tale applicazione della Direttiva n. 123/2006, in ogni caso, ciò non significa che non debbano essere rispettati i diritti dei cittadini di favorire la loro libertà di circolazione, come altresì, più in generale, non debba essere assicurata un'effettiva libertà del mercato, consentendo dunque al singolo Stato di avviare un proprio specifico piano di liberalizzazioni anche nel trasporto non di linea.

#### **4. Trasporto locale e nuove tecnologie: il caso *Uber* in Italia**

Come visto l'attenzione e le istanze di riforma dell'attuale normativa in materia di trasporto non di linea sono da tempo oggetto di riforme tentate e in minima parte attuate per esigenze oggettive di aumento della domanda di servizio.

Il dibattito tuttavia si è concretamente riproposto nel corso dell'ultimo anno a seguito dello sviluppo delle nuove tecnologie di cui si è detto in apertura, ma, soprattutto, dell'avvio anche in Italia dell'attività di *Uber* (più precisamente nelle aree urbane di Milano, Torino e Genova), società di servizi statunitense che opera in 57 Paesi di tutto il Mondo e nella quale hanno investito ingenti capitali molti colossi economici della rete (tra i quali *Google*).

Si è già descritto come funzioni il servizio di *Uber*, in particolare, quello denominato *Uber Pop*, che può essere offerto attraverso l'impiego di un qualsiasi autista munito di patente e auto propria, enfatizzando analogie con il servizio di taxi, ma, anzitutto, le differenze in termini di vantaggi che l'applicazione può assicurare agli avventori.

Il primo Tribunale che ha avuto l'occasione di pronunciarsi – seppur indirettamente – su *Uber Pop* è il Giudice di Pace di Genova nel febbraio 2015<sup>32</sup>. A un *driver* di *Uber*, intercettato da agenti della polizia municipale, era stato contestato l'esercizio abusivo dell'attività di tassista, ai sensi dell'art. 86 del codice della strada. L'autista tuttavia si era opposto a tale contestazione, attraverso ricorso al summenzionato Giudice, rilevando una evidente differenza tra la sua attività e quella dei taxisti. Il Giudice di pace accoglie il ricorso notando come l'attività svolta dall'autista di *Uber*, per le peculiarità del servizio, non possa essere collegata a quella del taxista, ma a quella del noleggio con conducente. Dunque l'infrazione non è quella contestata di cui all'art. 86, ma quella prevista dall'art. 85 del codice della strada, espressamente dedicata al noleggio con conducente. Pertanto, con-

<sup>32</sup> Giudice di Pace di Genova, sentenza del 16 febbraio 2015, su [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it)

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

siderata l'erronea contestazione dell'infrazione, il Giudice ha annullato le relative sanzioni a carico dell'autista. Ovviamente pur salvando la posizione del singolo autista, la pronuncia, tuttavia, non sembrava neppure indirettamente legittimare *Uber Pop* che in ogni caso, a seguito di tale tesi, ricadeva sempre all'interno di un'attività regolamentata come quella del noleggiato con conducente.

Diretto invece a inibire l'intera attività di *Uber Pop* – non a perseguire il singolo autista – è il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* presentato collettivamente innanzi al Tribunale di Milano, nel marzo 2015, dalle società che gestiscono i servizi di radiotaxi; alcuni singoli operatori nonché alcune sigle sindacali e associazioni di categoria del settore taxi operanti a livello locale nelle città di Milano, Torino e Genova, dove appunto offriva il servizio *Uber*. I ricorrenti hanno chiesto in via cautelare al Tribunale di inibire alle società del gruppo *Uber* l'esercizio del servizio *Uber Pop*, con conseguente blocco e/o oscuramento del sito *Internet* e dell'applicazione informatica, oltre ulteriori domande connesse alla misura inibitoria e tese a dare efficace attuazione alla stessa. Il ricorso accolto con ordinanza del 26 maggio 2015 è stato successivamente confermato il 9 luglio 2015 a seguito del rigetto dell'opposizione avanzata dal Gruppo *Uber*<sup>33</sup>.

In entrambe le ordinanze il Tribunale milanese individua una sostanziale coincidenza tra il servizio di taxi e quello svolto da *Uber*, vengono dunque rigettati due dei principali argomenti sostenuti dalla difesa del Gruppo *Uber*, secondo la quale l'attività della società statunitense sarebbe limitata solo all'intermediazione, ovvero a far incontrare domanda e offerta tra autista e passeggero, il quale può (al contrario dei taxisti) rifiutare il tragitto, godendo, altresì, per il trasporto solo di un rimborso spese e non di una vera remunerazione. Viene inoltre rigettata un'ulteriore tesi esposta dalla difesa, per cui il servizio di *Uber* non sarebbe rivolto a tutto il mercato, sovrapponendosi, dunque, all'utenza dei taxisti, ma sarebbe invece esclusivamente destinato ai membri di una *community* composta solo da coloro che installano l'applicazione mobile e si registrano sul sito della società.

Il Tribunale contesta tali difese, rilevando al contrario una sostanziale coincidenza tra il servizio di *Uber* e quello di un qualsiasi radiotaxi, con la

<sup>33</sup> A commento V.C. Romano, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 133 ss.; L. Giove, A. Comelli, *Il blocco dell'app Uber pop: concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi*, *Commento a Trib. Milano Sez. Specializzata in materia di imprese Ordinanza, 25 maggio 2015*, in *Dir. ind.*, 2015, 245 ss.; A. Palmieri, *In tema di autotrasporto di persone: la vicenda di Uber Pop*, in *Foro it.*, 2015, fasc. 6, pt. 1, 2192 ss.

differenza che gli autisti sono soggetti privi di licenza e che, pertanto, svolgono una professione in modo abusivo in violazione di norme di diritto pubblico. Inoltre, nota il giudice, *Uber* svolge un'attività d'impresa scegliendo gli autisti e definendo condizioni e tariffe di trasporto. Tali argomentazioni, invero, sono portate senza scendere troppo nel dettaglio, perché ad avviso del giudice «non sembra d'altra parte necessario risolvere il quesito se l'*app* di *Uber* funzioni o meno esattamente come un servizio di radiotaxi, dal momento che ciò che conta è proprio quell'effetto di messa in contatto fra domanda e offerta che entrambi i servizi assolvono». Il servizio non sembra differire da quello del taxi, vengono infatti rigettate anche le tesi volte ad includere *Uber* tra i servizi della c.d. *sharing economy*: nel caso della Società statunitense, infatti, non si ha un semplice rimborso, ma una vera e propria retribuzione sia per la società che effettua l'intermediazione sia per l'autista. Entrambi però non hanno gli oneri, anche economici e fiscali, a cui sono soggetti i regolari taxisti. Inoltre, il giudice, osserva come nel suo complesso il sistema dei prezzi di *Uber Pop* non abbia regole predefinite e trasparenti, perché soggetto a variazioni in base ad un algoritmo che valuta più fattori come la domanda, il traffico, la presenza di scioperi, ed anche questo elemento per il giudice non andrebbe a vantaggio dei consumatori, così come non consente di comprendere se di questi aumenti si avvantaggino i *drivers* (ed eventualmente in che misura) ovvero, come sembra più probabile, leggendo le clausole del contratto imposte, esclusivamente *Uber*.

Anche sulla base di tali argomentazioni il Tribunale giunge alla sua più forte obiezione fatta alla Società *Uber* ovvero di porre in essere un'attività di concorrenza sleale. Presupposta la coincidenza delle attività svolte, sia da *Uber* e Radio taxi, sia da *drivers* e taxisti, queste attività si pongono in diretta concorrenza con quella di organizzazione del servizio pubblico. Secondo il giudice, infatti, è innegabile che il mercato accomuni «i ricorrenti di prime cure (Gruppo taxi) come le società ivi resistenti (gruppo *Uber-Rasier*), in quanto il mercato va definito, non con riferimento alle modalità con le quali è assolto il servizio (radiotaxi o *App*), bensì con riferimento alla soddisfazione dei medesimi bisogni e con riferimento alla sostituibilità fra l'offerta di una tipologia di servizio ed un'altra, non rilevando a tale ultimo fine che le modalità di *matching* fra offerta e domanda ed i costi dell'uno e dell'altro servizio possano essere diversi». L'attività di *Uber*, pertanto – anche se non vincolata dalle norme sul servizio pubblico di trasporto – svolge comunque un servizio pubblico di trasporto.

Il giudice, dunque, utilizza una nozione “espansiva” di concorrenza considerando “impresa” ogni entità che produce beni e servizi, nonché va-

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

lutando la comunanza della clientela in forza del possibile «mercato di sbocco»<sup>34</sup> e dell'estensione territoriale dell'attività<sup>35</sup>.

Così risolve la questione principale il tribunale ritiene di poter respingere, altresì, l'istanza di rinvio pregiudiziale al giudice europeo: non ravvisandosi alcuna ragione per dover richiedere un intervento al fine di chiarire se la normativa italiana contrasti con gli artt. 49 e 56 TFUE sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi e gli artt. 3 ss. sulla concorrenza.

### 5. Comuni normative, differenti soluzioni: il caso *Uber* in altri ordinamenti europei

Come anticipato i servizi offerti dalle società collegate al gruppo *Uber* sono stati oggetto di contestazione e di contenzioso in molti Paesi in cui il servizio di trasporto non di linea è oggetto di una regolamentazione normativa volta, chiudendo il mercato, a creare un monopolio legale. Un fenomeno che non interessa solo l'Europa, ma tutto il mondo, basti in questa sede ricordare, come dal settembre 2015 la Camera municipale di Rio de Janeiro stia discutendo sulla (ormai prossima) approvazione di un apposito disegno di legge municipale (n. 122/2015), sostenuto dall'esecutivo, finalizzato a vietare espressamente *Uber* e gli altri analoghi servizi di trasporto non di linea, all'interno dell'intera municipalità Carioca<sup>36</sup>.

In Europa, come in Italia, forti resistenze, e connessi ricorsi a Tribunali nazionali competenti, si sono registrate in tutti gli Stati in cui *Uber* ha avviato il suo servizio. La più dura e ferma reazione si è registrata sicuramente in Francia, dove – dopo le violente proteste dei taxisti e indagini della magistratura che hanno portato allo stato di fermo dei due dirigenti della filiale francese di *Uber* – direttamente il Legislatore ha deciso di vietare tutte le attività della società statunitense<sup>37</sup>.

Inizialmente alcuni Prefetti<sup>38</sup> e qualche Giudice<sup>39</sup>, a livello locale,

<sup>34</sup> Sul punto già Corte di Cassazione 22 luglio 2009, n. 17144, con nota di P. Cavallo, *Concorrenza sleale e comunanza di clientela*, in *Dir. ind.*, 2009, 448 ss.

<sup>35</sup> L. Giove, A. Comelli, *Il blocco dell'app Uber pop: concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi*, *op. cit.*, 246.

<sup>36</sup> Cfr. Câmara Municipal do Rio de Janeiro, progetto di l. 122/15, su [www.camara.rj.gov.br/noticias\\_avisos\\_detalhes.php?m1=comunicacao&m2=notaviso&id\\_noticia=9919](http://www.camara.rj.gov.br/noticias_avisos_detalhes.php?m1=comunicacao&m2=notaviso&id_noticia=9919).

<sup>37</sup> Cfr. Francia, *arrestati due manager di Uber*, su [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it) 29 giugno 2015.

<sup>38</sup> Ad esempio le prefetture di Lione e Parigi-departement du Nord.

<sup>39</sup> Si segnala la decisione del Tribunale penale di Parigi dell'ottobre 2014 che ha condannato Uber ad un'ammenda di 100.000 €.

hanno vietato l'attività di *Uber* per “concorrenza sleale”, così come lo stesso Ministro degli Interni ha rilasciato dichiarazioni ufficiali contrarie all'utilizzo dell'applicazione statunitense<sup>40</sup>. Tuttavia, successivamente, l'intervento più incisivo è stato quello del Legislatore francese a seguito dell'approvazione della *Loi* n. 2014-1104 del 1° ottobre 2014<sup>41</sup>, «in materia di taxi e di trasporto con autista», volta a riformare il codice dei trasporti nella parte in cui disciplina il servizio di taxi e noleggio con conducente, introducendo altresì sanzioni pecuniarie e penali di gran lunga più rigide rispetto al passato, destinate a colpire oltre che gli autisti, altresì, chi favorisce con attività di intermediazione il servizio abusivo di trasporto. Pene che prevedono fino a due anni di reclusione e 300.000 euro di sanzione. Una novella talmente esemplare da spingere, il 23 giugno 2015, la *Cour de cassation (Chambre commerciale)*, dopo i ricorsi del Gruppo *Uber*, a sottoporre al *Conseil constitutionnel* una questione di legittimità costituzionale su tale legge nella parte in cui, tra gli altri motivi, sembra prevedere sanzioni sproporzionate e una fattispecie di reato non ben circoscritta, perseguendo tra le varie ipotesi anche chi – come *Uber* – esercita un'attività di intermediazione e non direttamente di trasporto.

Senza entrare nel dettaglio, tuttavia, il giudice costituzionale francese, lo scorso 22 settembre<sup>42</sup>, ha rigettato le questioni poste e, pertanto, confermato la legge e le sanzioni previste volte a vietare i contestati servizi della società americana, che difatti, dal luglio 2015, ha sospeso ogni attività nel territorio francese<sup>43</sup>.

Una specifica legge è stata approvata anche in Romania<sup>44</sup>, mentre per via giurisprudenziale l'attività di *Uber* è stata vietata in Belgio<sup>45</sup> e Germania<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Si vedano le dichiarazioni ufficiali del Ministro degli Interni su [www.interieur.gouv.fr/fr/Actualites/Communiqués/Tensions-entre-chauffeurs-de-taxis-et-conducteurs-Uber-pop](http://www.interieur.gouv.fr/fr/Actualites/Communiqués/Tensions-entre-chauffeurs-de-taxis-et-conducteurs-Uber-pop).

<sup>41</sup> Su [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>42</sup> *Décision* n° 2015-484 QPC del 22 settembre 2015, su [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>43</sup> Si veda *Uber si arrende e sospende il servizio in Francia*, su [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it), 3 luglio 2015.

<sup>44</sup> L. n. 129 del 3 giugno 2015 *Lege pentru modificarea si completarea Legii nr. 38/2003 privind transportul in regim de taxi i în regim de închiriere*.

<sup>45</sup> Si veda la decisione del Tribunal de commerce de Bruxelles del 24 settembre 2015, su [www.justice.belgium.be/fr/](http://www.justice.belgium.be/fr/), che ha imposto il blocco dell'applicazione entro 21 giorni dalla pubblicazione della sentenza, poiché *Uber* opera senza le necessarie autorizzazioni per l'erogazione dei servizi di trasporto pubblico.

<sup>46</sup> La Corte regionale di Francoforte, il 18 marzo 2015, ha imposto il blocco di *Uber* a livello nazionale per violazione della normativa in materia di taxi, con previsione di una penale per ogni violazione pari ad € 250.000.



## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

Più articolata invece la questione in Spagna, dove, se è vero che il Tribunale di Madrid ha disposto con ordinanza cautelare del 9 dicembre 2014 – analoga a quella italiana – il blocco di tutti i servizi di *Uber*, per violazione della normativa in materia e conseguente pratica di concorrenza sleale, di recente, il 17 giugno 2015, un giudice della sezione commerciale di Barcellona<sup>47</sup> ha sospeso il suo giudizio per rimettere la questione in via pregiudiziale al giudice europeo. Anche in questo caso – come negli altri descritti – al giudice è stata posta la questione, su ricorso presentato dalle associazioni di categoria dei taxi, sulla violazione della normativa in materia di trasporto non di linea nonché soprattutto dell'attività di concorrenza sleale posta in essere da *Uber*.

Il giudice remittente, però, tra le altre censure poste, enfatizza nel suo provvedimento, come «una parte fondamentale del processo ruoti attorno alla questione se la mancanza di autorizzazione amministrativa per la fornitura di servizi possa essere considerata come un comportamento di concorrenza sleale» (punto 7).

Interrogativo che però interessa la nozione di servizio, anche, ai sensi della direttiva 2006/123, e se tale servizio possa essere limitato da un'autorizzazione amministrativa dello Stato. Per il Giudice, infatti, è dubbio se la normativa spagnola possa essere in contrasto con il diritto dell'Unione europea a causa delle autorizzazioni limitative dell'attività del servizio di trasporto.

Rispetto ai casi si qui trattati, una soluzione opposta è stata adottata nella città di Londra nel Regno Unito. Anche in questo ordinamento, seppur con molte differenze, il servizio di trasporto non di linea, svolto dai celebri *Black cabs*, è regolamentato da autorizzazioni e licenze amministrative previste dal *Hire Vehicles (London) Act* del 1998.

Il caso è un po' complesso rispetto agli altri, e interessa la città di Londra, ma anche qui i taxisti, le società e le associazioni di categoria, miravano a una censura dell'attività di *Uber* svolta senza alcuna licenza e senza l'utilizzo di tassametri. Attività abusiva dunque che avrebbe determinato una responsabilità, anzitutto, penale degli autisti e della società di intermediazione. Il giudice amministrativo, però, la *High Administrative Court* di Londra, con decisione del 16 ottobre 2015<sup>48</sup>, rigetta tutti i ricorsi, escludendo qualsiasi violazione della normativa in materia nonché la responsabilità penale, semplicemente perché, secondo il giudice londinese (dunque, contrariamente al

<sup>47</sup> Juzgado Mercantil n. 3 di Barcelona, asunto 929/2014D2.

<sup>48</sup> The High Court Of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, Citation Number: [2015] Ewhc 2918 (Admin), Case No: Co/1449/2015.

giudice italiano) l'attività di *Uber* non sarebbe sovrapponibile a quella dei taxisti. Con una dettagliata ricostruzione delle modalità di operatività dell'applicazione e quelle dei taxi e dei loro tassametri, il giudice giunge alla conclusione che le due attività sono molto differenti e, pertanto, l'attività dell'applicazione e quella dei suoi autisti non possono essere soggette alla disciplina di regolamentazione dei taxi. Per tale ragione dunque ne consegue la sua legittimità e compatibilità con l'ordinamento giuridico.

Del resto, va notato come la peculiarità del servizio dei taxi londinesi, differente dagli altri servizi di trasporto non di linea, fosse già stata affermata anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>49</sup>, la quale ha escluso che l'autorizzazione riservata ai taxi londinesi (e negata ai veicoli a noleggio con conducente) di circolare sulle corsie preferenziali riservate agli autobus non comportasse un aiuto di Stato. La Corte, infatti, giunge a tale conclusione poiché i taxi londinesi, in virtù del loro *status* giuridico, si trovano in una situazione diversa, in fatto e in diritto, da quella degli operatori NCC, per cui le due categorie di veicoli non sono comparabili. Solo i taxi londinesi possono offrire i propri servizi, sono assoggettati all'obbligo di prendere a bordo, devono essere riconoscibili e in grado di trasportare persone che si spostano in sedia a rotelle e i loro conducenti devono disporre di conoscenze particolarmente approfondite della città di Londra e fatturare i propri servizi mediante un tassametro. Tale motivazione sostenuta dalla Corte del Lussemburgo parrebbe in parte essere stata ripresa dal giudice inglese, questa volta, però, non per giustificare un privilegio in favore dei taxi, bensì per aprire il mercato del servizio di trasporto non di linea. Invero, una decisione, quella del giudice europeo, che in futuro potrebbe aprire nuovi scenari oltre la Manica, in particolare, alla luce del citato rinvio pregiudiziale del Tribunale commerciale di Barcellona.

## **6. L'ordinamento italiano verso una reale apertura del mercato?**

Le recentissime decisioni qui ricordate dalle soluzioni diverse e, in alcuni casi, opposte, spingono a qualificare le trasformazioni del servizio di trasporto non di linea come "epocali", non legate a questioni di singoli Stati, o territori, e, come detto, i motivi sono evidenti: oltre al mutamento della configurazione sociale delle città, soprattutto, quelle medio grandi, nonché

<sup>49</sup> V. decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea causa C-518/13 del 14 gennaio 2015, su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

le nuove tecnologie – di cui *Uber* è solo un esempio tra gli altri – spingono verso un radicale mutamento dei fatti e delle istanze di mobilità urbana, che impongono all'ordinamento di adeguarsi. Come si è visto pare difficile e, soprattutto, non conveniente resistere a tali trasformazioni.

Molto probabilmente, salvo vedere, come risponderà il giudice europeo al quesito posto dal Tribunale di Barcellona, sulla compatibilità delle normative nazionali in materia di trasporto non di linea con il diritto dell'UE, ad oggi, quantomeno in Italia, indipendentemente dalle ragioni e dalle tecnologie adottate, non sembra possibile consentire un'apertura del mercato senza una riforma della normativa nazionale e a cascata locale della materia<sup>50</sup>.

Pertanto, posto che non sembrano esservi più ragioni per giustificare una chiusura generale del mercato, è a questo punto indispensabile procedere a un'apertura, quanto più ampia del mercato dei servizi di trasporto non di linea, attraverso una riforma di legge. Un servizio che pur restando di pubblico interesse può – anzi meglio – essere effettuato e garantito dall'aggiunta del servizio svolto dell'attività dei privati privi di specifica licenza, esercitata in parallelo a quella dei tradizionali taxisti, sicuramente differenziato in base alle esigenze delle differenti realtà locali.

In tal senso va vista con estremo favore la proposta di modifica alla l. n. 21/1992 presentata dall'Autorità di regolazione dei Trasporti, allegata, all'«atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità»<sup>51</sup>.

La proposta menziona espressamente la disciplina di nuove forme di mobilità che includano l'utilizzo di applicazioni *internet* e piattaforme tecnologiche finalizzate a favorire l'interconnessione di passeggeri e conducenti. La disciplina è abbastanza articolata, ma i punti centrali della proposta sono rivolti sia per le imprese fornitrici di servizi tecnologici (come sarebbe *Uber*, o l'italiana *Let's go*), che per gli autisti<sup>52</sup>. Per l'impresa vi sarebbe anzitutto l'obbligo di registrazione nella Regione dove svolge il servizio, ma altresì altri oneri indispensabili a garanzia di autisti e avventori, come ad esempio, dotarsi di assicurazione per responsabilità civile, derivante dalla circolazione dell'autovettura, così come quello di fissare i corrispettivi del ser-

<sup>50</sup> Nello stesso senso pare concludere anche il parere dell'Autorità di regolazione dei Trasporti reso al Cons. St., Sez. prima, in tema di trasporto pubblico non di linea, reso il 30 settembre 2015.

<sup>51</sup> Su [www.autorita-trasporti.it](http://www.autorita-trasporti.it).

<sup>52</sup> Cfr. Art. 3-bis (Servizi tecnologici per la mobilità).

vizio in modo chiaro e trasparente, o controllare periodicamente l'efficienza dell'auto e la validità della patente del conducente. Anche per gli autisti sono però previste varie condizioni e oneri<sup>53</sup>.

Opportunamente poi la proposta mira ad aggiornare anche il classico servizio di taxi e al noleggio con conducente, eliminando limiti troppo restrittivi relativi al territorio dove si svolge il servizio. Altra nota positiva: tale disciplina lascia fuori quelle applicazioni di c.d. *sharing economy* (come la nota *Bla bla car*) che non hanno finalità commerciali.

Un aspetto di timidezza della proposta, invero, pare il limite, forse troppo basso, imposto agli autisti (non taxisti) in termini di ore di servizio (quindici a settimana) e di fatturato individuato entro il massimo previsto per il lavoro occasionale. Limiti che scoraggerebbero notevolmente i conducenti.

Ciò detto, qualsiasi disciplina vorrà accogliere il legislatore, tale normativa non potrà non tenere presente l'evoluzione del servizio sin qui descritta, della quale le nuove piattaforme tecnologiche sono una delle cause principali. Se si considerano le summenzionate esperienze europee, la disciplina dovrà essere finalizzata ad aprire il mercato anche alla luce dei principi europei, favorendo le liberalizzazioni attraverso l'impegno delle nuove applicazioni.

Al legislatore, invece, nel dettaglio, resterà sciogliere altri nodi, primo fra tutti, quello sulla la possibile sussistenza tra un servizio commerciale e il tradizionale servizio pubblico nel settore del trasporto non di linea<sup>54</sup>. In altre parole sarà necessario valutare se, nel mercato aperto, disporre una disciplina generale per tutti i servizi di trasporto non di linea, oppure, optare per una disciplina simile a quella britannica di Londra, qui ricordata, accostando al tradizionale servizio taxi, il trasporto operato senza licenza attraverso le applicazioni simili a *Uber*. In questo modo, però, tenendo distinte le due attività, anche in termini di oneri e privilegi, ad esempio, prevedendo l'utilizzo delle corsie privilegiate, o particolari regimi fiscali, riservati alla categoria dei taxi, ai quali spetta mantenere particolari oneri, come quelli concernenti le

<sup>53</sup> Art. 3-bis, c. 7. Ai fini della sicurezza del trasportato, i conducenti di cui al comma 5 devono: a) avere età maggiore di anni ventuno e possedere la patente da almeno tre anni; b) non avere subito provvedimenti di sospensione della patente; c) essere in possesso dei requisiti morali previsti per i conducenti del servizio taxi; d) essere in possesso di idoneità psicofisica; e) esercitare il servizio con auto di proprietà del conducente stesso o di un parente entro il primo grado; f) esercitare il servizio con auto immatricolata da non più di sette anni.

<sup>54</sup> Aspetto centrale che, ad esempio, solo in parte, affronta la citata proposta dell'Auto-rità nazionale di regolazione dei trasporti, non chiarendo esplicitamente la questione.

## trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie

turnazioni. In ogni caso, entrambi i servizi potranno fruire delle applicazioni informatiche per intercettare gli avventori.

A tal proposito, chiarito il regime generale, la legge dovrà altresì precisare se l'attività delle applicazioni opera come un servizio di trasporto o, più semplicemente, come servizio informativo. In altre parole sembra necessario comprendere, o meglio, scegliere se la società titolare dell'applicazione svolga direttamente attraverso (suoi?) autisti il servizio di trasporto, oppure si limiti a realizzare una semplice intermediazione tra utente e autista.

Tuttavia queste ultime notazioni sono certo dettagli rispetto a una riforma generale del servizio di trasporto non di linea, necessaria e non più rinviabile, che dovrà superare le alte barricate corporative.

### *Abstract*

*The field of the local non scheduled public transportation suffers – since decades – strong instances of transformation, following of the social change and, above all, of the technological progress. A change that is concerning not only the Italian legal system, but those of all developed countries, where, at the most common “closed regulatory system”, seems to impose itself a strong instance of opening and liberalization in the providing of the service. This comparative study aims to describe this process, also through the analysis of the emblematic “Uber case”.*



GIOVANNA PIZZANELLI

INNOVAZIONE TECNOLOGICA E REGOLAZIONE  
INCOMPIUTA: IL CASO DEI SERVIZI DI TRASPORTO  
NON DI LINEA\*

SOMMARIO: 1. Il contesto giuridico-economico di riferimento – 2. I problemi da risolvere tra contenzioso giurisdizionale e obiettivi di regolazione – 3. Le soluzioni aperte tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo.

**1. Il contesto giuridico-economico di riferimento**

Il binomio tecnologia/sviluppo offre opportunità di maggior tutela per i consumatori e di sviluppo economico per gli operatori, ma non sempre il Legislatore, non soltanto italiano, ha mostrato la dovuta sensibilità, lasciando così un ruolo importante talvolta alle autorità di regolazione, altre volte al giudice. Uno degli ambiti in cui il suddetto binomio ha trovato recente applicazione è quello dei servizi di trasporto passeggeri non di linea in cui non si è ancora registrata l'integrazione tra il segmento del mercato dei servizi taxi e dei servizi di noleggio con conducente (d'ora in poi, NCC), ma che intanto sta conoscendo, per effetto dell'innovazione tecnologica, un'evoluzione fino a qualche anno fa inaspettata.

Il punto nodale della questione ci porta alla necessità di verificare se l'attuale normativa in materia di servizi di trasporto non di linea consenta, da un lato, ai consumatori di poter godere dei benefici e delle tutele che possono essere offerti da un mercato concorrenziale e innovativo e, dall'altro, agli operatori di esercitare l'attività in un quadro giuridico certo.

Il servizio di trasporto pubblico non di linea è tradizionalmente esercitato da due categorie di imprese: i taxi e gli erogatori di servizi NCC; nel nostro ordinamento, entrambe le categorie sono disciplinate dalla l. 15 gennaio 1992, n. 21<sup>1</sup> e succ. modif. e hanno, ai sensi degli artt. 2 e 3 della nor-

\* Testo rielaborato dall'intervento all'incontro del Gruppo San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa su "Giurisdizioni e attività economiche" (Pisa, 24 aprile 2015).

<sup>1</sup> L'art. 1, l. n. 21/1992, individua gli autoservizi pubblici non di linea in quelli dedicati al trasporto, collettivo od individuale, di persone, che viene effettuato a richiesta dei tra-

mativa, caratteri ben distinti seppur accomunati da una spiccata territorialità<sup>2</sup>.

Il servizio di taxi si rivolge ad un'utenza indifferenziata allo scopo di soddisfare le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppi di persone ed è soggetto ad una forte regolamentazione di carattere territoriale che prevede il rilascio di apposite licenze<sup>3</sup> da parte dell'amministrazione comunale presso cui si svolgerà il servizio, l'obbligo di stazionamento delle vetture in luogo pubblico, il prelevamento dell'utente ovvero l'avvio dell'erogazione del servizio all'interno dell'area comunale o comprensoriale in cui peraltro la prestazione del servizio è obbligatoria.

Diversamente, il servizio di NCC si rivolge ad un'utenza specifica che avanza, presso la rimessa, apposita richiesta per una determinata prestazione a tempo e/o viaggio, secondo condizioni economiche pattuite tra le parti. Anche in questo caso l'attività è soggetta a regolamentazione territoriale, dal momento che la sede del vettore e la rimessa devono essere situate necessariamente nel territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività e lo stazionamento dei mezzi avviene all'interno delle rimesse, essendo vietata la sosta in posteggio di stazionamento sul suolo pubblico nel Comune ove sia esercitato il servizio di taxi. Peraltro, la prestazione del servizio di trasporto da parte dei noleggiatori con conducente non è obbligatoria.

Circa la natura dell'attività svolta, tenuto conto degli elementi autoritativi quali l'obbligatorietà della prestazione, la remunerazione con tariffe amministrative, la riconoscibilità della vettura, il sussidio sulle accise per il car-

sportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari secondo orari stabiliti di volta in volta.

<sup>2</sup> Infatti, in attuazione della l. quadro n. 21/1992, le Regioni sono chiamate ad individuare i criteri cui devono attenersi i Comuni nel prevedere i regolamenti sull'esercizio dei trasporti non di linea e a delegare agli enti locali le relative funzioni amministrative; i regolamenti comunali sono volti a regolare i corrispettivi per il servizio, il numero dei soggetti autorizzati all'attività, i turni quotidiani, le regole di comportamento e le condizioni di sicurezza, nonché i criteri per la determinazione delle tariffe e i requisiti e le condizioni per il rilascio della licenza per l'esercizio del servizio taxi.

<sup>3</sup> Il servizio taxi è svolto in regime di licenza comunale che presuppone la preventiva iscrizione del richiedente in un apposito ruolo provinciale dei conducenti di veicoli adibiti ad autoservizi pubblici non di linea; iscrizione condizionata dal possesso dello specifico certificato di abilitazione professionale rilasciato dall'Ufficio provinciale della motorizzazione civile a seguito di esame. Inoltre l'art. 82, Codice della Strada differenzia i vari tipi di veicoli in base alla loro utilizzazione economica, distinguendo l'uso privato del veicolo da quello in favore di terzi, laddove tra quest'ultimo vi è compreso il servizio taxi di piazza per trasporto di persone, mentre in via generale l'utilizzo di un veicolo per uso diverso da quello indicato della carta di circolazione è vietato e soggetto a sanzione amministrativa (art. 82, c. 8).



## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

burante, la possibilità di accesso alle zone a traffico limitato e lo stazionamento dei mezzi sul suolo pubblico, il diritto a percorrere le corsie preferenziali dei centri urbani e la concessione di licenze per lo svolgimento dell'attività, è possibile qualificare il servizio di taxi quale servizio pubblico<sup>4</sup>.

Sembrerebbe invece di poter giungere a conclusioni diverse per il servizio NCC, che si caratterizza per la non obbligatorietà della prestazione, la determinazione in via pattizia del prezzo, il divieto di stazionamento e, in molti casi, anche di circolazione negli spazi riservati ai trasporti pubblici, per l'indistinguibilità dei veicoli, nonché per l'obbligatorietà della sistematica partenza dalla rimessa: elementi che farebbero supporre un più corretto inquadramento del servizio nell'ambito del trasporto privato non di linea.

Tuttavia, nonostante i due servizi risultino ben distinti dalla normativa di riferimento, alla luce dell'evoluzione tecnologica che l'intero settore del trasporto non di linea sta conoscendo, appare lecito domandarsi se, con riferimento al comparto taxi, non debba essere oggetto di discussione il perimetro dell'area del servizio pubblico<sup>5</sup>, in modo da garantire una regolamentazione più flessibile dei cd. *trasporti intelligenti*. Ciò per il fatto che le due categorie di servizi, una atta a garantire l'universalità, la continuità e la copertura territoriale, l'altra a soddisfare una domanda di trasporto programmabile, a fronte dell'innovazione tecnologica, hanno visto sfumare alcuni dei loro tratti distintivi, ovvero hanno assistito alla nascita di un vero e proprio *tertium genus*.

In particolare, negli ultimi anni il settore NCC ha saputo trarre considerevoli vantaggi dall'innovazione tecnologica che ha favorito la diffusione di servizi di intermediazione tramite applicazione su *smartphone*, *tablet* ed altri supporti tecnologici in grado di mettere in contatto domanda e offerta, consentendo così di individuare la vettura più vicina al luogo di richiesta e più adatta a soddisfare le esigenze dell'utente, anche a prescindere dallo stazionamento in rimessa della vettura prescritto dalla normativa vigente. Ne è risultata una rivitalizzazione del mercato di riferimento che fatica a convivere con la modellistica dei servizi previsti dalla l. n. 21/1992 e, più in generale, con le esigenze di regolamentazione ad essi applicabile.

<sup>4</sup> Anche la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che le attività di servizio di taxi e di servizio NCC si differenziano soprattutto con riferimento alla natura del servizio prestato, laddove il primo «si configura come servizio di pubblica utilità» e in quanto tale soggetto «ad offerta indifferenziata, ad un regime di rigida determinazione delle tariffe e delle modalità di offerta del servizio, e allo stazionamento in luogo pubblico». Cfr., Tar Liguria, sez. II, 14 aprile 1993, n. 117.

<sup>5</sup> In questa linea, Tar Toscana, sez. II, 31 maggio 2011, n. 964; Cons. St., sez. V, 11 marzo 1966, n. 430. Sul tema anche, V. Visco Comandini, S. Gori, F. Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2004, 515 ss.

L'applicazione di servizi tecnologici alle esigenze di mobilità avviene tramite apposite *apps* create da intermediari *on-line* attraverso cui l'utente, registrato alla *community*, è in grado di rilevare automaticamente, tramite sistema *GPS*, l'autista a lui più vicino e provvede al pagamento del servizio all'azienda di intermediazione tramite carta di credito e quest'ultima trattiene una commissione sul corrispettivo previsto per il conducente sulla base di tariffe pubblicate sul proprio sito web. È il modello *Uber*, azienda *start-up* californiana nata nel 2009 e attualmente operativa in 150 città in tutto il mondo, entrata nel settore del trasporto non di linea al fine di svolgere la funzione di intermediazione tra utente e fornitore, laddove quest'ultimo rientra generalmente tra i soggetti esercenti servizio di NCC.

Tuttavia, l'evoluzione tecnologica tipica del settore ha dato origine anche ad altre forme di trasporto non di linea che sfuggono alla regolamentazione pubblica, e che pertanto sono oggetto di minaccia per gli operatori tradizionali, la cui diffusione ha condotto a numerosi interventi sul piano giurisdizionale. È il caso della *app Uber Pop* che, non ricorrendo alla fornitura del servizio tramite autisti professionisti del comparto NCC, esprime piuttosto una forma di economia condivisa in cui l'autista (un soggetto privato) condivide con l'utenza i costi di viaggio e la società *Uber* trattiene una commissione per il servizio di intermediazione offerto<sup>6</sup>.

Del resto, anche sul versante della domanda, tale mercato mostra una profonda rivitalizzazione. Infatti, l'utente tipo di questo servizio è profondamente diverso da quello preso in considerazione dalla l. n. 21/1992 e si configura quale soggetto qualificato che condivide i propri dati e bisogni di mobilità con una società di servizi che si avvale della prestazione d'opera di determinati soggetti, i quali non intrattengono rapporti contrattuali diretti con il fruitore del servizio.

Sul versante dell'offerta, con riferimento ad *Uber*, pertanto, occorre diversificare i servizi: da un lato, le *apps* originariamente diffuse *Uber Black* e *Uber Van* (che utilizzano berline fino a 4 posti e minibus da 5 posti), che ricorrono ad autisti NCC disponibili all'erogazione del servizio; dall'altro, la *app Uber Pop*, attraverso cui ogni utente dell'applicazione è potenziale conducente della propria vettura e quindi erogatore del servizio. L'applicazione *Uber Pop*, come detto, non si rivolge esclusivamente ad autisti professionisti e consente a tutti coloro che lo desiderino di mettere a disposizione la propria automobile e la propria guida per offrire un passaggio ad altri, dando

<sup>6</sup> Sul tema, M. Colangelo, V. Zeno Zencovich, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, 43 ss.

vita ad una *smart community* di autisti e passeggeri di cui ancora la legislazione non ha chiarito se vadano considerati alla stregua di servizi offerti dalla *sharing economy*<sup>7</sup>, ovvero servizi a prestazione onerosa offerti in regime di concorrenza sleale.

### 2. I problemi da risolvere tra contenzioso giurisdizionale e obiettivi di regolazione

Ciò che accomuna i due servizi dalla *start-up Uber* è l'aver innescato, non soltanto in Italia, forti reazioni nei tradizionali operatori del settore che sono assoggettati a una rigida regolamentazione dell'attività, giustificata anche al fine di garantire la tutela dell'utenza. In particolare, a *Uber Black* e *Uber Van*, viene tradizionalmente contestata la violazione dell'obbligo di rientro in rimessa e di partenza dalla stessa per ogni corsa, anche se il giudice tende ad affermarne la legittimità<sup>8</sup>; a *Uber Pop*, invece, sono state mosse diverse

<sup>7</sup> Si pensi anche agli analoghi servizi offerti tramite le *apps Letz go* e *Blabla car* ovvero, con riferimento ad altri settori economici, ai servizi offerti da *Air Bed & Breakfast* o al *crowd-funding*. Si tratta di fenomeni privi di una copertura normativa nonostante siano un fenomeno sociale condiviso, per i quali occorrerebbe più regolamentazione e meno repressione, se non altro per l'impossibilità di confinare in recinti giuridici l'innovazione tecnologica. In proposito, si ricordino le iniziative volte a favorire la mobilità sostenibile, tra cui la l. n. 340/2000, recante "Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1999" che, all'art. 22, c. 1, richiama il *car pooling* tra gli strumenti dei Piani di mobilità urbana delle amministrazioni locali; il d. del Ministero dell'Ambiente, della Tutela del Territorio e del Mare del 3 agosto 2007, contenente il "Programma di finanziamenti per il miglioramento della qualità dell'aria nelle aree urbane per il potenziamento del trasporto pubblico" che, all'art. 2, co. 7, fa riferimento al *car pooling* tra gli strumenti complementari al trasporto pubblico locale a cui possono essere destinati finanziamenti pubblici; il d. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1° febbraio 2013, recante misure in materia di "Diffusione dei sistemi di trasporto intelligenti (ITS) in Italia", adottato in attuazione della dir. 2010/40/UE per la diffusione dei sistemi di trasporto intelligente che, all'art. 6, co. 1, lett. l), invita gli enti locali a promuovere la diffusione del *car pooling* quale strumento di *smart mobility* nei centri urbani. Si veda anche il disegno di legge C2436, presentato il 6 giugno 2014, contenente "Modifiche all'articolo 23 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, e altre disposizioni per la promozione dell'uso condiviso di veicoli privati", attualmente in corso di esame al Senato della Repubblica, commissione Trasporti, poste e telecomunicazioni.

<sup>8</sup> In Italia, si ricordi l'annullamento della determina dirigenziale n. 209/2013 del Comune di Milano che aveva imposto a servizi come *Uber* di attendere la chiamata del cliente nella propria rimessa, su cui il giudice amministrativo ha concesso la sospensiva (decr. Pres. Tar Lombardia, Milano, 11 ottobre 2013, n. 1105, confermato dal collegio con ordinanza del

censure nel contesto europeo (Belgio, Francia, Germania, Italia, Olanda e Spagna) per il mancato rispetto delle norme atte a proteggere il consumatore sul versante della sicurezza, con particolare riferimento alla tutela della sicurezza della circolazione stradale e dell'incolumità dei passeggeri<sup>9</sup>.

23 ottobre 2013, n. 1131), ritenendo la scelta "irrazionale alla luce del progresso della tecnica". Poi il Comune ha disposto in data 14 febbraio 2014 la cessazione degli effetti della determina dirigenziale oggetto di impugnazione così che è risultata improcedibile per cessazione della materia del contendere (Tar Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2014, n. 1201), anche se, data la notevole distanza di tempo dall'adozione del provvedimento impugnato e l'ordinanza cautelare, la p.a. è stata condannata al pagamento delle spese processuali. Anche il *Conseil d'État*, con sentenza del 17 dicembre 2014, ha annullato il decreto ministeriale *Ayraul* n. 2013-1251 del 27 dicembre 2013 che obbligava gli operatori del servizio NCC al ritorno in rimessa al termine di ogni corsa limitando la concorrenza rispetto ai taxi (già definita *preoccupante* dall'*Autorité de la Concurrence*) e ad attendere almeno quindici minuti tra la prenotazione del cliente e l'inizio del servizio effettivo. Il *Conseil d'État*, che aveva già rilasciato sospensiva con ordinanza n. 374524 del 5 febbraio 2014, ha annullato il d.m. affermando che il Governo non è tenuto ad aggiungere al regime NCC nuove condizioni restrittive per la loro attività.

<sup>9</sup> Il Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, ha adottato un'ordinanza nell'ambito del procedimento cautelare iscritto al n. 16612/2015, del 25 maggio 2015, promosso da alcune società che gestiscono i servizi di radio taxi, alcuni operatori del servizio taxi, alcune organizzazioni sindacali e associazioni di categoria del settore taxi a livello locale, attraverso cui era stata richiesta l'inibizione di *Uber* dall'utilizzo del servizio *Uber Pop* con conseguente blocco e/o oscuramento del sito web e dell'applicazione informatica. Ad avviso del giudice la creazione della *app Uber Pop* consisterebbe nell'offerta di un servizio del tutto equiparabile a quello di un radio taxi e qualificabile alla stregua di condotta di concorrenza sleale, posto che la violazione delle norme pubblicistiche consentirebbe alle società resistenti di acquisire un vantaggio concorrenziale, espresso nella possibilità per gli autisti aderenti al servizio di non sostenere determinati costi indispensabili per fornire regolarmente il servizio taxi, e contemporaneamente di offrire nel mercato il medesimo servizio a prezzi inferiori rispetto alle tariffe praticate dagli operatori di servizio pubblico. Così, nonostante la contestazione da parte delle società resistenti dell'equiparazione di *Uber Pop* ad un servizio di trasporto di taxi, in quanto si tratterebbe a loro avviso di un'applicazione informatica utile a favorire forme di trasporto condiviso realizzate direttamente dagli utenti, il Tribunale di Milano ha ritenuto che la predisposizione e l'utilizzazione dell'*app Uber Pop* integri la fattispecie di illecito concorrenziale di cui all'art. 2598, c. 3, c.c., dal momento che l'operatività degli autisti di *Uber Pop* al di fuori del regime amministrato a cui sono sottoposti gli operatori del servizio taxi e di NCC comporta un effettivo vantaggio concorrenziale idoneo a determinare uno sviamento di clientela indebito ed ha emesso provvedimenti di inibitoria che investono l'utilizzazione della *app*. L'ordinanza è stata poi confermata in sede di reclamo il 9 luglio 2015 con cui è stato disposto il blocco del servizio offerto da *Uber Pop* su tutto il territorio nazionale. Ancora, il *Conseil Constitutionnel*, déc. n. 2015-484 del 22 settembre 2015, ha deciso una questione di costituzionalità posta in relazione al caso *Uber*, ritenendo conforme alla Costituzione l'art. L. 3124-13, co. 1, *Code des transports*, come modificato dalla l. 1° ottobre 2014, n. 2014-1104, relativa al settore taxi e NCC che, nel prevedere una

## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

Passando dal piano giurisdizionale a quello regolatorio, quanto ai servizi *Uber Black* e *Uber Van*, che come detto si differenziano per la diversa tipologia di conducenti e di veicoli utilizzati, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato<sup>10</sup> ha confermato la loro legittimità, in assenza di una specifica normativa, ricordando più volte che si tratterebbe di un fenomeno volto a favorire, tramite l'innovazione tecnologica, l'incontro tra la domanda di trasporto privato e l'offerta data da autisti dotati di autorizzazione NCC. La stessa Autorità ha segnalato, inoltre, con riferimento ai suddetti servizi, la portata restrittiva della l. n. 21/1992 (artt. 3 e 11) in quanto, attraverso l'obbligo di acquisizione del servizio dalla rimessa e di ritorno in rimessa a fine corsa, è volta a restringere la concorrenza tra soggetti che offrono servizi di NCC che dispongono di un'autorizzazione e di una rimessa nel territorio del Comune in cui operano e coloro che operano in un Comune diverso.

Invece, con riferimento al servizio offerto tramite l'applicazione *Uber Pop*, che mette in comunicazione domanda di mobilità e autisti non professionisti, già il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>11</sup> – rispondendo ad un quesito posto dal Ministero dell'Interno su cui ha chiesto peraltro il rilascio di avviso all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato<sup>12</sup> e all'Auto-

regolamentazione particolare per l'attività di trasporto particolare di persone a titolo oneroso in modo da garantire chiarezza dei diritti ed obblighi delle parti e una concorrenza leale nel mercato, afferma che «Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 300.000 e. d'amende le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent aux activités mentionnées à l'article L. 3120-1 sans être ni des entreprises de transports routier pouvant effectuer les services occasionnels mentionnés au chapitre II du titre Ier du présent livre, ni des taxis, des véhicules motorisés à deux ou trois roues ou des voitures de transport avec chauffeur au sens du présent titre», ritenendo che il servizio *Uber Pop* lanciato in Francia nel febbraio 2014, consistente nella condivisione di un veicolo guidato da un soggetto non professionista a cui si deve una remunerazione leggermente inferiore alle tariffe proposte dai tassisti, non abbia nulla a che vedere con l'attività NCC – attività svolta da professionisti e soggetta a regolamentazione – e si inquadri quale «activité de taxi clandestin», espressione dell'«économie collaborative» in cui alcune *start-up* provvedono a mettere in relazione domanda e offerta che appartengono alla stessa *community*.

<sup>10</sup> AS501 – *Disciplina dell'attività di noleggio con conducente (disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, del 20 febbraio 2009; AS683 – Disciplina dell'attività di noleggio con conducente, del 27 aprile 2010; AS1137 – Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2014, del 4 luglio 2014.*

<sup>11</sup> Cons. St., sez. I, parere interlocutorio, adunanza di sezione 27 maggio 2015, n. 757. Attesa la poliedricità delle questioni sottese, la Sezione ha ritenuto utile acquisire gli avvisi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità di regolazione dei trasporti, sospendendo l'emanazione del parere in attesa del richiesto adempimento.

<sup>12</sup> AS1222 – *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*, del 29 settembre 2015.

rità per la regolazione dei trasporti<sup>13</sup> –, a proposito dell'applicabilità della l. n. 21 del 1992 alle nuove forme di organizzazione e gestione telematica del trasporto di persone mediante autoservizi, in assenza di una specifica disciplina, ha riconosciuto la legittimità della *app*, senza con ciò escluderne l'applicazione di norme pubblicistiche (in specie del Codice della strada) al fine di tutelare la sicurezza stradale o l'incolumità dei passeggeri.

Anche l'Autorità di regolazione dei trasporti ha manifestato i primi segnali di insofferenza rendendo nota la propria posizione in più di una occasione: dapprima, ricordando che intende promuovere una regolazione che incentivi lo sfruttamento di economie di scala e di integrazioni intermodali e favorisca l'innovazione tecnologica e lo sviluppo dei mercati, in modo da poter garantire una maggiore protezione dell'utenza<sup>14</sup>; poi, proponendo una riforma del comparto del servizio taxi volta a consentire la flessibilità del sistema tariffario (con la possibilità di praticare sconti), la riconduzione alla forma giuridica dell'imprenditore privato (oggi consentita soltanto per gli esercenti del servizio NCC), l'eliminazione del divieto di cumulo di più licenze in capo allo stesso esercente, la rimozione delle restrizioni previste da alcuni regolamenti comunali e atti convenzionali degli organismi di gestione del servizio di radio-taxi (che spesso impongono agli aderenti di acquisire le corse solo tramite la cooperativa o il consorzio di riferimento, piuttosto che godere dei vantaggi offerti dai servizi tecnologici innovativi), nonché una riforma del comparto NCC recante l'abolizione dell'obbligo di rientro in rimessa dopo ogni singolo servizio<sup>15</sup>.

La realizzazione di tali modifiche, secondo quanto segnalato dall'Autorità, deve passare necessariamente attraverso una nuova visione della "territorialità" del servizio, che vada oltre il solo ambito comunale, atta a rimettere alle Regioni l'individuazione di ambiti territoriali ottimali di gestione dei servizi taxi e NCC in ragione dei contesti economici, culturali e turistici dei territori, la previsione del numero di taxi e NCC e i criteri per la determinazione delle tariffe. Del resto, ad avviso dell'Autorità per la regolazione dei trasporti<sup>16</sup>, occorre distinguere due diverse formule di condi-

<sup>13</sup> Autorità per Regolazione dei Trasporti, *Avviso su parere interlocutorio del Consiglio di Stato*, sez. I, n. 757/2015, del 30 settembre 2015.

<sup>14</sup> Autorità di Regolazione dei Trasporti, *Primo rapporto annuale al Parlamento*, Relazione del Presidente Andrea Camanzi, 16 luglio 2014, p. 12.

<sup>15</sup> Autorità di Regolazione dei Trasporti, *Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità*, del 21 maggio 2015.

<sup>16</sup> Autorità di Regolazione dei Trasporti, *Avviso su parere interlocutorio del Consiglio di Stato*, sez. I, n. 757/2015, cit.

## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

visione di servizi di trasporto tra privati (*car pooling*): da un lato, quelle di natura non commerciale, “di cortesia”, rese in modo non professionale da conducenti che condividono in tutto o in parte, con una o più persone messe in contatto tramite servizi dedicati forniti da intermediari *on-line*, un itinerario prefissato dal conducente proprietario della vettura; dall'altra, le piattaforme che offrono servizi tecnologici per la mobilità su richiesta e con finalità commerciale. In quest'ultimo caso, anche laddove l'attività di conducente sia svolta in modo non professionale, «il servizio è reso ad un prezzo che non serve esclusivamente a condividere il costo dell'itinerario percorso, definito su richiesta del passeggero, bensì anche ad assicurare un margine di profitto alla piattaforma ed al conducente, per quanto contenuto». L'Autorità giunge dunque a considerare tale fattispecie «più facilmente assimilabile a quella di servizi offerti dal radio-taxi che non a quella dei tradizionali servizi di taxi e NCC di cui alla legge n. 21 del 1992». Infatti i radio-taxi, nell'ambito di un regime di esclusiva del rapporto tra ente associativo – generalmente cooperative – e tassisti aderenti, offrono la possibilità di far incontrare domanda e offerta, smistare le chiamate e localizzare il tassista più vicino. In linea con tale visione anche la pronuncia del giudice amministrativo<sup>17</sup> che, annullando la sospensiva concessa in primo grado ad alcune compagnie di radio taxi che avevano impugnato il bando di un'amministrazione comunale per l'istituzione del numero unico di radio-taxi<sup>18</sup> – uno strumento per garantire parità delle armi agli operatori, cercando così di superare la frammentazione tra i tanti e diversi radio taxi esistenti e di promuovere altresì la concorrenza tra taxi e NCC (*Uber drivers* compresi) –, ha ritenuto che «nel bilanciamento dei contrapposti interessi, risulta *oggettivamente prevalente quello pubblico* sotteso alla necessità di assicurare la tempestiva attivazione da parte dell'Amministrazione del *sistema di ricerca taxi di prossimità*».

Pertanto, nel solo ambito di tali servizi (e non dei primi, espressione della *sharing economy* o, se si preferisce, della sussidiarietà orizzontale), per la natura commerciale degli stessi, debbono discendere obblighi giuridici specifici attinenti ai servizi di intermediazione ed ai requisiti del conducente (rispetto a cui dovrebbero essere esenti i servizi “di cortesia”).

L'Autorità ha poi, con riferimento alle piattaforme tecnologiche volte

<sup>17</sup> Cons. St., sez. V, ord. 15 gennaio 2015, n. 257.

<sup>18</sup> A fronte dell'adozione da parte del Comune di Milano del bando per istituire il numero unico del servizio taxi (ottocentocinquantamila euro di investimento) e della relativa impugnazione da parte di alcune compagnie di radio taxi, è intervenuto il TAR Lombardia, Milano, sez. IV, ord. cautelare 14 novembre 2014, n. 1533, sospendendo il bando, anche se poi il Cons. St., sez. V, ord. 257/2015, ha annullato la sospensiva.

a favorire l'interconnessione tra passeggeri e conducenti, proposto la regolazione dei «servizi tecnologici per la mobilità – STM» all'interno della l. n. 21/1992, applicabile alle sole piattaforme che forniscono servizi remunerativi di natura commerciale (e non anche ai fenomeni di *car pooling* ascrivibili alla *sharing economy*), suggerendo l'obbligo di registrazione nella Regione in cui è erogato il servizio, il ricorso a conducenti non professionisti ma in possesso di determinati requisiti (idoneità professionale, utilizzo di veicoli dotati di determinate caratteristiche e di assicurazione RC auto), la previsione in modo trasparente delle tariffe, l'adesione alla carta dei servizi predisposta secondo criteri stabiliti dall'Autorità di regolazione dei trasporti e a metodi di risoluzione alternativa delle controversie<sup>19</sup>.

Anche l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato<sup>20</sup>, ha richiamato alla necessità di «disciplinare al più presto l'attività di trasporto urbano svolta da autisti non professionisti attraverso le piattaforme digitali per *smartphone* e *tablet*», seppur con una tecnica “meno invasivo possibile”, al fine di regolamentare tali nuove forme di trasporto di linea e consentire un ampliamento delle modalità di offerta del servizio a vantaggio del consumatore. L'Autorità ha auspicato quindi ad una regolamentazione che possa garantire la concorrenza, la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri (attraverso il controllo sui requisiti richiesti agli operatori, visite meccaniche di controllo periodiche sui veicoli e la predisposizione di adeguate misure assicurative in caso di danni alla persona), definire un “terzo genere” di autisti oltre a quelli di taxi e degli NCC (attraverso cui potrà essere garantita una migliore copertura di domanda spesso insoddisfatta) e promuovere (nella misura in cui si disincentiva l'uso del mezzo privato) il decongestionamento del traffico urbano.

Nella stessa direzione, in occasione dell'audizione alla Camera dei Deputati sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, il Presidente dell'Autorità *antitrust*<sup>21</sup>, ha ricordato che già «l'Autorità, ha formulato

<sup>19</sup> Tali intermediari, auspica l'Autorità per la regolazione dei trasporti, dovrebbero essere sottoposti ad iscrizione ad un apposito registro su base regionale e ove il conducente non sia sottoposto a regime di licenza o di autorizzazione dovrebbe figurare quale lavoratore occasionale soggetto al rispetto di un tetto massimo di reddito annuale e ad un limite di lavoro settimanale non eccedente le quindici ore. Inoltre, dovrebbero dotarsi di una assicurazione aggiuntiva per la copertura dei danni al trasportato, fissare i corrispettivi in modo chiaro e trasparente ed effettuare verifiche periodiche su autisti e autovetture che non dovrebbero risultare immatricolate da più di sette anni. Cfr., Autorità di Regolazione dei Trasporti, *Avviso su parere interlocutorio del Consiglio di Stato, sez. I, n. 757/2015*, cit.

<sup>20</sup> AS1222 – *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*, cit.

<sup>21</sup> Audizione parlamentare alla Camera dei Deputati del Presidente dell'Autorità ga-



## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

alcune proposte di modifica della l. 21/1992, che regola il settore dei trasporti non di linea, allo scopo di abolire gli elementi di discriminazione competitiva tra servizio taxi e attività di noleggio con conducente, in una prospettiva di piena sostituibilità tra i due servizi». Più in particolare, l'Autorità ha auspicato l'abrogazione delle limitazioni territoriali previste per l'esercizio del servizio di NCC, formulando altresì valutazioni di carattere generale sulla legge n. 21/1992, volte a rimarcare come l'inadeguatezza del complesso delle norme vigenti emerga anche in considerazione delle nuove possibilità offerte dalle piattaforme di comunicazione *on-line* tra utenti e operatori NCC e taxi, che agevolano la comunicazione tra domanda e offerta di mobilità, consentendo un miglioramento della mobilità di offerta di trasporto di passeggeri non di linea, in termini sia di qualità sia di prezzi», specificando come la legge annuale per la concorrenza rappresenti una occasione unica per modificare in un'ottica pro-concorrenziale la normativa sui servizi di trasporto pubblico non di linea. La stessa richiesta è stata ribadita in occasione dell'audizione al Senato della Repubblica sulla legge annuale per il mercato e la concorrenza<sup>22</sup>, in cui lo stesso Presidente ha rimarcato la mancanza di una «disposizione tesa a regolamentare la complessa questione dei rapporti tra servizio taxi, NCC e nuove piattaforme di connessione tra domanda e offerta di mobilità», ricordandone la forte necessità, anche per il fatto che alcune amministrazioni comunali, da un lato, continuano ad adottare regolamenti volti ad introdurre ostacoli territoriali all'operatività degli NCC<sup>23</sup> e, dall'altro, disciplinano l'attività dei taxi con mo-

rante per la concorrenza e il mercato sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (n. C3012), del 24 giugno 2015.

<sup>22</sup> Audizione parlamentare al Senato della Repubblica del Presidente dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (n. S2085), del 28 ottobre 2015.

<sup>23</sup> Si veda il caso della del. della Giunta Capitolina del 30 dicembre 2014, n. 379, come modif. dalla successiva del. 16 marzo 2015, n. 79, con cui è stata subordinata l'entrata nel territorio comunale ai titolari di autorizzazione di NCC rilasciata da enti diversi dal Comune di Roma alla comunicazione preventiva di una serie di dati attestanti il rispetto dei requisiti di legge richiesti per lo svolgimento dell'attività, di dati relativi al singolo servizio e al relativo committente, in AS1187 – *Comune di Roma, Accesso nel territorio comunale dei veicoli NCC autorizzati da altri Comuni*, del 22 aprile 2015. Nella stessa linea, AS501 – *Disciplina dell'attività di noleggio con conducente (disegno di legge di conversione in legge, con modif., del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, del 20 febbraio 2009; AS683 – Disciplina dell'attività di noleggio con conducente, del 27 aprile 2010; AS948 – Comune di Roma, disposizioni in materia del servizio di noleggio con conducente, del 17 maggio 2012*. In tali segnalazioni l'Autorità ritiene le delibere comunali fortemente anticoncorrenziali dal momento che ostacolano la possibilità di effettuare il servizio per i titolari di autorizzazione all'esercizio di NCC rilasciate da altri Comuni, depri-

dalità non conformi ai principi *antitrust* circa i profili di organizzazione e svolgimento dei servizi (turni, adesione al servizio radiotaxi, ecc.).

Tuttavia il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza continua a non prestare attenzione alla regolazione dei trasporti pubblici non di linea e a sacrificare ogni tentativo di liberalizzazione<sup>24</sup>.

La vacanza di un preciso quadro regolatorio nel settore rileva anche ai fini dell'applicabilità dell'apparato sanzionatorio previsto dalla l. n. 21/1992 e dal Codice della Strada<sup>25</sup>, in particolare a fronte di alcune pronunce giurisprudenziali<sup>26</sup> che omettono ogni riferimento alla natura pubblica o pri-

mendo l'offerta nel territorio comunale. Si veda anche AS 1137, *Segnalazione ai fini della l. annuale per il mercato e la concorrenza*, assegnato al Senato il 3 aprile 2015, cit. Tali obblighi sono il frutto delle modifiche apportate alla l. n. 21/1992 dal d.l. n. 207/2008, conv. in l. n. 14/2009, che hanno determinato una diminuzione dell'offerta di servizio NCC proprio quando l'innovazione tecnologica avrebbe consentito una più facile integrazione tra i due servizi a beneficio della domanda. Proprio con riferimento ad alcune restrizioni apportate con delibera di Roma Capitale al settore NCC per le zone a traffico limitato, si ricordi che in merito alla legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (art. 21-bis, l. n. 287/1990, introdotto con d.l. n. 201/2011), la prima giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio, Roma, sez. II, sent. 6 maggio 2013, n. 4451) ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'Autorità perché non preceduto dall'emissione del parere motivato richiesto dalla normativa.

<sup>24</sup> Sui tentativi incompiuti di liberalizzazione nel nostro ordinamento, si veda M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il Dir. dell'Economia*, 2012, 507 ss. e la bibliografia ivi citata dall'A.

<sup>25</sup> Il d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, "Nuovo Codice della Strada", all'art 85, c. 4, prevede che «chiunque adibisce a noleggio con conducente un veicolo non destinato a tale uso ovvero, pur essendo munito di autorizzazione, guida un'autovettura adibita al servizio di noleggio con conducente senza ottemperare alle norme in vigore, ovvero alle condizioni di cui all'autorizzazione, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 168 a euro 674 e, se si tratta di autobus, da euro 419 a euro 1.682. La violazione medesima importa la sanzione amministrativa della sospensione della carta di circolazione per un periodo da due a otto mesi, secondo le norme del capo I, sezione II, del titolo VI". Inoltre, l'art. 86, co. 2, prevede che "Chiunque, senza avere ottenuto la licenza prevista dall'articolo 8 della legge 15 gennaio 1992, n. 21, adibisce un veicolo a servizio di piazza con conducente o a taxi è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.761 a euro 7.045. Dalla violazione conseguono le sanzioni amministrative accessorie della confisca del veicolo e della sospensione della patente di guida da quattro a dodici mesi, ai sensi delle norme di cui al capo I, sezione II, del titolo VI. Quando lo stesso soggetto è incorso, in un periodo di tre anni, in tale violazione per almeno due volte, all'ultima di esse consegue la sanzione accessoria della revoca della patente. Le stesse sanzioni si applicano a coloro ai quali è stata sospesa o revocata la licenza».

<sup>26</sup> Si veda la pronuncia del Giudice di Pace di Genova, sentenza 2 febbraio 2015, n. 509, che ha avuto ad oggetto la richiesta di annullamento (accolta) di un verbale di accertamento di violazione del Codice della strada, secondo cui la condotta di un autista è stata ri-

## **innovazione tecnologica e regolazione incompiuta**

vata del servizio prestato e di fattispecie in cui ad erogare il servizio di trasporto non di linea non sono più soltanto gli operatori del servizio taxi e di NCC.

Pertanto, la disciplina quadro del servizio di trasporto non di linea, messa alla prova dell'innovazione tecnologica, mostra i segni del tempo e richiama alla necessità di verificare se le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea siano ammesse o vietate e, nella prima ipotesi, se siano ad esse applicabili i principi della legge quadro – con il relativo apparato sanzionatorio –, ovvero se debbano considerarsi espressione della libertà contrattuale delle parti. Tale incertezza perdurerà sino a quando il Legislatore non interverrà con una disciplina che sia in grado di ricomprendere nel proprio alveo tutta la possibile gamma di servizi di trasporto, a prescindere dalla loro qualifica come pubblici o privati.

### **3. Le soluzioni aperte tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo**

In un tale contesto non stupisce che gli operatori tradizionali del settore si siano spinti a denunciare pratiche di concorrenza sleale richiamando l'intervento dei giudici nazionali e il coinvolgimento della Corte di Giustizia dell'UE. Il punto è che a fronte di incisivi interventi giudiziari e scarsi interventi legislativi, appare lecito chiedersi se non sia necessario invocare una regolamentazione europea di un settore che, da un lato, ha conosciuto forme evolutive di servizi tradizionalmente offerti e, dall'altro, ha dato vita a nuovi servizi espressione della Società dell'informazione<sup>27</sup>.

tenuta non violativa dell'art. 86, Codice della Strada (servizio di piazza con autovetture con conducente o taxi), come contestato dalla polizia municipale, ma dell'art. 85, Codice della Strada, in tema di servizio di noleggio con conducente esercitato da parte di soggetto non avente la relativa autorizzazione, pur senza affrontare il dubbio di fondo circa la possibilità o meno di applicazione in via analogica delle sanzioni previste dal Codice della strada a fattispecie atipiche e senza dirimere il dubbio in merito alla natura giuridica di trasporto pubblico o meno. Si veda, inoltre, la pronuncia del Giudice di Pace di Milano, 2 aprile 2015, n. 4907, che invece ha assolto il conducente – aderente al servizio atipico in questione – dalle sanzioni previste dagli artt. 85-86, Codice della strada, basando la propria motivazione sull'assenza dell'elemento psicologico della colpa nella commissione del fatto contestato.

<sup>27</sup> Il riferimento è alla Strategia definita in occasione del Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000, secondo cui è obiettivo prioritario dell'Unione europea (allora Comunità) «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale». La Strategia di Lisbona era stata anticipata dalla

Tali servizi, infatti, a prescindere dalla loro natura giuridica, consentono la realizzazione di fatto di obiettivi cruciali per l'ordinamento europeo: il compimento della libertà di circolazione delle persone e della libertà di stabilimento; l'apertura alla concorrenza di determinati servizi di trasporto non di linea; l'attuazione di uno dei principali strumenti delle *smart cities* promosse dall'Agenda digitale europea<sup>28</sup> (i cd. trasporti intelligenti).

Nello spazio giuridico europeo gli intrecci tra ordinamenti nazionali e ordinamento UE sono stati prontamente colti dai giudici nazionali tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale<sup>29</sup>.

In attesa dell'intervento del giudice interprete dei Trattati, le questioni sollevate dai giudici nazionali riguardano la natura dei servizi tecnologici per la mobilità (nelle fattispecie, il caso della *app Uber Pop*) attraverso cui si realizza un'attività di intermediazione tra il proprietario di un veicolo e la persona che deve effettuare spostamenti all'interno di una città – attività avente fini di lucro e ricorrente all'applicazione di strumenti informatici che consentono di agevolare l'incontro tra domanda e offerta –, ovvero se possano essere ricondotti ad una mera attività di trasporto, per cui ne dovrebbe essere considerata l'interferenza con i servizi tradizionali offerti in regime di obblighi di servizio pubblico (con le dovute forme di controllo sull'accesso al servizio), ovvero un servizio telematico di intermediazione, o ancora un servizio tipico della Società dell'informazione ai sensi della normativa comunitaria.

Tuttavia, posto che la direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, all'art. 2, par. 2, lett. *d*), esclude le attività di trasporto dall'ambito di applicazione della stessa<sup>30</sup>, la questione riporta all'obbligo o

Comunicazione della Commissione europea dell'8 dicembre 1999, "E-Europe – Una Società dell'informazione per tutti", COM (1999) 687 def. e successivamente è stata rilanciata con la Comunicazione della Commissione "Europa 2020. Una Strategia per una crescita intelligente sostenibile e inclusiva", COM (2010) 2020 def., del 3 marzo 2010.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione europea, "Un'Agenda digitale europea", COM (2010) 245 def., del 19 maggio 2010.

<sup>29</sup> CGUE, domanda di pronuncia pregiudiziale del Juzgado de lo Mercantil, n° 3, Barcellona, 7 agosto 2015, in C-434/15, nell'ambito di una causa sollevata da un'associazione di tassisti di Barcellona (*Asociacion Profesional Élite Taxi*) contro la società *Uber System Spain* con riferimento all'applicazione *Uber Pop*; CGUE, domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunal de Commerce, Bruxelles, 5 ottobre 2015, in C-526/15. Tali cause risultano pendenti al momento in cui si scrive. Si ricordi inoltre la decisione della Commissione europea di lanciare, nel settembre 2015, uno studio giuridico attraverso cui indagare il contesto normativo vigente nei vari Stati membri e accertare se i servizi erogati da *Uber* siano qualificabili quali servizi di trasporto ovvero di comunicazione elettronica.

<sup>30</sup> Con riferimento alla direttiva servizi, si ricordi che nel nostro ordinamento l'art. 3,

## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

meno di considerare tale attività anche solo parzialmente un servizio della Società dell'informazione. Il punto è dirimente dal momento che ove l'attività fosse considerata quale servizio elettronico di intermediazione dovrebbe beneficiare del principio della libera prestazione dei servizi riconosciuto dall'art. 56 TFUE e dalle direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della Società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico") e pertanto ogni limitazione relativa alla libertà di stabilimento e ai regimi autorizzatori sarebbe, in linea generale, da considerarsi restrittiva; tuttavia, nel caso in cui il servizio fosse riconducibile alla dir. 2000/31/CE, si tratterebbe di verificare se le restrizioni imposte da uno Stato membro alla libera prestazione di un servizio elettronico di intermediazione subordinandone l'esercizio al rilascio di un'autorizzazione o licenza, ovvero sotto forma di provvedimento giudiziale di cessazione della prestazione del servizio elettronico di intermediazione basato sulla normativa interna in materia di concorrenza sleale, possano rientrare tra le misure in deroga alla dir. 2000/31/CE (ex art. 3, par. 4)<sup>31</sup>.

Circa la natura del servizio svolto, il Consiglio di Stato ha ricordato come l'operatività di tali servizi da parte del richiedente sia mediata dall'installazione sul proprio *smartphone* di applicazioni informatiche (*apps*) che integrano la conclusione di contratti privatistici tra lo stesso e la società che gestisce la piattaforma e pertanto non si possa ritenere attività di mera mediazione tra prestazione ed offerta di lavoro; tant'è che nella dinamica contrattuale la prestazione del trasporto risulta un'obbligazione diretta della società, che offre altresì servizi complementari di tipo finanziario, telematico

co. 11-*bis*, l. 148/2011 per la conversione, con modif., del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, ha espressamente previsto che i servizi di taxi e NCC svolti con veicoli di categoria M1 (veicoli destinati al trasporto di persone, aventi al massimo otto posti a sedere oltre al conducente), sono esclusi dall'abrogazione delle restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento in conformità alla dir. 2006/123/CE, confermando quanto già previsto all'art. 6, d.lgs. 59/2010, per il recepimento della direttiva servizi che, con riferimento ai "servizi di trasporto", aveva già escluso che le disposizioni contenute nel decreto si applicassero anche ai servizi di trasporto urbani di taxi.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 4, dir. 2000/31/CE, per quanto concerne i servizi della Società dell'informazione, gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga in presenza di determinate condizioni, tra cui, la necessità di tutelare la pubblica sicurezza, la salvaguardia della sicurezza e la tutela dei consumatori. A livello politico, si ricordi che già l'ex commissario europeo Neelie Kroes aveva supportato le ragioni della *app* invitando i regolatori nazionali a consentire l'operatività delle innovazioni digitali quali *Uber*, lasciando implicitamente supporre la natura di servizio telematico di intermediazione ovvero di servizio della Società dell'informazione.

ed eventualmente legale<sup>32</sup>. La società di gestione, infatti, introita l'intero corrispettivo e, detratta una parte che viene trattenuta quale compenso per i servizi di competenza, provvede ad accreditare il restante al prestatore del trasporto. Nella prestazione del servizio di trasporto così delineata, dato che anche il pagamento è mediato dalla società che gestisce la piattaforma, non si creerebbe alcun legame contrattuale diretto tra richiedente e prestatore del trasporto e il sistema informatico verrebbe a rappresentare la struttura portante dell'operatività dell'intero negozio giuridico atipico rispetto a quelli attualmente regolati. Infatti, l'attività di geo-localizzazione, la necessità di pagamento in modo elettronico, la facoltà di differimento del pagamento attraverso l'utilizzo di strumenti elettronici e l'eventuale assistenza legale, non costituiscono aspetti accessori rispetto al servizio di trasporto, ma elementi costitutivi senza i quali non sarebbe possibile offrire un servizio con quelle peculiarità<sup>33</sup>.

Su queste basi, sembrerebbe delinearci una soluzione mediana riconducibile a servizi tecnologici per la mobilità di cui il trasporto costituisce una tra le componenti del servizio offerto.

Il quadro magmatico in cui si muovono ordinamenti nazionali e ordinamento UE, al di là della qualificazione della natura del servizio e quindi della rilevanza acquisita in ambito comunitario, non ci esime da una considerazione di fondo secondo cui dietro al mercato dei servizi di trasporto non di linea si muovono bisogni di regolazione tipici dello spazio economico europeo e obiettivi di realizzazione della Società dell'informazione non certamente disgiunti da interessi sociali. Basti pensare all'obiettivo di realizzare *smart cities*, il cui ambito operativo si basa sull'uso della tecnologia e sull'implementazione dei servizi digitali in una logica di interoperabilità<sup>34</sup>. Ed invero, è stato ricordato che i «pilastri abilitanti» su cui deve fondarsi la *smart city* sono: «tecnologie e strumenti per l'efficienza ener-

<sup>32</sup> Si veda la relazione del Consiglio di Stato presentata ai fini del rilascio del parere richiesto dal Ministero dell'Interno, sez. I, parere interlocutorio, adunanza di sezione 27 maggio 2015, n. 757.

<sup>33</sup> Dal punto di vista giuridico, ha ricordato il Consiglio di Stato in sede consultiva, il negozio atipico in questione si potrebbe descrivere come una fattispecie doppiamente bilaterale che pone al vertice di due distinti rapporti non connessi direttamente tra loro la società che gestisce la piattaforma informatica, che è legata, da un lato, da una prestazione sinallagmatica con il fruitore del servizio di trasporto ed annessi servizi telematici e finanziari e, dall'altro, al trasportatore a cui riconoscerà una parte del compenso ricevuto quale remunerazione dell'attività in favore di terzi esercitata.

<sup>34</sup> Sul tema si veda, A. Pensi, *L'inquadramento giuridico delle "città intelligenti"*, in *Giustamm.it*, 9/2015; A. Casinelli, *Le città e le comunità intelligenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 240 ss.

## innovazione tecnologica e regolazione incompiuta

getica e integrazione di fonti rinnovabili; diffusione di piattaforme tecnologiche e di connettività per creare i nuovi sistemi di servizi digitali; nuovi servizi digitali per migliorare la qualità di vita e di lavoro di cittadini e imprese; adeguamento delle infrastrutture e *redesign* urbano; educazione e formazione di cittadini, imprese e settore pubblico alle competenze digitali; un modello di sostenibilità economica e finanziaria per gli investimenti”<sup>35</sup>. Inoltre, risulta essenziale l’aspetto della condivisione: sono *smart* solo le iniziative in cui viene messo in comune un fattore, uno spazio, una prestazione, una risorsa, una tecnologia e, soprattutto, un complesso di informazioni<sup>36</sup>.

Il ruolo del potere pubblico è pertanto quello non già di organizzare un’offerta di prestazioni sul mercato, bensì, da un lato, di consentire alle spinte che nascono dalla società di esprimersi al meglio, con l’obiettivo di includere, valorizzare il capitale umano e favorire lo sviluppo economico delle città<sup>37</sup> e, dall’altro, di favorire e promuovere l’innovazione tecnologica in modo da consentire benefici all’intero settore economico.

Il vero pericolo è che cercando di contenere dentro a determinati steccati lo sviluppo tecnologico, da un lato, e di scongiurare la diffusione di comunità *social*, dall’altro, si rischi di non uscire da un’*impasse* sistemica in cui i consumatori e gli utenti non sono posti, dall’ordinamento giuridico, nelle condizioni di essere pienamente inclusi tra i beneficiari dei vantaggi derivanti dal progresso tecnologico. Come dire, in attesa di regolamentazione, non basta appartenere ad una *community* per essere *smart*!

### *Abstract*

*In Italy, as many other countries, the recent widespread use of information technologies applied to passenger mobility has had significant effects on both users’ demand and behavior and the availability of non-scheduled local transport services, highlighting that it would be appropriate to regulate the technology platforms that mediate between supply and demand (the technology mobility services) and remove some of the constraints associated with the provision of taxi and car and driver hire (C&DH) services.*

*With respect to these new systems, the widespread dissemination of highly com-*

<sup>35</sup> Parere di iniziativa del Comitato economico e sociale europeo, “Le città intelligenti quale volano di sviluppo e di una nuova politica industriale”, presentato il 1° luglio 2015.

<sup>36</sup> Sul punto, F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart city: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, 25 novembre 2015, p. 8

<sup>37</sup> F. Fracchia, P. Pantalone, *ivi*, p. 11.

*petitive technologies allowed to activate specific online and mobile service platforms that interconnect demand and supply and, thanks to geo-localization, identify and make available on demand the closest vehicles means. So essentially, other than taxi services and C&DH services there are also systems based on the flexibility and sharing of resources attributable to the so-called sharing economy, such as technology mobility services and other innovative mobility systems, including bike sharing, car sharing and car pooling.*

*It is necessary to distinguish two cases in the car pooling formula: on the one hand, platforms promoting forms of shared transport services of a non-commercial, provided in a non-professional manner by drivers who share, in whole or in part, a predetermined route travelled with their own vehicle, with one or more other persons who get in touch through services provided by intermediaries through technological tools; on the other hand, platforms offering technology intermediation services on demand and for commercial purposes. In the latter case, even if the driver's activities are carried out in an unprofessional manner, the service is provided at a price that does not merely covers the cost of the travelled route, defined at the passenger's request, but also ensures a profit margin to platform and driver, albeit at an affordable cost (such as Uber Pop). The spread of the phenomenon caused an increased of the disputes between taxi drivers, C&DH service operators and non-professional drivers.*

*Moreover these services are also excluded from the scope of the directive 2006/123/EC on services in the internal market. Therefore it needs to be assessed on a case by case basis whether the conditions imposed by national authorities of the Member States for the provision of taxi drivers and C&DH service operators in any way contravene the legislative and regulatory framework.*

*Moving from the foregoing considerations, it would seem necessary to regulate the sector of non-scheduled road transport passenger services based on the technological innovation and the relevant aspects concerning, inter alia, public order and civil and tax regulations.*



VALERIO TURCHINI

## IL CASO *UBER* TRA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI, VINCOLI INTERNI E SPINTE CORPORATIVE

SOMMARIO: 1. *L'affaire Uber Pop*. – 2. La vicenda processuale e le ordinanze del Tribunale di Milano. – 3. Le soluzioni adottate in altri Paesi. – 4. Concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche: l'art. 2598 c.c. come fattore di stimolo della concorrenza – 5. Il rapporto di concorrenza e la qualificazione dei servizi offerti da *Uber* come trasporto pubblico. – 6. Il rinvio pregiudiziale del *Juzgado Mercantil* di Barcellona: trasporto non di linea o servizio della società dell'informazione? – 7. Certezze e dubbi in Italia in attesa del legislatore. – 8. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. *L'affaire Uber pop*

La società *Uber* è un'importante multinazionale statunitense di trasporti fondata nel 2009 a San Francisco, il cui valore si aggira sui sessanta miliardi di dollari<sup>1</sup>. Il suo *core business* consiste nel fornire un servizio di trasporto automobilistico attraverso un'applicazione *software* mobile (disponibile e scaricabile direttamente su telefoni cellulari *smartphones* e *tablet*), che mette in collegamento diretto, tramite un sistema di geolocalizzazione, i passeggeri e una rete di autisti che precedentemente hanno stipulato un apposito contratto con la società. Il pagamento, a differenza di un ordinario servizio taxi, viene effettuato dal cliente direttamente tramite carta di credito registrata sul sito internet di *Uber*, che garantisce una percentuale sul costo totale della corsa all'autista (di solito il 70-80%). Tali servizi vengono offerti in molti Paesi e in diverse città italiane. L'ascesa di *Uber* deve essere inquadrata all'interno del più ampio e generale fenomeno di esplosione della *sharing economy*, che negli ultimi anni si è affermata come nuovo ed emergente modello economico alternativo a quelli tradizionali. Fondato su forme di consumo razionale delle risorse, attraverso l'uso o lo scambio di beni piuttosto che sul loro acquisto, tale modello sembra in grado di pro-

<sup>1</sup> [www.forbes.com/sites/danielfisher/2016/05/03/congratulations-uber-youre-all-grown-up-the-class-action-lawyers-want-a-piece-of-you/#12611ae71718](http://www.forbes.com/sites/danielfisher/2016/05/03/congratulations-uber-youre-all-grown-up-the-class-action-lawyers-want-a-piece-of-you/#12611ae71718).

spettare nuove opportunità di crescita e sviluppo<sup>2</sup>. L'elevata diffusione di nuove tecnologie, come i *social media* e gli *smartphones*, ha indubbiamente favorito l'ascesa dell'economia della condivisione, che presenta generalmente (benché manchi una definizione univoca) determinate caratteristiche. La condivisione di un bene o di un servizio, appunto; un rapporto orizzontale, *peer to peer* tra i soggetti coinvolti nello scambio che supera la classica relazione produttore-consumatore; l'operatività di una piattaforma digitale su cui tale relazione e la condivisione di beni o servizi vengono a basarsi e che è soprattutto funzionale a supportare le transazioni commerciali *online*<sup>3</sup>.

La vicenda che in questa sede si analizza prende però le mosse da un diverso e specifico servizio offerto a partire dal 2014 in alcune città italiane (Genova, Torino, Milano e Padova) dalla società californiana, denominato *Uber Pop*. Tramite l'apposita *app* l'utente registrato sul sito web di *Uber* ha la possibilità di inviare una richiesta di trasporto a uno degli autisti affiliati alla società stessa (il più geograficamente vicino all'utente al momento della richiesta), il quale si obbliga a eseguire il viaggio dal luogo di partenza a quello di destinazione precedentemente indicato dal cliente. La differenza rispetto alle ordinarie prestazioni fornite da *Uber*<sup>4</sup>, in cui il trasporto viene eseguito da professionisti titolari delle autorizzazioni necessarie a svolgere il servizio di noleggio con conducente, consiste nel fatto che gli autisti non sono soggetti in possesso di una regolare licenza per trasporto viaggiatori ai sensi della l. 15 gennaio 1992, n. 21<sup>5</sup>, ma sono dei semplici privati che mettono a disposizione di un altro soggetto la propria automobile per effettuare uno spostamento all'interno dei confini cittadini. L'attivazione di questo servizio ha messo in moto una complicata vicenda giudiziaria, apice di un contrasto molto aspro tra le associazioni di categoria dei tassisti e *Uber*; contrasti ancora vivi non solo in Italia ma anche in altri Paesi europei<sup>6</sup>. Bisogna sottolineare come il dibattito pubblico intorno a *Uber* si sia incentrato quasi

<sup>2</sup> È questione complessa e dibattuta, tuttavia, se i servizi offerti da *Uber* rientrino o meno nella definizione di *sharing economy*. Sul punto si tornerà nel par. 2.

<sup>3</sup> In questi termini vengono individuati i tratti distintivi della *sharing economy* nella Proposta di legge n. 3564, 27 gennaio 2016, "Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione dei beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione", in merito alla quale si tornerà nel par. 8. Sul fenomeno in generale si veda R. Botsman, R. Rogers, *What's mine is yours: the rise of collaborative consumption*, New York, HarperCollins, 2010.

<sup>4</sup> Si tratta, tra gli altri, dei servizi denominati *Uber Black*, *Uber X*, *Uber XL* e *Uber Lux*.

<sup>5</sup> "Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea".

<sup>6</sup> Si pensi alle violente proteste e agli scontri verificatisi in Francia, in particolare a Parigi e a Marsiglia, nel gennaio 2016 in occasione di uno sciopero generale delle sigle sindacali dei tassisti transalpini.

esclusivamente sulle resistenze del mondo dei tassisti rispetto a ogni prospettiva di liberalizzazione del settore, senza invece approfondirne il reale impatto sul mercato dei servizi pubblici in termini di vantaggi e costi per la collettività<sup>7</sup>.

Il presente contributo cercherà di porre l'attenzione e approfondire soprattutto due aspetti evidenziati dalla vicenda processuale e dai suoi successivi sviluppi. In primo luogo, verrà approfondito il tema, centrale nella riflessione del giudice italiano, della condotta di *Uber* dal punto di vista concorrenziale. Il punto riguarda la possibilità di riscontrare in tale condotta un episodio di concorrenza sleale o meno ai sensi della disciplina civilistica, considerata da un lato, la posizione di "intermediario" che la società assume nella dinamica *driver*-utente e, dunque, la sua terzietà rispetto al rapporto di concorrenza tra gli autisti affiliati e i guidatori dei taxi; dall'altro, la peculiarità del caso di specie rispetto agli ordinari casi di concorrenza sleale, caratterizzato dalla violazione da parte di *Uber* di regole di matrice pubblicistica-amministrativa.

Secondariamente, appare necessario partire dalla discussa natura dei servizi che la compagnia americana offre, in generale e nel caso più specifico di *Uber Pop*. Occorre accertare, dunque, se sia possibile ricomprendere tali prestazioni all'interno della tradizionale e generale categoria dei servizi di trasporto, oppure se le prestazioni in questione non siano piuttosto un nuovo esempio di servizi della c.d. "società dell'informazione". Da tale scelta dipende la possibilità di considerare l'attività economica di *Uber* in concorrenza con il servizio taxi e con i servizi di trasporto pubblico non di linea in generale, sottratti ai processi di liberalizzazione di matrice europea. Le certezze che il giudice italiano ha dimostrato in questo campo, infatti, non sembrano essere granitiche, come alcune perplessità espresse da organi giurisdizionali esteri e da soggetti istituzionali nazionali dimostrano.

<sup>7</sup> In questo senso, F. Casin, M. Matzner, M. Löchte, V. Wiget, J. Becker, *The Law: The Boon and Bane of IT-enabled Peer-to-Peer Sharing and Collaborative Consumption Services*, in O. Thoms, F. Teuteberg, *Smart Enterprise Engineering-Proceedings der 12. Internationalen Tagung-Wirtschaftsinformatik*, Osnabrück, 333, 2015; B. Rogers, *The social costs of Uber*, 82 *U Chi L Rev/Dialogue* 85 (2015), che a tal proposito sottolinea come un aspetto poco considerato nella discussione pubblica sulla società americana riguarda il fatto che «*Uber* is sparking two major transformations of the car-hire sector. First, it is eliminating various transaction costs that have plagued the sector, particularly search costs, thereby creating something akin to a free market for car-hire services. Second, it is encouraging vertical and horizontal integration of the sector, which is highly fragmented in many cities». Affronta il tema dell'impatto di *Uber* sul mercato del lavoro, per esempio, S. Hill, *The future of work in the Uber economy*, in *Boston Review*, 22 July 2015, disponibile al sito internet [www.bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts](http://www.bostonreview.net/us/steven-hill-uber-economy-individual-security-accounts).

## 2. La vicenda processuale e le ordinanze del Tribunale di Milano

Nel marzo del 2015 alcune società che gestiscono il servizio di radio taxi nelle città in cui *Uber Pop* era attivo, insieme ad alcune sigle sindacali locali degli stessi tassisti, proponevano ricorso *ex art.* 700 c.p.c. al Tribunale di Milano, al fine di inibire l'utilizzo del servizio *Uber Pop*, con conseguente sospensione e blocco del sito internet e della relativa applicazione, per aver commesso atti di concorrenza sleale attraverso l'utilizzo di mezzi contrari alla correttezza professionale, ai sensi dell'art. 2598, c. 3, c.c.<sup>8</sup>. La richiesta dei ricorrenti si fondava su un'interpretazione delle prestazioni in questione come integranti un «servizio del tutto equiparabile a quello di un radio taxi», in cui *Uber* reciterebbe un ruolo da protagonista indispensabile, consistente nel reclutamento degli autisti, nella gestione della fase di messa in contatto tra questi ultimi e i clienti e nella ricezione del pagamento della prestazione di trasporto.

Partendo dall'identità dei due servizi come servizi pubblici non di linea, dunque, i ricorrenti lamentavano come il sistema creato e organizzato da *Uber* fosse in sostanza un servizio di taxi abusivo, dal momento che gli autisti da essa coordinati non rispetterebbero nessuna delle norme pubblicistiche che disciplinano il settore, in primo luogo quelle che richiedono il possesso di un particolare titolo autorizzatorio per esercitare l'attività di trasporto passeggeri e quelle che disciplinano dettagliatamente lo svolgimento

<sup>8</sup> Art. 2598 c.c.: «Ferma le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda».

La prima norma avente a oggetto la repressione di atti di concorrenza sleale risale all'art. 10-*bis* della Convenzione di Unione di Parigi del 1883, nel quale fu previsto che gli Stati aderenti avrebbero esteso ai cittadini appartenenti agli altri Stati le stesse tutele contro gli atti di concorrenza sleale garantite ai propri. La norma, dopo numerose revisioni, è entrata in vigore in Italia nel 1926 per effetto dell'ordine di esecuzione emanato con decreto 10 gennaio 1926, n. 169, convertito successivamente in l. 29 dicembre 1927, n. 2701. Tale disposizione, che rappresenta il fondamento normativo dell'istituto della concorrenza sleale nella sua odierna formulazione codicistica, stabiliva che «costituisce un atto di sleale concorrenza ogni atto di concorrenza contrario agli *usi onesti* in materia industriale o commerciale».

dello stesso<sup>9</sup>. La violazione di queste norme, in conclusione, permetterebbe a *Uber* e ai *drivers* a essa affiliati di conseguire un importante vantaggio concorrenziale, attraverso l'eliminazione di alcuni costi che invece sono necessariamente presenti per il servizio taxi, consentendogli di praticare prezzi nettamente inferiori rispetto a questi ultimi. Pur non violando *Uber* direttamente e materialmente le norme richiamate, essa gestirebbe il sistema a fini di lucro e dovrebbe essere considerato perciò principale autore del comportamento sleale nei confronti del mercato.

La difesa di *Uber* nella prima fase processuale si era strutturata soprattutto sull'identificazione del servizio offerto tramite *Uber Pop* con un servizio di trasporto non di linea. Ad avviso della società convenuta, infatti, attraverso *Uber Pop* non si fornirebbe un servizio di trasporto pubblico, ma si metterebbe a disposizione esclusivamente degli utenti iscritti (e non di chiunque come nel caso dei tassisti che svolgono un'attività continua "su piazza", implicante la messa a disposizione di un pubblico indifferenziato del mezzo) una piattaforma informatica volta ad agevolare forme di spostamento condivise e spontanee tra gli stessi, al pari di altre tipologie di condivisione del trasporto privato certamente legittime<sup>10</sup>. Si tratterebbe, insomma, di una forma alternativa di trasporto privato. Il carattere "chiuso" della piattaforma tecnologica, cui accedono solo autisti e clienti iscritti e che entrano a far parte della *community*, varrebbe a escludere la condotta abusiva contestata dai ricorrenti perché eliminerebbe a prescindere sia la prospettata violazione di norme pubblicistiche, sia l'esistenza di un rapporto di concorrenza con il servizio taxi<sup>11</sup>.

Infine, anche a voler considerare il servizio offerto come trasporto pubblico non di linea, la sua condotta non avrebbe potuto essere conside-

<sup>9</sup> In particolare a essere violate sarebbero le norme della l. 15 gennaio 1992, n. 21, che prescrivono l'obbligatorietà dell'iscrizione al ruolo dei conducenti di veicoli adibiti a trasporto pubblico non di linea (art. 6); che disciplinano il rilascio da parte dei Comuni, a seguito di una gara pubblica, delle licenze e autorizzazioni obbligatoriamente prescritte per l'esercizio del servizio (art. 8); che stabiliscono le caratteristiche delle autovetture (art. 12) e che disciplinano l'entità e le modalità di calcolo delle tariffe (art. 13).

<sup>10</sup> Si pensi ai diversi servizi di *car sharing* o *car pooling* (come BlaBlaCar, ZipCar, Car2Go) già offerti sul mercato da diversi operatori economici e che, inserendosi all'interno della cosiddetta *sharing economy*, si caratterizzano per la condivisione di un'autovettura privata da parte del proprietario per raggiungere una certa destinazione, con il risultato di diminuire i costi del carburante ed eventuali altre spese.

<sup>11</sup> Inoltre, a ulteriore riprova del carattere privato del trasporto garantito tramite l'*app Uber Pop*, si sottolineava come gli autisti affiliati avrebbero la possibilità di rifiutare la richiesta di un utente, mentre il pagamento avrebbe solo il valore di un rimborso per le spese di viaggio sostenute dal proprietario dell'automobile.

rata sleale ai sensi dell'art. 2598, c. 3, c.c., non essendo stato dimostrato che il mancato ottenimento della licenza fosse automaticamente un fattore di risparmio tale da comportare la possibilità di praticare prezzi maggiormente competitivi.

Con ordinanza del 25 maggio 2015, poi confermata il 2 luglio a seguito della fase di reclamo<sup>12</sup>, la Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano, accoglieva la richiesta di inibitoria, proibendo l'offerta e l'utilizzo di *Uber Pop* in Italia<sup>13</sup>. Il giudice lombardo, facendo propria l'interpretazione prospettata dalla parte ricorrente, afferma come sia il servizio offerto tramite l'applicazione *Uber Pop* sia i servizi generalmente offerti dalla medesima azienda siano assimilabili in tutto e per tutto a un servizio di trasporto pubblico a favore di terzi (e, dunque, al servizio taxi) e come tale possa essere svolto esclusivamente previo ottenimento della relativa licenza. Tale omologazione permetterebbe di ritenere integrato il presupposto proprio dell'illecito concorrenziale<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> In questa fase erano intervenute *ad adiuvandum* alcune associazioni di consumatori. Tali organizzazioni sottolineavano l'importante opportunità rappresentata per i cittadini da *Uber Pop*, in termini di risparmio di risorse finanziarie e immateriali, come il tempo. L'inibitoria, ad avviso dei soggetti interventori, avrebbe costituito un danno rispetto all'autonomia negoziale dei consumatori stessi «comprimendo il libero esercizio della proprietà privata con riferimento alla propria autovettura, nonché privandoli della possibilità di ricorrere a soluzioni di mobilità *peers to peers* a basso costo». In realtà, il giudice chiamato a decidere sul reclamo proposto da *Uber* si è soffermato sull'aspetto della tutela degli utenti di *Uber Pop*, affermando come anche l'esigenza di proteggere in maniera incondizionata la sicurezza e l'incolumità della clientela (di solito di giovane età) a fronte di alcuni aspetti caratteristici e non trascurabili di *Uber Pop* (come le clausole di esonero da responsabilità civile che *Uber* fa sottoscrivere agli autisti o l'impossibilità per l'utente di conoscere in anticipo alcune caratteristiche dell'auto che lo trasporterà o della persona che la guida) abbia avuto un ruolo rilevante nella sua decisione di inibire il servizio. Il giudice milanese, però, bene avrebbe fatto, al fine di dare maggiore organicità al suo ragionamento, a rendere conto di alcune peculiarità di *Uber Pop* e dei servizi offerti da *Uber* in generale, che garantiscono in misura maggiore il consumatore rispetto al normale servizio taxi (si pensi alla permanente individuabilità dell'auto grazie al segnale GPS correlato all'*app* e presente in ogni dispositivo mobile dato in dotazione agli autisti).

<sup>13</sup> Il *periculum in mora* veniva individuato dal giudice di prime cure nelle enormi potenzialità di crescita del fenomeno, anche in vista dell'allora imminente Expo 2015, che, pur riguardando direttamente il solo capoluogo lombardo, appariva al Tribunale in grado di aumentare il numero dei turisti, e dunque dei potenziali clienti, anche in altre città italiane tra le quali quelle in cui era attivo il servizio *Uber Pop*.

<sup>14</sup> V.C. Romano, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in  *Mercato, concorrenza, regole*, 1, 2015, 133 ss., interrogandosi, al pari dell'ente giudicante, sulla possibilità di ricomprendere *Uber Pop* e l'intera gamma dei servizi offerti dalla stessa società all'interno di un modello di economia condivisa, risponde negativamente. Infatti, «nel servizio

Dopo aver riconosciuto il ruolo propulsivo di *Uber* nel compimento delle condotte abusive concretamente poste in essere dagli autisti<sup>15</sup>, la corte sottolinea come la regolazione sull'accesso al mercato dei trasporti pubblici sia funzionale a garantire il rispetto di interessi fondamentali degli utenti, come la loro incolumità e la garanzia della mobilità, non reputando sostenibile l'argomento, pure sollevato da *Uber* in sede di reclamo, secondo cui si sarebbe prospettato un conflitto tra la normativa nazionale in questione e i principi europei di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, dal momento che i trasporti rappresentano un settore rimasto fuori dai processi di liberalizzazione di ispirazione comunitaria attuati con la "Direttiva servizi" n. 2006/123/CE<sup>16</sup>.

### 3. Le soluzioni adottate in altri Paesi

Il conflitto esploso in Italia e il dibattito che ne è scaturito non rappresentano un'esclusiva del nostro Paese. Già prima degli sviluppi italiani, infatti, in molti Stati europei e non il servizio *Uber Pop* era stato dichiarato illegittimo e dunque inibito.

In Germania, con sentenza del 18 marzo 2015, la Corte regionale di

*Uber Pop* il conducente non ha alcun interesse personale a raggiungere il luogo indicato dall'utente e, se il servizio non fosse retribuito, il primo non opererebbe alcun servizio di trasporto. Dunque, *Uber* ha caratteristiche di mercato che ne evidenziano il carattere esclusivamente commerciale, quantunque collocato nel segmento *low cost* del trasporto pubblico non di linea».

Sottolinea inoltre il giudice della cautela come la modalità di stazionamento delle automobili utilizzati per l'espletamento del servizio di trasporto pubblico non di linea siano fondamentalmente equiparabili alla ricezione della richiesta via *app* da parte degli autisti *Uber*. Infatti quest'ultima tecnica, tra le altre cose già utilizzata dalle cooperative dei tassisti, realizza «la medesima specifica modalità operativa che compone il servizio "su piazza" e che non può essere delimitato alla sola modalità di stazionamento su area pubblica ma esteso a tutte le forme di contatto tra autista ed utente il cui trasporto individuale non origina [...] presso la sede del vettore».

<sup>15</sup> Viene sottolineato nella prima ordinanza come *Uber* gestisca direttamente la selezione degli autisti del servizio *Uber Pop*, ricevendo direttamente i pagamenti da parte dei clienti. Non si limiterebbe, dunque, a gestire una semplice "piazza virtuale" volta a garantire l'incontro di soggetti privati, ma di una vera e propria attività di impresa.

<sup>16</sup> Merita di essere evidenziato, per comprendere al meglio le posizioni meno assertive assunte da organi giurisdizionali stranieri e da organismi come l'Autorità di regolazione dei trasporti italiana, che il Tribunale ha avuto modo di affrontare il tema del contrasto tra norme nazionali ed europee, nello specifico l'art. 56 TFUE, a seguito della richiesta presentata da *Uber* ma rifiutata, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. *Infra* par. 5. e 6.

Francoforte ha punito molto severamente con una multa di € 250.000 per ogni violazione commessa la società californiana, facendo leva sugli stessi argomenti fatti propri dal tribunale di Milano. Anche qui, quindi, la condotta degli autisti e della società è considerata sleale a causa dell'assenza delle licenze obbligatorie per i tassisti e perché i *drivers* di *Uber*, a differenza di questi ultimi e del servizio pubblico in generale, hanno la possibilità di "selezionare" le chiamate da accettare, scegliendo quelle più profittevoli<sup>17</sup>. In Belgio l'*app* è stata bloccata e *Uber* sanzionata sempre per l'assenza delle autorizzazioni necessarie<sup>18</sup>.

Situazione più complessa quella francese, dove il mercato dei mezzi privati a uso commerciale è fortemente regolamentato. Qui, dal 1 gennaio 2015 è in vigore la c.d. *Loi Thévenoud*<sup>19</sup>, che disciplina il servizio privato di trasporto pubblico, sanzionando in maniera particolarmente afflittiva (anche con sanzioni penali fino a un anno di arresto) chiunque effettui un servizio di trasporto passeggeri senza la prescritta licenza. *Uber* ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale riguardo la predetta legge per violazione del principio di uguaglianza e della libertà di impresa. Conseguentemente il *Tribunal de Commerce de Paris*, non reputandole irricevibili, ha sospeso il giudizio sulla legittimità di *Uber Pop*, e ha rinviato al *Conseil constitutionnel*. Nel frattempo, tuttavia, il servizio è stato sospeso volontariamente da *Uber* a partire dal luglio 2015, in attesa della pronuncia del giudice costituzionale, che, il 22 settembre 2015, ha dichiarato la legittimità della legge, di fatto aprendo la strada alla possibilità che i giudici francesi inibiscano definitivamente il servizio<sup>20</sup>.

Che la questione *Uber* abbia dei risvolti globali e non soltanto europei è dimostrato dalle numerose pronunce giurisdizionali adottate in Brasile,

<sup>17</sup> Cfr. L. Giove, A. Comelli, *Il blocco dell'app Uber Pop: concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi*, in *Dir. ind.*, 3, 2015, 257.

<sup>18</sup> J. Fontanella-Khan, *10.000 fines threat for Uber taxis in Brussels*, in *Financial Times*, 15 aprile 2015.

<sup>19</sup> Loi n. 2014-1104 del 1° ottobre 2014, «relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur».

<sup>20</sup> *Décision* n. 2015-468/469/472 QPC del 22 maggio 2015. Così, S. Serafini, *La concorrenza sleale per la violazione della normativa pubblicitica del trasporto urbano non di linea: il caso Uber*, in *Corr. giur.*, 3, 2016, 368 ss. Nel 2016, inoltre, un Tribunale parigino ha condannato *Uber France* a pagare una maxi-multa da 1,2 milioni di euro a titolo di risarcimento danni nei confronti dell'associazione nazionale dei tassisti. L'illecito commesso riguardava la violazione della regola che permette agli autisti iscritti di eseguire trasporti esclusivamente tramite prenotazioni effettuate dagli utenti *online*, senza poter effettuare servizio su strada come i taxi.



Thailandia, India e in alcuni Stati degli Stati Uniti<sup>21</sup>, tutte però accomunate dalla decisione di inibire *Uber Pop*.

#### **4. Concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche: l'art. 2598 c.c. come fattore di stimolo della concorrenza**

L'illecito concorrenziale commesso da *Uber*, ad avviso del Tribunale di Milano, si configurerebbe per aver organizzato e gestito un servizio equiparabile dal punto di vista dell'offerta a quello normalmente garantito dai taxi, ma senza che gli autisti affiliati fossero muniti di regolare licenza. Siamo in presenza, in questo modo, di un'ipotesi peculiare di concorrenza sleale dovuta alla violazione di norme di diritto pubblico (penali, fiscali, amministrative o di regolazione del mercato). Ricomprendere tale fattispecie all'interno del c. 3 dell'art. 2598 c.c., il quale con formula elastica e generale qualifica come sleale qualunque condotta realizzata attraverso «ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda», è operazione che ha visto dottrina e giurisprudenza attestarsi su posizioni diverse nel corso degli anni<sup>22</sup>. Secondo l'opinione oggi prevalente, e fatta propria anche dalla corte in questo caso, il mancato rispetto di norme pubblicistiche non integra in automatico e in quanto tale un atto di concorrenza sleale<sup>23</sup>, essendo comunque necessario appurare la contrarietà della condotta concretamente posta in essere alla correttezza professionale e la sua idoneità a creare un danno all'altrui azienda.

<sup>21</sup> Anche in California, Stato d'origine di *Uber*, il contrasto con le corti giudiziarie e con il regolatore è apparso particolarmente aspro. Infatti, la società è stata oggetto di una sanzione pari a oltre sette milioni di dollari per la mancata fornitura di informazioni riguardanti la sicurezza delle auto e del servizio prescritte dalla *California Public Utilities Commission*. Cfr. A. Palmieri, *nota a Tribunale di Milano – Sezione specializzata in materia di impresa, 09-07-2015*, in *Foro it.*, 2015, I, 2926.

<sup>22</sup> Per una ricostruzione puntuale delle diverse tesi sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza si veda L. C. Ubertazzi, *Regole pubblicistiche e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2003, 308 ss.

<sup>23</sup> Cfr. T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, Giuffrè, 1960, 215; C. Alvisi, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1997, 127, afferma come identificare la scorrettezza professionale con la violazione di norme imperative, individuando quindi in ogni violazione di norme da parte dell'imprenditore un illecito rilevante ai sensi dell'art. 2598 c.c., eliminerebbe l'autonomo rilievo normativo del concetto di scorrettezza professionale, finendo per identificarla come uno speciale tipo di colpa. Per la posizione minoritaria, in realtà risalente, si veda Cass. civ., sez. I, 21 aprile 1983, n. 2743.

Storicamente gli interpreti hanno fondato tale giudizio basandosi su una tripartizione tra le norme pubblicistiche la cui violazione possa condurre a un illecito rilevante in termini di concorrenza sleale: norme che impongono dei limiti all'esercizio della libera attività di impresa, la cui violazione è di per sé indice di un illecito anticoncorrenziale; norme che impongono dei costi, il cui mancato rispetto integra un atto di concorrenza sleale solo se faccia parte di una più ampia condotta idonea a danneggiare le imprese concorrenti; norme che impongono oneri, la cui violazione raramente potrà essere ricompresa all'interno dell'art. 2598, c. 3, c.c., dal momento che non è rilevabile alcun vantaggio concreto in capo all'autore<sup>24</sup>.

Oggi, tuttavia, appare prevalente una concezione pro concorrenziale della concorrenza sleale e degli atti che ne integrano i presupposti, in base alla quale affinché la violazione normativa sia considerata comportamento anticoncorrenziale essa dovrà rappresentare un elemento costitutivo di una più complessa attività che sia capace di alterare le normali condizioni di mercato (producendo un vantaggio concorrenziale a favore dell'autore che altrimenti non si sarebbe prodotto) e cagionare un danno nei confronti delle imprese concorrenti in termini di sviamento della clientela altrui o di diminuzione dell'altrui avviamento<sup>25</sup>. Non basta la violazione di prescrizioni

<sup>24</sup> Cfr. A. Vanzetti, V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2009, 110 ss.; L. C. Ubertazzi, *op. cit.*, 943, al di là delle distinzioni fondate sul contenuto della norma violata, condivide la tesi anche prospettata in dottrina che qualifica come concorrenza sleale il mancato rispetto della disciplina pubblicistica della concorrenza. Infatti, in alcuni casi la regola pubblica vengono adottate per tutelare direttamente l'interesse pubblico alla creazione di un certo assetto del mercato (come la normativa *antitrust*), e la loro violazione comporta automaticamente l'applicazione dell'art. 2598, c. 3, c.c. In altri, le regole tutelano espressamente interessi diversi ma indirettamente anche la concorrenza (è il caso delle autorizzazioni amministrative necessarie per l'attività bancaria, poste e presidio diretto della sicurezza dei risparmiatori e la stabilità monetaria ma volte anche a introdurre una barriera all'ingresso nel relativo mercato, regolandolo al pari della disciplina concorrenziale), ma la loro violazione può comunque essere qualificata come concorrenza sleale proprio per tale ragione.

<sup>25</sup> Cfr. L. Giove, A. Comelli, *Il blocco dell'app Uber pop: concorrenza sleale nei confronti del servizio pubblico di taxi*, cit., 255; M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, Milano, Giuffrè, 1999, 626, sostiene, facendo esplicito riferimento al caso del difetto di autorizzazione allo svolgimento di una certa attività economica, che l'atto di concorrenza sleale per violazione di norme amministrative «si realizza solo se e in quanto l'illecito pubblicistico abbia dato luogo ad un vantaggio (e a un corrispondente danno) concorrenziale, che va provato caso per caso, anche in via presuntiva. Se ciò si verifica, tutto il processo concorrenziale tenderà ad orientarsi in modo "perverso": anche i concorrenti si sentiranno, infatti, legittimati a violare le norme pubblicistiche, e un danno concorrenziale potrebbe verificarsi (senza alcun giudizio negativo dei consumatori sulla qualità e sul prezzo dei prodotti) proprio a carico dell'im-

meramente formali, ma serve che la stessa sia stata posta in essere con il fine ultimo di danneggiare i concorrenti e il normale funzionamento della competizione economica<sup>26</sup>.

L'origine prettamente corporativistica dell'art. 2598 c.c., nato come disposizione volta a proteggere esclusivamente gli interessi della classe imprenditoriale, lascia dunque il passo a una lettura che interpreta la norma codicistica come garanzia del corretto funzionamento del gioco concorrenziale, il cui fine ultimo non è, quindi, la protezione degli interessi di una singola categoria, ma della libertà di scelta dei consumatori all'interno di un mercato aperto, competitivo e, di conseguenza, maggiormente efficiente. Ciò è avvenuto attraverso un'interpretazione "normativa" del parametro della correttezza professionale intesa come conformità di una condotta rispetto ai principi dell'ordinamento giuridico e nello specifico alla libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.<sup>27</sup>. Si viene quindi a delineare una situazione di complementarità tra la disciplina della concorrenza sleale e la normativa *antitrust*<sup>28</sup>: mentre quest'ultima ha come obiettivo principale il mantenimento e l'accrescimento della concorrenza all'in-

prenditore che intende comportarsi più correttamente». In tal senso, Cass. civ. Sez. I, 27 aprile 2004, n. 8012.

G. Floridia, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, in P. Auteri, G. Floridia, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, P. Spada (a cura di), *Diritto industriale*, Torino, Giappichelli, 2012, afferma che al fine di qualificare un comportamento come scorretto professionalmente occorre che il vantaggio acquisito tramite la violazione normativa abbia influito «in modo casualmente efficiente a distorcere le condizioni di concorrenza».

<sup>26</sup> Cfr. Trib. Napoli, 6 febbraio 2003, n. 93.

<sup>27</sup> Così S. Serafini, *op. cit.*, 372; G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, Torino, Utet, 2001, 234 ss. ricostruisce le tre posizioni tradizionalmente assunte dagli interpreti circa l'individuazione della fonte dei principi della correttezza professionale. Secondo un primo orientamento, l'art. 2598 c.c. rinvierebbe ai principi dell'etica (ossia, a seconda dei diversi punti di vista, la morale comune o della categoria dei commercianti), la cui esatta individuazione sarebbe rimessa al giudice quale interprete della coscienza collettiva; per altra dottrina il rinvio sarebbe da intendersi come effettuato alla sola prassi commerciale; un'ultima tesi ritiene che il codice civile rinvii in realtà a un «costume commerciale eticamente qualificato» non sulla base di una autonoma valutazione del giudice, ma della *communis opinio* dell'ambiente professionale. Sul tema si veda anche G. Minervini, *Concorrenza e consorzi*, in G. Grosso, F. Santoro Passarelli (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1965, 38 ss.

<sup>28</sup> L. Mansani, *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milano, Giuffrè, 1990, 65 ss., pur affermando l'esistenza di tale rapporto, sottolinea come le prospettive da cui muovono la disciplina *antitrust* e quella della concorrenza sleale siano, nonostante tutto, diverse. Mentre quest'ultima ha come proprio presupposto necessario il danno subito da un singolo operatore economico, l'altra ha come punto di partenza il pregiudizio al normale funzionamento del mercato e, quindi, all'interesse collettivo.

terno di un mercato regolamentato, le norme sulla concorrenza sleale impediscono che il naturale “conflitto” tra più operatori economici possa avvenire al di fuori del medesimo schema concorrenziale<sup>29</sup>.

Nel caso si specie, la sezione specializzata in impresa ha riscontrato la violazione da parte della società americana sia di norme che impongono delle limitazioni all’attività di impresa, nello specifico quelle della l. n. 21/1992 sul trasporto pubblico non di linea che obbligano al possesso di autorizzazione rilasciata da Comune competente; sia di norme che impongono dei costi economici e organizzativi, rappresentati da tutte quelle spese che gli autisti *Uber* non devono sostenere (assicurazioni, costi delle licenze stesse, adesione a enti associativi, *etc.*) e che permettono a questi ultimi di praticare tariffe sensibilmente più basse e competitive sul mercato<sup>30</sup>. La mancanza dei titoli autorizzatori e la possibilità per gli autisti *Uber Pop* di operare al di fuori del sistema di costi imposti dal regime amministrativo del servizio taxi, dunque, garantisce alla società organizzatrice dello stesso un evidente vantaggio concorrenziale idoneo a sviare la clientela dei *competitors*<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> S. Serafini, *op. cit.*, 372; M. Libertini, *op. cit.*, 594 ss., afferma che «non sono dunque consentite (= sono professionalmente scorrette) quelle azioni concorrenziali che non possono trovare risposta adeguata da parte di un concorrente efficiente e che, pertanto, impediscono la normale continuazione del gioco concorrenziale». Sono altresì vietate quelle «azioni concorrenziali che abbiano, come effetto esclusivo, quello di ostacolare l’attività del concorrente, senza contestuali effetti migliorativi dell’offerta di chi pone in essere l’azione. Non sono consentite, in altri termini, azioni concorrenziali i cui effetti sono, direttamente o indirettamente, sottratti al giudizio del consumatore».

<sup>30</sup> Si legge nella pronuncia del giudice del reclamo che «è vero tuttavia che laddove l’omesso rispetto della normativa di settore consenta al *competitor* di realizzare risparmi di costo e di semplificare in maniera sostanziale la propria attività organizzativa e di vigilanza [...], in tal caso il comportamento debba essere sanzionato come atto di concorrenza sleale sul mercato, in presenza dell’ulteriore requisito dell’idoneità a danneggiare l’altrui azienda».

<sup>31</sup> S. Serafini, *op. cit.*, 372, sottolinea come l’interpretazione accolta dalla corte milanese nella prima delle due ordinanze, seppur in linea con l’orientamento giurisprudenziale maggioritario, tralascia l’accertamento circa la contrarietà della condotta al canone della correttezza professionale, dando risalto esclusivamente all’altro elemento contenuto nel c. 3 dell’art. 2598 c.c., ossia l’idoneità lesiva nei confronti dell’altrui azienda. Per qualificare un atto come contrario a correttezza professionale non basta, inoltre, che questo danneggi l’impresa concorrente, ma è necessario anche che vada ad alterare le normali dinamiche concorrenziali del mercato di riferimento, «sviando le scelte dei consumatori rispetto a quelle che questi avrebbero adottato in base ai reali meriti degli imprenditori».

## 5. Il rapporto di concorrenza e la qualificazione dei servizi offerti da *Uber* come trasporto pubblico

Il presupposto in base al quale *Uber* è stata oggetto delle predette ordinanze cautelari, come detto, è rappresentato dal rapporto di assimilabilità sostanziale e, dunque, di concorrenza che la corte milanese ha ritenuto sussistere tra il trasporto pubblico urbano non di linea garantito dai taxi o dagli NCC e quello alternativo fornito dalla stessa società<sup>32</sup>. L'accertamento circa l'esistenza di un rapporto concorrenziale effettivo<sup>33</sup> tra due soggetti, quello che subisce l'illecito e quello che lo perpetra, rappresenta, infatti, il punto di partenza affinché si possa parlare di un atto di concorrenza sleale. Accertamento che deve essere condotto tenendo conto della comunanza della clientela di riferimento, verificando se i due soggetti offrano prodotti identici o comunque sostituibili in un medesimo mercato di riferimento<sup>34</sup>. Tale qualificazione comporta automaticamente l'illegittimità del servizio offerto tramite l'*app Uber Pop*, per il mancato rispetto di tutte le norme che regolano il settore del trasporto pubblico non di linea, disciplinandone capillarmente le modalità di svolgimento e le condizioni di accesso al relativo settore.

I servizi di autotrasporto pubblico non di linea sono regolati dalla l. n. 21/1992, che li definisce come «quelli che provvedono al trasporto collettivo od individuale di persone, con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea ferroviari, automobilistici, marittimi, lacuali ed aerei, e che vengono effettuati, a richiesta dei trasportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari stabiliti di volta in volta»<sup>35</sup>. Nel caso del servizio taxi ad assumere rilevanza,

<sup>32</sup> Il fatto che la corte riconosca l'esistenza di un rapporto di concorrenza tra *Uber* e i gestori del servizio taxi non è cosa scontata. Infatti, dal punto di vista materiale, non è la società di San Francisco a realizzare l'illecito concorrenziale, ma gli autisti, i quali soli dovrebbero essere considerati concorrenti dei tassisti lesi. Il giudice, tuttavia, ricostruisce la fattispecie in termini di "responsabilità del terzo agente", che non partecipa al rapporto di concorrenza tra l'imprenditore che si avvantaggia dell'atto sleale e quello danneggiato. Responsabilità che sussiste, come nel caso di specie, esclusivamente qualora il terzo fornisca all'autore della condotta illecita i mezzi necessari alla sua realizzazione. Sul tema si veda S. Sanzo, *La concorrenza sleale*, Padova, Cedam, 1998, 84 ss.

<sup>33</sup> O anche di "concorrenza prossima". Cfr. G. Ferri, C. Angelici (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2014, 108.

<sup>34</sup> Cfr. G. Ghidini, *Disciplina della concorrenza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 1981, 45.

<sup>35</sup> L. 15 gennaio 1992, n. 21, art. 1, c.1. Anche se in tale definizione rientrano sia il servizio taxi che quello di noleggio con conducente, solo il primo presenta una spiccata rile-

ai fini della sua caratterizzazione pubblicistica, sono la sua obbligatorietà, la sua offerta indistinta a qualunque persona ne faccia richiesta, la determinazione amministrativa delle tariffe nonché delle modalità di erogazione del servizio<sup>36</sup>, lo stazionamento su piazza e la creazione di spazi pubblici riservati allo stazionamento delle vetture o alla loro viabilità<sup>37</sup>.

Il settore risulta, dunque, oggetto di una importante attività di regolazione volta, in primo luogo, a restringere l'accesso al mercato attraverso un regime autorizzatorio<sup>38</sup> e di programmazione numerica del numero delle licenze che i comuni (sulla base di criteri generali individuati dalle regioni) hanno la possibilità di rilasciare<sup>39</sup>. Questa regolazione particolarmente “in-

vanza pubblicistica. Mentre nel servizio di NCC la caratterizzazione pubblicistica riguarda solamente la regolamentazione delle condizioni (e restrizioni) circa l'accesso allo stesso servizio, è solo nel caso dei taxi che la normativa si spinge fino a determinarne modalità di svolgimento e il corrispettivo esigibile dagli autisti. Così, C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, Napoli, Jovene, 2008, 148; sul servizio taxi come fondamentale servizio pubblico si veda Corte cost., 22 febbraio 2006, n. 80 con commento di C. Buzzacchi, *Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Reg.*, 3, 2006, 805.

Contrario alla qualificazione del servizio taxi in termini di trasporto pubblico è N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2266. Secondo l'A. i servizi taxi e NCC, essendo per loro natura non idonei a garantire la continuità e periodicità delle prestazioni in cui si sostanziano, non potrebbero essere classificati come servizio pubblico, ma solo servizi «liberi e soggetti ad un regime autorizzatorio, la cui intensità varia al variare dell'interesse pubblico soddisfatto».

<sup>36</sup> La regolazione da parte delle amministrazioni comunale può riguardare i turni giornalieri effettuabili da un singolo tassista; le condizioni di sicurezza e di assicurazione dei veicoli; la destinazione esclusiva al servizio dell'automobile utilizzata; l'orario lavorativo. Per quanto riguarda le tariffe, quelle massime sono di norma deliberate dai Comuni interessati e non si segnalano politiche di sconto sul prezzo o fidelizzanti, se non in casi sporadici.

<sup>37</sup> *Ibidem*, riportando l'opinione contenuta in Tar Liguria, Sez. II, 14 aprile 1993, n. 117. Nel caso degli NCC, invece, la tariffa viene determinata grazie a una negoziazione tra cliente e autista, essendo anche diverso il modo con cui il cliente richiede il servizio.

<sup>38</sup> L'art. 86 del Codice della strada, inoltre, prevede una sanzione amministrativa per l'ipotesi in cui un'autovettura venga adibita a servizio di piazza senza la necessaria licenza prevista dall'art. 8, l. n. 21/1992.

<sup>39</sup> Le modalità di rilascio della licenza per il servizio taxi e dell'autorizzazione relativa al servizio di noleggio con conducente sono disciplinate dall'art. 8, l. n. 21/1992, che dispone che tale rilascio avvenga comunque attraverso una gara pubblica. La titolarità della licenza o dell'autorizzazione deve essere sempre riferita a colui che la ottiene come persona fisica. La licenza, ai sensi dell'art. 9, può essere trasferita, anche *mortis causa*, a persona designata dal titolare, purché iscritta nello specifico ruolo istituito presso le Camere di commercio previsto dall'art. 6 e sempre che il titolare abbia ottenuto la licenza o l'autorizzazione da almeno cinque anni oppure abbia raggiunto il sessantesimo anno di età, oppure sia divenuto permanentemente inabile o inidoneo al lavoro per malattia o altre cause elencate dalla norma.

trusiva”, che si traduce in una evidente limitazione della concorrenza, ha come suo obiettivo il rispetto di determinate esigenze pubbliche quali l’erogazione del servizio in maniera omogenea in tutte le zone cittadine, la garanzia circa la tutela della sicurezza e incolumità dei passeggeri e relativamente a una determinazione equa e trasparente delle tariffe praticate. Queste le ragioni, dunque, che hanno impedito una piena liberalizzazione del settore, in linea con quanto avvenuto invece in altri comparti economici grazie soprattutto al diritto europeo<sup>40</sup>.

D’altro canto, che i trasporti rappresentino un settore peculiare per caratteristiche e interessi pubblici coinvolti è dimostrato anche trattamento a esso riservato dalla direttiva n. 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkestein*), che ha esplicitamente escluso il settore in questione da qualsivoglia obbligo di liberalizzazione per gli Stati membri, rendendo compatibile con il quadro normativo europeo e, dunque, con il principio della libera prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento nel mercato interno una regolamentazione nazionale che restringa l’accesso al relativo mercato e disciplini dettagliatamente le modalità di erogazione dei servizi di trasporto<sup>41</sup>. Anche

<sup>40</sup> Secondo alcuni autori, tuttavia, la mancata liberalizzazione del settore taxi praticamente ovunque sarebbe ascrivibile non a tali ragioni di pubblico interesse, ma alle spinte di carattere corporativo provenienti da diversi gruppi di interesse che si oppongono fermamente a ogni ipotesi di apertura del mercato. Secondo tale interpretazione, qualora invece il settore venisse liberalizzato, questo sarebbe capace di autoregolarsi in maniera efficiente. In tal senso, G. Stigler, Monopoly, in *The Concise Encyclopedia of Economics*, Liberty Fund, Inc. Ed. David R. Henderson, Library of Economics and Liberty, 2003; *contra*, V. Visco Comandini, S. Gori, F. Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 3, 2004, 515 ss. in cui si sostiene che «tale mercato non presenti le condizioni classiche di concorrenzialità, e che per tale ragione richieda comunque l’esercizio di fondamentali e non eludibili attività di regolamentazione pubblica (prezzo, qualità, livelli minimi di offerta), prioritarie rispetto all’opzione di liberalizzazione *tout court* delle licenze che, in questo particolare caso, appare non risolutiva. [...] In questo contesto, il miglioramento sostanziale della commerciabilità delle licenze al valore di mercato, realizzabile attraverso la rimozione del divieto di titolarità delle licenze in capo a persone giuridiche presente nel vigente ordinamento italiano, è da considerarsi un importante ed efficace strumento per accrescere l’efficienza allocativa». Sul tema si veda anche P. Dempsey, *Taxi Industry Regulation, Deregulation, and Reregulation: The Paradox of Market Failure*, in *Transp. Law J.*, vol. 24, 1, 73 ss; sul servizio taxi in Italia, C. Bentivogli, M. Calderini, *Il servizio di taxi in Italia: ragioni contenute di una riforma*, in *Economia e politica industriale*, 2, 2007.

<sup>41</sup> Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, considerando 21: «I servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani, i taxi e le ambulanze nonché i servizi portuali, sono esclusi dal campo di applicazione della presente direttiva». La medesima previsione è contenuta nell’art. 2, par. 2, lett. d), direttiva. L’art. 6, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (atto di recepimento della direttiva nell’ordinamento giuridico italiano) ha confermato tale esclusione.

In generale, la “direttiva servizi” ha inciso in modo netto sul *right to regulate* di cui gli

Corte di giustizia europea ha avuto modo di affermare, inoltre, che il settore trasporti non rientra nel campo di applicazione dell'art. 56 TFUE sulla libera prestazione dei servizi, ma in quello dell'art. 58, n. 1 TFUE a norma del quale la libera circolazione dei servizi in questo comparto "è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti"<sup>42</sup>. Lo stesso art. 41 Cost., d'altro canto, nel tutelare e riconoscere la libertà economica privata, stabilisce che essa non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, prevedendo la possibilità che la legge indirizzi e coordini la libertà economica dei singoli a fini sociali. Anche un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata delle norme contenute nella l. n.21 del 1992, pure richiesta da *Uber* in fase di reclamo<sup>43</sup>, quindi, non può condurre a una conclusione diversa dal riconoscimento della loro legittimità nel momento in cui abbiano come fine ultimo la protezione della sicurezza dei cittadini.

Se, come fa la corte milanese, i servizi offerti da *Uber* vengono considerati servizi di trasporto in tutto e per tutto equiparabili a quelli offerti in regime di autorizzazione obbligatoria dai tassisti, non si può giungere a una conclusione diversa se non quella di considerare come sleale e abusiva la condotta degli autisti affiliati a *Uber* e della stessa società statunitense. Il tribunale lombardo ha valorizzato diversi elementi al fine di poter confermare che l'attività di *Uber* sia effettivamente equiparabile al servizio taxi e sia con

Stati membri erano titolari in maniera incondizionata prima della creazione del mercato unico. A questi ultimi, per esempio, è stato sottratto il potere di prevedere requisiti di nazionalità o di residenza per i prestatori dei servizi. Tuttavia, la direttiva ha prodotto effetti innovativi nel campo dei regimi autorizzatori che gli Stati sono liberi di mantenere: imponendo loro una clausola di minore restrittività degli stessi sistemi e comunque stabilendo il principio della doverosità della procedura pubblica quando (come nel caso qui analizzato) si scelga, o sia obbligata, la strada del contingentamento dei titoli abilitativi. Così, F. Di Cristina, *La regolazione pubblica dei servizi privati*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 60.

<sup>42</sup> Qualunque normativa nazionale relativa alla regolazione dei trasporti pubblici, dunque, andrà valutata «con riferimento alle disposizioni del TFUE in materia di libertà di stabilimento che si applicano direttamente ai trasporti, e non richiamandosi al titolo del Trattato stesso riguardante questi ultimi». Così, CGUE, sentenza 22 dicembre 2010, C-338/09, *Yellowcab Verkehrsbetriebs GmbH*; CGUE, sentenza 13 luglio 1989, C-4/88, *Lambregts Transportbedrijf*; CGUE, sentenza 7 novembre 1991, C-17/90, *Pinaud Wiegier*.

<sup>43</sup> *Uber* aveva presentato richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE al fine di chiarire se gli artt. 49 e 56 TFUE sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi e gli artt. 3 e ss. sulla concorrenza debbano essere interpretati in senso ostativo all'introduzione di limiti da parte di uno Stato – anche «attraverso un'interpretazione estensiva delle norme che regolano i trasporti pubblici non di linea» – all'utilizzo del *software* mobile su cui il servizio *Uber* si basa. La richiesta, tuttavia, è stata respinta sulla base dell'esistenza delle citate pronunce della medesima Corte di giustizia europea.



esso interferente. In primo luogo, considerando la modalità di richiesta del trasporto tramite *app* assimilabile alle modalità tecniche già in uso alle cooperative dei tassisti; riconoscendo la natura di vero e proprio corrispettivo di quanto pagato dall'utente per il trasporto, ritenendo "paradossale" la tesi secondo cui gli autisti *Uber* non sarebbero vincolati a turni obbligatori e potrebbero rifiutare le richieste di trasporto a loro inoltrate; affermando che la creazione di una *community* tra utenti e autisti sarebbe «sostanzialmente finalizzata a dare corso al sistema di pagamento del trasporto mediante carta di credito»; non considerando *Uber* come una mera applicazione informatica che serve a facilitare forme di trasporto privato condiviso, dal momento che gli autisti affiliati garantiscono il trasporto alla clientela solo per fini di lucro e non per un proprio interesse relativo alla destinazione finale.

Ma il servizio *Uber Pop* e, più in generale, le prestazioni fornite attraverso un sistema che ruota intorno a una piattaforma digitale in cui domanda e offerta si incontrano, sono effettivamente inquadrabili come servizi di trasporto?

## **6. Il rinvio pregiudiziale del *Juzgado Mercantil* di Barcellona: trasporto non di linea o servizio della società dell'informazione?**

A questa domanda il *Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona*, a differenza del giudice italiano, ha ritenuto di non poter rispondere direttamente, sollevando il 7 agosto 2015 una questione pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE di fronte alla Corte di giustizia europea<sup>44</sup>. I fatti che hanno originato il rinvio sono fondamentalmente sovrapponibili a quelli verificatisi quasi contestualmente in Italia. Anche in Spagna, infatti, *Uber* gestisce un sistema informatico che rende possibile e agevola il contatto tra utenza e proprietari di veicoli per effettuare spostamenti urbani, senza che né la società né gli autisti-proprietari siano in possesso delle autorizzazioni previste dalla normativa amministrativa della città di Barcellona<sup>45</sup>. Un'associazione locale di tassisti, facendo leva proprio su tale mancanza, ha citato in giudizio *Uber* per violazione delle norme spagnole in tema di concorrenza sleale e, nello specifico, adducendo una violazione delle norme sulla condotta professionale che deve caratterizzare l'attività di impresa, del principio della buona fede, nonché le disposizioni in tema di pratiche commer-

<sup>44</sup> Causa C-434/15, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, S.L.*

<sup>45</sup> *Reglamento Metropolitano del Taxi*, approvato dal *Consell Metropolità de l'Entitat Metropolitana de Transport de Barcelona* il 22 luglio 2004.

ciali ingannevoli<sup>46</sup>. Anche in Spagna, dunque, la questione ruota intorno alla qualificazione dei servizi forniti da *Uber* come trasporto pubblico e alla necessità o meno di possedere un'autorizzazione amministrativa per svolgere la propria attività, pena la qualificazione della stessa in termini di concorrenza sleale<sup>47</sup>.

Il rinvio del giudice catalano, sollecitando la corretta interpretazione circa il concetto di «servizio nel settore dei trasporti» di cui alla direttiva n. 2006/123/CE, mira a verificare se non sia possibile, piuttosto, qualificare i servizi offerti da *Uber* come «servizi della società dell'informazione» o, ancora, come servizio elettronico d'intermediazione all'interno di una transazione commerciale rientrante nella direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico nel mercato interno<sup>48</sup>. Questi ricadrebbero nell'ambito di applicazione della direttiva n. 98/34/CE<sup>49</sup> e, quindi, in virtù del principio della libertà di stabilimento, non sarebbero soggetti ad alcun previo obbligo di autorizzazione. Infatti, i servizi legati alla società dell'informazione, in cui rientra «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi»<sup>50</sup>, non possono essere sottoposti a restrizioni da parte degli Stati mem-

<sup>46</sup> L. 10 gennaio 1991, n. 3 (*Ley de Competencia Desleal*).

<sup>47</sup> Afferma il giudice del rinvio che «anche se la società commerciale UBER SYSTEMS SPAIN, S.L. svolge la propria attività in Spagna, si deve precisare che tale attività si inserisce in una piattaforma internazionale che svolge o intende svolgere tale attività in diversi paesi, all'interno e all'esterno dell'Unione europea. Di conseguenza, la condotta della convenuta non deve essere valutata con riferimento al contesto limitato della città di Barcellona o del territorio spagnolo, bensì a livello dell'Unione europea».

<sup>48</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

<sup>49</sup> Direttiva 1998/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione. Direttiva attuata in Spagna dalla legge 11 luglio 2002, n. 34 (*Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*).

<sup>50</sup> Direttiva 1998/34/CE, art. 1, c. 2. «Per società dell'informazione si intende una società in cui tutte le potenzialità dell'essere umano vengono valorizzate grazie all'accesso alle tecnologie e all'educazione che permette di imparare ad utilizzarle in modo efficace. La società dell'informazione impone dunque lo sviluppo di conoscenze incrementali e l'espansione della formazione continua». Così si legge nella Risoluzione sull'attuazione della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, presentata al Senato dal Segretario generale aggiunto del Parlamento europeo il 9 settembre 2015. Sul tema della società dell'informazione e dei connessi servizi si vedano, *ex multis*, P. Costanzo, *La democrazia elettronica (note minime sulla c.d. edemocracy)*, in *Il diritto dell'informa-*

bri (come invece avviene per espressa previsione della “direttiva servizi” per i trasporti), ma beneficiano del principio di libera prestazione dei servizi garantito dall’art. 56 TFUE e dalle direttive n. 2006/123/CE e n. 2000/31/CE.

Il *Juzgado Mercantil* non è stato l’unico organo giurisdizionale spagnolo a richiedere alla CGUE un’interpretazione conforme del concetto di «servizio nel settore dei trasporti» contenuta nella direttiva 2006/126/CE. Infatti, già la sezione specializzata in contenzioso amministrativo del *Tribunal Supremo* aveva chiesto al giudice europeo la corretta definizione ed estensione di tale concetto, al fine di stabilire l’applicabilità della “direttiva servizi” a un’attività di controllo tecnico di veicoli<sup>51</sup>. In questa sede, la Corte ha avuto modo di affermare in primo luogo che già lavori preparatori all’adozione della direttiva *Bolkestein* mostrano come l’esclusione dei «servizi nel settore dei trasporti» avesse come obiettivo la creazione di una corrispondenza con il l’art. 58 TFUE, il cui paragrafo 1 stabilisce che «la libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti». Di conseguenza, il concetto di «servizi nel settore dei trasporti» non deve essere inteso come limitato ai soli mezzi di trasporto considerati in quanto tali, ma deve ricomprendere sia ogni «atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro per mezzo di un veicolo, di un aeromobile o di un’imbarcazione, ma anche qualsiasi servizio intrinsecamente connesso a un atto di questo tipo»<sup>52</sup>.

*zione e dell’informatica*, 3, 2003, 465-486; T. Pucci, *Il diritto all’accesso nella società dell’informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Informatica e Diritto*, 3, 2005, 119-153.

<sup>51</sup> Causa C-168/14, *Grupo Itevelesa SL, Applus Iteuve Technology, Certio ITV SL, Asistencia Técnica Industrial SAE, c. OCA Inspección Técnica de Vehículos SA, Generalidad de Cataluña*.

<sup>52</sup> Nel caso di specie, l’attività di controllo tecnico dei veicoli, seppur considerata accessoria rispetto al servizio di trasporto propriamente inteso, viene fatta rientrare nella definizione e nella correlata esclusione prevista dalla direttiva 2006/123/CE in quanto «interviene quale condizione preliminare e necessaria all’esercizio dell’attività principale costituita dal trasporto, così come risulta dall’obiettivo di sicurezza della circolazione stradale sotteso all’attività di controllo tecnico dei veicoli». La Corte condivide, dunque, quanto sostenuto dall’Avvocato generale, il quale al paragrafo 28 delle proprie conclusioni aveva maggiormente circoscritto la definizione in oggetto. Se è vero che rientrano nella definizione di «servizio nel settore dei trasporti» non solo l’atto materiale di spostare persone o cose da un luogo all’altro, ma anche i servizi «intrinsecamente connessi», è altrettanto vero che «se il servizio in questione non comporta in via principale il trasporto effettivo, allora il mero fatto che possa essere connesso in qualche modo al trasporto non significa, di per se stesso, che debba essere caratterizzato come tale. Ciò rischierebbe di attribuire all’art. 2, par. 2, lett. d), della direttiva sui servizi un ambito di applicazione troppo ampio e di privare la direttiva del suo scopo».

La Corte di giustizia, a oggi, non si è ancora pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dal giudice di Barcellona. Tuttavia, è possibile immaginare che non si distaccherà dall'orientamento espresso nella causa originata dal rinvio del *Tribunal Supremo* quanto all'interpretazione della nozione di «servizi del settore dei trasporti» rilevante ai sensi della Direttiva 2006/123/CE, ricomprendendovi, dunque, tutte quelle attività ontologicamente e intrinsecamente collegate all'atto fisico del trasporto. La creazione, organizzazione e gestione in tutti i suoi aspetti di una piattaforma tecnologica accessibile tramite una *app*, che rende possibile il contatto tra clienti e autisti, rappresenta un servizio indispensabile all'effettuazione del trasporto fisico e, dunque, si pone con lo stesso in un rapporto di intrinseca connessione. Connessione determinata, da un lato, dal fatto che senza l'attività posta in essere da *Uber* domanda e offerta non sarebbero in grado di incontrarsi; dall'altro, dalla circostanza che la predisposizione del servizio informatico offerto dalla società americana risulta orientato esclusivamente a garantire, in ultima analisi, l'effettuazione di tali spostamenti urbani e il loro pagamento.

## 7. Certezze e dubbi in Italia in attesa del legislatore

In Italia, la questione legata a *Uber* non ha avuto soltanto risvolti processuali. L'inquadramento giuridico delle nuove forme di organizzazione e gestione informatica del trasporto di persone ha sollevato importanti interrogativi anche a livello istituzionale. In particolare, sulla possibilità di considerare come servizio pubblico di trasporto non di linea (e quindi applicare la l. n. 21/1992) quella tipologia di servizi che mette in collegamento tramite una piattaforma digitale *on line* domanda e offerta di trasporto urbano, si sono espresse l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), il Consiglio di Stato e, da ultimo, l'Autorità per la concorrenza e il mercato (AGCM).

L'ART, con un atto di segnalazione inviato al Governo e al Parlamento<sup>53</sup>, ha avuto modo di soffermarsi soprattutto sulla necessità di modificare la normativa vigente al fine di regolare in modo puntuale tali piattaforme tecnologiche che mettono in collegamento domanda e offerta, detti anche «servizi tecnologici per la mobilità» (STM). L'Autorità sottolinea pre-

<sup>53</sup> Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità, Torino, 21 maggio 2015, disponibile sul sito internet dell'Autorità. Provvedimento emanato ai sensi dell'art. 37, c. 2, lett. m), d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni con l. 21 dicembre 2011, n. 214, che ha istituito l'Autorità.

liminariamente come gli STM siano un fenomeno nuovo e in continua espansione, che permette di intercettare una domanda di servizi generalmente meno costosi di quelli offerti da taxi e NCC. Di fatto essi rappresenterebbero «un nuovo e specifico segmento del mercato della mobilità urbana non di linea rispetto a quello sottoposto a obblighi di servizio pubblico». Sostanzialmente, dunque, l'Autorità preposta al controllo e alla regolazione del settore dei trasporti, riconosce la diversa natura di tali servizi e della loro modalità di erogazione, rispetto al tradizionale servizio pubblico, evidenziando da un lato l'insufficienza della l. n. 21/1992 a regolare gli STM, dall'altro la necessità di un intervento pubblico di regolazione sulle nuove piattaforme. L'obiettivo prospettato dall'ART, quindi, consiste nel far emergere questo nuovo mercato, al fine di permettere agli operatori economici di svolgere la propria attività in modo trasparente e all'interno di limiti prestabiliti volti a proteggere la sicurezza e la *privacy* dei consumatori<sup>54</sup>.

Sull'applicabilità della l. n. 21/1992 ai servizi offerti da *Uber* e alle piattaforme informatiche attive su internet si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, attraverso un parere reso al Ministero dell'interno<sup>55</sup>. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, tale legge aveva tentato di ricondurre a unità fenomeni con caratteristiche differenti come il servizio taxi e il noleggio con conducente (tra l'altro, solo per il primo il Consiglio riconosce la natura di servizio pubblico), attraverso una tecnica legislativa che, proprio a questo fine, aveva appositamente evitato di delineare una nozione univoca di trasporto pubblico non di linea. Dopo aver ricordato come il ruolo delle società di gestione delle piattaforme non possa interpretarsi come mera intermediazione tra offerta di lavoro e prestazione, essendo l'obbligazione contrattuale avente a oggetto il trasporto direttamente assunta dall'azienda che svolge anche servizi complementari, il Consiglio afferma che vi sono diffe-

<sup>54</sup> In primo luogo attraverso l'imposizione di obblighi specifici relativi ai servizi di intermediazione tecnologica e ai requisiti dei conducenti, anche se privi di licenza. Si legge nell'atto di segnalazione che «diversi i soggetti che potrebbero essere qualificati come "conducenti": i titolari di licenza per il servizio di taxi, i titolari di autorizzazione al servizio di NCC ed i conducenti privati che utilizzino un veicolo di loro proprietà. In quest'ultimo caso, il conducente privato dovrebbe essere un lavoratore occasionale, tenuto al rispetto di un tetto massimo di reddito annuale e ad un limite di lavoro settimanale non eccedente le quindici ore (laddove i turni dei tassisti professionisti possono raggiungere le dodici ore giornaliere). Tutti i conducenti dovrebbero essere iscritti in un apposito registro costituito su base regionale».

<sup>55</sup> Cons. St., sez. I, 27 maggio 2015, n. 757. In particolare, il Ministero chiedeva chiarimenti circa la correttezza dell'interpretazione che identifica nel servizio taxi e nel noleggio con conducente le uniche due forme di trasporto pubblico non di linea ammissibili nel nostro ordinamento.

renze non di poco conto tra il servizio offerto tramite le nuove tecnologie e il servizio pubblico non di linea, in particolare il noleggio con conducente che rappresenterebbe la fattispecie più prossima. Di conseguenza, il Consiglio, a differenza di quanto prospettato dai giudici di Milano, inquadra i servizi in esame come trasporto privato non di linea, «attesa l'evidente incompatibilità con i tratti costitutivi del servizio pubblico e, comunque, con il servizio taxi». Ciononostante, il profilo relativo all'ammissibilità degli STM viene affrontato privilegiando la necessità che gli interessi coinvolti dal trasporto tramite autovettura ricevano adeguata protezione. Di conseguenza, nell'attuale quadro normativo, soltanto il possesso delle autorizzazioni prescritte dalla legge sul trasporto pubblico non di linea e il rispetto dei presupposti da essa fissati appaiono in grado di rispondere a tale esigenza.

Sul medesimo tema si è pronunciata, da ultimo, l'Autorità *antitrust*<sup>56</sup>. Quest'ultima adotta un approccio particolarmente "liberista", che guarda con particolare favore alle nuove forme di trasporto e ai suoi benefici effetti sia per la concorrenza sia per i consumatori. Ad avviso dell'*authority*, non è possibile classificare i servizi offerti tramite piattaforme tecnologiche (definiti, non a caso, «servizi di intermediazione») come attività di trasporto pubblico, «potendo piuttosto rappresentare un'applicazione informatica non soggetta ad alcuna disciplina e, dunque, di per sé legittima». Al pari del Consiglio di Stato, dunque, le prestazioni offerte da *Uber* vengono inquadrate nell'ambito dei servizi di trasporto privato non di linea. Per quanto riguarda quelli offerti tramite piattaforma digitale che mette in contatto utenza e autisti dotati di autorizzazione NCC, come nella maggior parte dei servizi offerti da *Uber*, l'Autorità sottolinea come non possano applicarsi le norme contenute nella l. n. 21/1992<sup>57</sup>, che avrebbero una portata ingiustamente restrittiva della concorrenza. Con riferimento, invece, ai trasporti offerti da autisti non professionisti e non dotati di autorizzazione, come *Uber Pop*, l'*antitrust* ne afferma la liceità, anche se evidenzia la necessità di valutare la conformità dell'attività in concreto svolta con precise norme pubblicistiche poste a garanzia della sicurezza del servizio. Ribadendo la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa interna quanto ai servizi offerti da *Uber*, l'Autorità auspica comunque un sollecito intervento del legislatore al fine di regolare il fenomeno, a patto che la regola-

<sup>56</sup> AS1222, "Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea", Roma, 29 settembre 2015. L'acquisizione dell'opinione dell'AGCM sul punto era stata sollecitata dallo stesso Consiglio di Stato nel proprio parere interlocutorio.

<sup>57</sup> In particolare, risulterebbero inapplicabili gli artt. 3 e 11, relativi rispettivamente allo stazionamento delle auto adibite al servizio NCC e agli obblighi dei titolari di autorizzazione per l'esercizio del relativo servizio.

mentazione sia il meno invasiva possibile e si concentri soprattutto sulla previsione di forme di registrazione per gli autisti e su un minimo di obblighi per i *drivers*<sup>58</sup>.

## 8. Alcune considerazioni conclusive

Il caso *Uber*, come visto, ha sollevato e continua a sollevare problemi, questioni e perplessità non solo di carattere giuridico, ma anche economico, sociale e, se vogliamo, culturale, legate all'avvento di nuove tecnologie applicate al trasporto di persone. Al fine di mettere un punto, per quanto provvisorio, rispetto alla ricostruzione della vicenda effettuata in questa sede, mi sembra sia opportuno riflettere su due aspetti tra loro connessi.

In primo luogo, non sembra criticabile, ma anzi giuridicamente ineccepibile alla luce del contesto normativo attuale, la scelta del Tribunale di Milano di inibire il servizio *Uber Pop*, interpretando la condotta della società statunitense come atto di concorrenza sleale in violazione del canone della correttezza professionale, ai sensi dell'art. 2598, c. 3, c.c. L'attività posta in essere dalla società di San Francisco, infatti, non può essere classificata, in ma-

<sup>58</sup> Anche in Francia e nel Regno Unito *Uber* ha trovato un importante alleato nei soggetti istituzionalmente deputati alla tutela della concorrenza. Quanto alla prima, nel 2015 l'*Autorité de la concurrence* ha duramente criticato alcune disposizioni della già citata *Loi Thévenoud*, soprattutto la norma che impone agli autisti NCC di rientrare nella propria rimessa al termine di ogni corsa, al fine di limitare il rischio che i clienti vengano individuati e caricati a bordo "su strada", al pari del servizio taxi. Nella nota dell'Autorità si legge infatti che «ce point est particulièrement préoccupant puisque la lutte légitime contre la maraude, qui relève du monopole des taxis, ne doit pas avoir pour conséquence de fausser la concurrence sur le marché de la réservation préalable, qui est ouvert à la concurrence. Or cette disposition tend à entraver l'activité des VTC. L'Autorité estime en outre que d'autres dispositifs de contrôle seraient plus efficaces pour contrer la maraude illégale». In UK, la *Competition and Markets Authority* (CMA) ha espresso parere negativo riguardo alle proposte di regolazione del settore avanzate da *Transport for London* (ente responsabile dei trasporti pubblici nella capitale), in primo luogo quella relative all'imposizione di un periodo minimo di cinque minuti di attesa tra una corsa e l'altra e quella che avrebbe obbligato i gestori dei *private hire vehicles* (PHV) a fissare in anticipo le tariffe. Secondo la CMA, infatti, ciò si tradurrebbe in un'a regolazione eccessivamente restrittiva della concorrenza, con l'unico risultato di danneggiare sia i clienti dei taxi che quelli delle compagnie private. Nel parere emesso nel dicembre 2015, l'*Authority* evidenzia conclusivamente come «raising the level of regulation for PHVs might reduce the regulatory gap between taxis and PHVs but in general, we do not think that raising the level of regulation on PHVs is likely to benefit consumers. On the contrary, we think it will harm them by reducing innovation and choice and potentially reducing opportunities for prices to be driven down».

niera limitativa, come mera intermediazione tra utenti e autisti, ricostruendo la vicenda in termini esclusivamente privatistici. *Uber*, al contrario, gestisce una piattaforma tecnologica che, da un lato si rivolge a una clientela indeterminata (al pubblico, quindi), dall'altro, integra un servizio che non solo risulta legato al trasporto materiale realizzato dagli autisti, ma ne rappresenta la condizione essenziale. Seguendo le indicazioni della Corte di giustizia europea circa la qualificazione e delimitazione del concetto di "servizi di trasporto" rilevanti ai sensi della Direttiva n. 2006/123/CE, che vi include anche le prestazioni intrinsecamente connesse allo spostamento materiale da un luogo all'altro, dunque, non sembra possibile qualificare i servizi offerti da *Uber* in altro modo; né come mera intermediazione commerciale, appunto; né come servizi della società dell'informazione, la cui stessa natura rimane, tra l'altro, piuttosto incerta. Anche a voler inquadrare le prestazioni offerte dalla compagnia americana in termini di servizi di trasporto privato, poi, sarebbe l'esigenza di tutelare interessi collettivi come la sicurezza e l'incolumità dei cittadini a imporre ai *drivers* comunque il possesso delle prescritte autorizzazioni previste per il servizio pubblico non di linea.

Ciò detto, appare di tutta evidenza che la disciplina e la risoluzione delle criticità di un nuovo ed emergente mercato, rappresentato dai c.d. servizi tecnologici per la mobilità, non possa essere lasciata alle cure esclusive del potere giudiziario. Come esplicitamente affermato dal Consiglio di Stato, dall'ART e dall'AGCM, un intervento atto a regolamentare e legittimare il fenomeno (anche modificando la legislazione vigente) non è più rinviabile, vista inoltre l'attenzione mediatica e dell'opinione pubblica tutta sulle vicende legate a *Uber*. A patto, però, che tale regolazione non si traduca in un atteggiamento repressivo, attraverso l'imposizione di limiti e barriere volte soltanto a consolidare posizioni di privilegio corporativo acquisite nel corso degli anni ma che, al contrario, sia ispirata alla promozione della concorrenza e alla massimizzazione dell'utilità dei consumatori<sup>59</sup>. Obiettivi perseguiti proprio dalla normativa sulla concorrenza sleale che in questo caso il giudice milanese ha fatto valere contro *Uber*. Ciò potrebbe avvenire pro-

<sup>59</sup> Tanto più che, come evidenziato da V.C. Romano, *op. cit.*, 139, non è assolutamente scontato che *Uber* sia destinato a monopolizzare in eterno il mercato degli STM, essendo il suo modello facilmente replicabile, visti i costi di imitazione non particolarmente alti.

B. Rogers, *The social costs of Uber, cit.*, sottolinea come il "modello *Uber*" comporti numerosi *benefits* sociali: una riduzione degli incentivi all'utilizzo dell'auto privata; un taglio più o meno certo ai costi dagli stessi sostenuti e una contestuale diminuzione dell'inquinamento ambientale; la possibilità di convertire ad altri usi spazi prima destinati ai parcheggi; addirittura, la una riduzione degli episodi di guida in stato di ebbrezza e gli incidenti da essa causati.



muovendo la coesistenza tra le diverse modalità di offerta dei servizi di trasporto passeggeri, assoggettandole a differenti livelli di regolazione<sup>60</sup>. Una regolazione che dovrà permettere a *Uber* e altre imprese simili di competere con il servizio taxi all'interno di una cornice di regole non meno favorevoli di quelle valevoli per quest'ultimo, secondo il principio della parità di trattamento che, ovviamente, dovrà essere declinato non astrattamente e a priori ma a seconda dei diversi contesti locali di riferimento<sup>61</sup>. Questo significa che alcune prescrizioni valevoli per i servizi di trasporto non di linea tradizionali, come quelle relative alla professionalità dei conducenti, alla sicurezza dei veicoli e alle problematiche di ordine assicurativo dovranno equamente essere applicate anche a *Uber* e ai suoi autisti. Altri aspetti, invece, dovranno essere oggetto di regole che non necessariamente si applicano

<sup>60</sup> Così, A. Palmieri, *op. cit.*, il quale prospetta la possibilità di bilanciare lo svantaggio che per una determinata categoria è rappresentato dall'apertura del mercato ad altri e nuovi operatori, con la concessione alla medesima di particolari "compensazioni", ad esempio per i costi sostenuti in relazione all'ottenimento di una licenza necessaria allo svolgimento del servizio taxi. A sostegno di tale tesi, l'A. cita la pronuncia della Corte di giustizia europea 14 gennaio 2015, C-518/13, *Eventech Ltd*, in cui è stata ritenuta astrattamente compatibile con la disciplina europea sugli aiuti di Stato la concessione in esclusiva ai taxi londinesi dell'utilizzo delle corsie preferenziali dedicate agli autobus, a discapito degli NCC.

Un esempio di quadro regolatorio introdotto specificamente per gli STM è rappresentato da quanto avvenuto in California dove la *California Public Utilities Commission* (CPUC) ha introdotto un insieme di norme «to apply to companies that provide prearranged transportation services for compensation using an online-enabled application (app) or platform to connect passengers with drivers using their personal vehicles». Cfr. *CPUC Establishes Rules for Transportation Network Companies*, Press Release, 19 Settembre 2013, disponibile al sito internet <http://docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/Published/G000/M077/K132/77132276.PDF>.

<sup>61</sup> Cfr. D. Geradin, *Should Uber be allowed to compete in Europe? And if so, how?*, in *Competition Policy International*, June 2015, 9-10. Sulla possibilità di introdurre compensazioni a favore dei tassisti o delle loro organizzazioni per i costi sostenuti per l'acquisto delle licenze, l'A. sottolinea che se da un lato ciò potrebbe rendere più semplice l'ingresso nel mercato dei nuovi operatori all'interno della nuova cornice di regole, dall'altro si porrebbero nuovi problemi. Infatti, «first, compensation may not be deserved when the investment has been fully amortized. Second, compensation creates a problem of valuation. Calculating the amount to which a driver should be allowed will not be simple and alleged calculation errors will lead to litigation. Third, the prospect of obtaining compensation in case of change of regulatory regime may incentivize operators in a variety of fields to try to obtain exclusive or special rights from public authorities, hence reducing competition. Finally, as the taxi industry is not the only sector that is sheltered from competition by regulation, liberalizing the economy may become a very expensive proposition that may induce local authorities to not engage in desirable reforms». Sul tema si veda M. J. Trebilcock, *Dealing with losers – The political economy of policy transitions*, Oxford University Press, 2014.

anche al servizio taxi, ma che risulteranno “cucite su misura” per gli STM: si pensi alle particolari questioni di carattere fiscale e a quelle legate alla tutela della privacy e al trattamento dei dati sensibili (come il numero della carta di credito abbinata a ogni *account*) degli utenti registrati sulla piattaforma digitale e che *Uber* è in grado di raccogliere<sup>62</sup>.

Un primo passo in questa direzione avrebbe potuto essere rappresentato dalla proposta di legge *bipartisan* presentata recentemente in Parlamento<sup>63</sup>, avente a oggetto la «disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione». Finalità principali del testo sembrano essere da un lato, la definizione minima dello *status* giuridico dei lavoratori che operano tramite le piattaforme informatiche; dall'altro, la predisposizione di un sistema normativo in grado di garantire trasparenza e parità di trattamento (*in primis* in materia fiscale<sup>64</sup>) rispetto agli operatori economici tradizionali, nonché tutelare i consumatori, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti legati alla salute, alla sicurezza e alla *privacy*. L'AGCM viene individuata come soggetto predisposto alla regolazione e vigilanza sull'attività delle piattaforme digitali e presso la stessa verrebbe istituito un «Registro elettronico nazionale delle piattaforme digitali dell'economia della condivisione». La stessa autorità, inoltre, avrebbe la possibilità di imporre la stipulazione di polizze assicurative in capo ai gestori delle piattaforme stesse per la copertura dei rischi tipici relativi alla specifica attività svolta (art. 3). I gestori delle piattaforme, infine, dovranno dotarsi di un documento di politica aziendale soggetto al parere vincolante dell'AGCM, che dovrebbe includere le condizioni contrattuali tra la piattaforma e gli utenti. Nel documento, la cui approvazione è propedeutica rispetto all'iscrizione nel predetto registro elettronico, non potranno essere contenute, a pena di nullità, previsioni discriminatorie

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016. Il testo è attualmente oggetto di una procedura di consultazione pubblica *online*, conclusasi il 31 maggio 2016.

<sup>64</sup> Si legge nella Proposta di legge che «una compiuta regolamentazione del fenomeno consentirebbe infatti l'emersione di un ampio segmento di economia informale relativo ai servizi tipicamente riconducibili alla *sharing economy*. Si potrebbero così recuperare in Italia circa 450 milioni di euro di prodotto interno lordo (PIL) di base imponibile, attualmente oggetto di elusione fiscale, corrispondenti a non meno di 150 milioni di euro di maggiore gettito per l'erario, tra imposte dirette e imposte indirette». Nella Proposta viene stabilita un'aliquota fissa del 10% per la tassazione degli introiti generati dalle piattaforme informatiche (che agirebbero da sostituti d'imposta nei confronti degli iscritti), fino a un massimo annuo di diecimila euro. Superati i diecimila euro annui, gli introiti verrebbero considerati redditi a tutti gli effetti e quindi da sommare a tutti gli altri percepiti nel medesimo periodo d'imposta.

o che impongano «la fissazione di tariffe obbligatorie per gli utenti operatori» (art. 4).

Le attività di intermediazione di servizi professionali, e quindi anche i servizi offerti da *Uber*, non rientrerebbero tuttavia nell'ambito di applicazione della legge per espressa volontà dei parlamentari proponenti. L'art. 2, infatti, nel definire il delicato concetto di economia della condivisione, esclude espressamente «le piattaforme che operano intermediazione in favore di operatori professionali iscritti al registro delle imprese». Ciò significa che la legge, occupandosi esclusivamente degli operatori privati “occasionalni” (ossia che ricavano dall'attività in questione fino a un massimo di diecimila euro all'anno), non andrebbe a interessare le professioni, che continuerebbero a essere regolate dalle leggi vigenti. Un'occasione persa, insomma. Un atto normativo di questo tipo, però, attraverso una prima regolamentazione delle piattaforme digitali, potrebbe comunque essere funzionale a fornire un primo e basilare quadro giuridico (ad esempio per quanto riguarda le problematiche di ordine tributarie o quelle relative al controllo generalizzato in capo ad un'autorità indipendente) che possa poi essere preso a riferimento per la regolamentazione dei servizi tecnologici per la mobilità, da realizzarsi con un intervento normativo *ad hoc* quanto mai necessario.

### *Abstract*

*The American company Uber provides road transport services through an app which puts into contact possible passengers and affiliated drivers. However, a specific service called Uber Pop has been forbidden by two sentences pronounced by the Tribunal of Milan, because of its key feature. Drivers have no regular license for passengers transport, as the Italian law requires, but they are simple citizens that make available their private cars for this service, indeed. This article, after reconstructing what happened during the trial, analyzes the case from two different perspectives. Firstly, it examines in depth Uber's behavior, in order to verify if it is possible to speak about unfair competition under the Italian civil legislation. Consequently, Uber's ordinary services are examined, so it will be possible to understand their real nature also in the light of the positions assumed by foreign and national institutions. Are these services classifiable as “public transport”, normally not regarded by the European liberalizations? Do they fit better in the “information society services” category? In the end, the article highlights the need for regulatory measures in the field of technological mobility services and tries to prospect some possible solutions.*



CLAUDIO CATALDI

IL “QUARTO PACCHETTO FERROVIARIO”:  
LA PROPOSTA PER UNO SPAZIO FERROVIARIO EUROPEO  
UNICO E LIBERALIZZATO

SOMMARIO: 1. Introduzione: l’architettura del quarto pacchetto ferroviario. – 2. Il pilastro di mercato: i nodi della concorrenza. – 2.1 L’indipendenza del gestore dell’infrastruttura. – 2.2 L’apertura alla concorrenza del trasporto nazionale passeggeri. – 2.3 Le misure per incentivare la contendibilità dei contratti di servizio pubblico: l’accesso al materiale rotabile. – 3. Il pilastro tecnico. – 3.1 La trasformazione dell’ERA: dall’armonizzazione all’amministrazione diretta. – 4. Conclusioni.

**1. Introduzione: l’architettura del quarto pacchetto ferroviario**

Con comunicazione del 30 gennaio 2013 COM(2013) 25 final, la Commissione europea ha proposto l’adozione di un quarto pacchetto ferroviario «per affrontare gli ostacoli che ancora si frappongono alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo unico»<sup>1</sup> e per aumentare la quota modale del trasporto ferroviario<sup>2</sup>, strategico per lo sviluppo e la sostenibilità a lungo termine dei trasporti nell’Unione europea<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Prima della proposta della Commissione europea, sono stati adottati dall’Unione europea a fini di regolazione, liberalizzazione ed armonizzazione tecnica del settore ferroviario: la direttiva 91/440/CEE, le direttive 95/18/CE e 95/19/CE, il primo pacchetto ferroviario (direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE), il secondo pacchetto ferroviario (direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE, 2004/51/CE e regolamento (CE) 881/2004), il terzo pacchetto ferroviario (direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE, nonché regolamenti (CE) 1370/2007 e 1371/2007) e la direttiva “recast” 2012/34/UE, che è stata, peraltro, recentemente recepita in Italia con decreto legislativo 15 luglio 2015, n. 112.

<sup>2</sup> Nella comunicazione COM(2013) 25 final, la Commissione ha evidenziato, infatti, che la quota modale del trasporto ferroviario di merci è pari al 10,2% e quella del trasporto ferroviario di passeggeri è solo del 6%, anche se si registra una progressiva conquista di quote di mercato delle reti ad alta velocità rispetto al trasporto aereo.

<sup>3</sup> Il Libro bianco del 2011 sui trasporti COM(2011) 144 def. ritiene strategico, nel lungo periodo, il potenziamento del ruolo del trasporto ferroviario, data la difficoltà a ridurre la dipendenza dal petrolio in altri settori.

Secondo la Commissione, la definitiva realizzazione dello spazio ferroviario europeo unico non può prescindere, innanzitutto, dall'eliminazione delle barriere giuridiche che limitano ancora l'accesso al mercato di nuovi operatori e continuano a proteggere gli *incumbent*. L'eliminazione delle barriere giuridiche non è, però, da sola sufficiente per raggiungere l'obiettivo di uno spazio ferroviario europeo unico, almeno sino a quando esistano barriere amministrative e tecniche tali da scoraggiare nuovi investimenti e frammentare la rete in tanti e disomogenei sistemi nazionali.

Di qui l'articolazione in due distinti pilastri del quarto pacchetto ferroviario: il pilastro di mercato e il pilastro tecnico<sup>4</sup>.

Fanno parte del primo pilastro (*market pillar*) le misure volte all'eliminazione delle barriere giuridiche di accesso al mercato, che mirano principalmente a rafforzare l'indipendenza dei gestori dell'infrastruttura e ad aprire alla concorrenza il mercato nazionale del trasporto passeggeri. A tal fine, la Commissione europea ha proposto significative modifiche della recente direttiva 2012/34/UE, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico (c.d. direttiva *recast*), e del regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia; la Commissione ha, inoltre, proposto l'abrogazione del regolamento (CEE) n. 1162/2009, relativo alle norme comuni per la normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie.

Fanno parte, invece, del secondo pilastro (*technical pillar*) le misure volte a garantire l'uniformità tecnica e amministrativa dello spazio ferroviario europeo, mediante l'attribuzione alla *European Railway Agency* (ERA) di rilevanti funzioni di amministrazione diretta concernenti l'immissione dei veicoli sul mercato ed il rilascio del certificato di sicurezza alle imprese ferroviarie. La Commissione ha proposto, in particolare, l'adozione di un nuovo regolamento sull'ERA, abrogativo del precedente regolamento (CE) n. 881/2004, nonché modifiche, rispettivamente, della direttiva 2004/49/CE, relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie, e della direttiva 2008/57/CE, relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario comunitario<sup>5</sup>.

Nonostante siano trascorsi tre anni dalla proposta legislativa della

<sup>4</sup> Sull'architettura del quarto pacchetto ferroviario, v. la relazione di E. Garofalo, *Il quarto pacchetto ferroviario*, presentata il 19 novembre 2015 nel corso del convegno su *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Roma, Università "La Sapienza" di Roma, Facoltà di Economia, Dipartimento di economia e diritto.

<sup>5</sup> Sulla *de-regulation* e *re-regulation* del settore ferroviario da parte dell'Unione europea, si veda M. Finger e P. Messulam, *Rail economics and regulation*, in M. Finger e P. Messulam (a cura di), *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, 2015, Cheltenham, Edward Elgar, 1 ss.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

Commissione, il quarto pacchetto ferroviario non è stato, però, ancora approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

Il pacchetto deve essere approvato, infatti, congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria di “codecisione” disciplinata dall’art. 294.

Il Consiglio ha raggiunto un accordo provvisorio con il Parlamento europeo sulle tre proposte del pilastro tecnico; l’accordo è stato confermato dagli Stati membri nella riunione del Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) del 30 giugno 2015 ed il successivo 10 dicembre 2015 il Consiglio ha approvato le proposte del pilastro tecnico in prima lettura.

Sarà, invece, oggetto di negoziazione con il Parlamento europeo il recente orientamento generale sul pilastro di mercato, assunto dal Consiglio nella seduta dell’8 ottobre 2015, che contiene, peraltro, incisive mende delle proposte della Commissione<sup>6</sup>.

Le difficoltà di approvazione del quarto pacchetto legislativo sono indubbiamente sintomatiche del conflitto tra la Commissione e gli Stati membri dell’Unione europea, che, come si vedrà nel prosieguo, hanno proposto radicali modifiche all’impostazione seguita dalla Commissione in tema di *governance* dell’infrastruttura e significative eccezioni all’attribuzione competitiva dei contratti di servizio pubblico.

Il contributo avrà un taglio essenzialmente descrittivo, così da aver ben presenti le maggiori tematiche del settore, e non potrà che fornire conclusioni provvisorie, anche per la difficoltà di reperire studi sufficientemente consolidati sulla validità dei diversi modelli di gestione del settore ferroviario proposti.

## 2. Il pilastro di mercato: i nodi della concorrenza

Le proposte della Commissione muovono dalla constatazione dell’esistenza di numerosi colli di bottiglia che impediscono lo sviluppo e la realizzazione dello spazio ferroviario europeo unico.

Molti e rilevanti sono, infatti, per la Commissione, i nodi da sciogliere.

In primo luogo, occorre garantire l’accesso paritario di tutti gli operatori di trasporto all’infrastruttura ferroviaria; per questa ragione, la Commissione interviene incisivamente sulla *governance* dell’infrastruttura per evi-

<sup>6</sup> Sull’*iter* di approvazione del quarto pacchetto ferroviario, si veda il sito del Consiglio all’indirizzo <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/4th-railway-package/>.

tare conflitti d'interesse che conducano il gestore a discriminare le imprese ferroviarie nuovi entranti.

In secondo luogo, occorre aprire alla concorrenza “nel” mercato tutti i possibili tipi di servizi di trasporto ferroviario che si svolgono nell'Unione europea, ivi incluso il trasporto nazionale passeggeri, ed attribuire con procedure competitive (concorrenza “per” il mercato) i contratti di servizio pubblico (*Public Services Obligation*), oggetto di sussidi a garanzia della copertura universale del servizio. Vengono eliminate, inoltre, alcune barriere alla possibilità contendibilità dei contratti di servizio pubblico, prevedendo misure specifiche per l'accesso effettivo e non discriminatorio delle imprese ferroviarie al materiale rotabile.

Le diverse tessere del pilastro di mercato compongono un mosaico decisamente *market-oriented*. Molte delle misure proposte dalla Commissione non vedranno probabilmente la luce, viste le rilevanti obiezioni già sollevate dal Parlamento europeo nella prima lettura del pacchetto legislativo e il recente orientamento generale assunto dal Consiglio.

### 2.1 L'indipendenza del gestore dell'infrastruttura

L'apertura al mercato del settore ferroviario ha richiesto, innanzitutto, come condizione preliminare, la separazione del gestore dell'infrastruttura dalla principale impresa di trasporto ferroviario, in precedenza integrati nei monopoli pubblici operanti in regime di riserva.

Sono tre i modelli di separazione possibili, partendo dal massimo grado di separazione possibile per arrivare a quello più blando:

(i) la separazione istituzionale (*full institutional separation*), caratterizzata dalla separazione proprietaria, oltre che strutturale, del gestore dell'infrastruttura rispetto alle imprese ferroviarie;

(ii) la separazione strutturale (*organisational separation*), nella quale, pur essendo organizzati il gestore e la principale impresa di trasporto ferroviario in entità giuridiche distinte, essi appartengono comunque al medesimo gruppo societario, facente capo ad una *holding* di solito in mano pubblica;

(iii) la separazione contabile (*accounting separation*), nella quale, pur rimanendo inalterata la struttura verticalmente integrata che include il gestore e l'impresa ferroviaria, i conti delle due attività vengono tenuti distinti<sup>7</sup>.

Il modello di separazione che ha avuto la maggiore diffusione in Europa

<sup>7</sup> Per le definizioni del c.d. *railway unbundling*, si veda D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe* cit., 52 ss.



## il “quarto pacchetto ferroviario”

è il secondo: si pensi, tra i principali, ai casi di Germania, Austria e Italia<sup>8</sup>. È recentissima, poi, la scelta della Francia di riorganizzare il settore ferroviario con la costituzione di un gruppo ferroviario facente capo ad una *holding*<sup>9</sup>.

Hanno privilegiato, invece, il modello di separazione istituzionale paesi come la Svezia<sup>10</sup> e la Gran Bretagna<sup>11</sup>, veri e propri precursori della *regulation policy* avviata all’inizio degli anni Novanta dalla Commissione europea.

<sup>8</sup> In Germania, il principale gestore dell’infrastruttura (*DB Netz*) e diverse imprese di trasporto (facenti capo a *DB Mobility Logistics*) appartengono alla *holding* di proprietà statale *Deutsche Bahn*; sul modello tedesco, v. D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, cit., 61 e 64 nonché il grafico di p. 63, nonché la relazione di G. Hermes, *La disciplina del trasporto ferroviario in Germania*, Roma, 20 novembre 2015, presentata nel corso del convegno su *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*. In Austria, l’*holding* pubblica che detiene il capitale del gestore dell’infrastruttura e della principale impresa di trasporto è *ÖBB-Holding*. In Italia, il gestore dell’infrastruttura Rete Ferroviaria Italiana – R.F.I. S.p.A. e la principale impresa ferroviaria Trenitalia S.p.A. appartengono entrambe a Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., *holding* di proprietà stradale. Il caso della Spagna è leggermente differente in quanto il gestore dell’infrastruttura (ADIF) e la principale impresa di trasporto ferroviario (RENFE) fanno entrambe capo direttamente al Ministero dei lavori pubblici (v. la relazione di J. Agudo, *Concorrenza e regolazione nel trasporto ferroviario in Spagna*, Roma, 20 novembre 2015, presentata nel corso del convegno *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit.).

<sup>9</sup> Con la legge n° 2014-872 del 4 agosto 2014, è stato costituito in Francia un gruppo pubblico ferroviario, di cui *SNCF* è la capogruppo, *SNCF Réseau* è la società incaricata della gestione dell’infrastruttura, *SNCF Mobilités* è la società incaricata dell’attività di trasporto ferroviario (v. la relazione di L. Lorenzoni, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario in Francia*, Roma, 20 novembre 2015, presentata nel corso del convegno *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit.). Come evidenziato da D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, cit., 65, nel precedente regime di separazione istituzionale il gestore dell’infrastruttura, RFF, aveva delegato ad una divisione organica (DCF) della principale impresa ferroviaria, SNCF, alcune funzioni di manutenzione dell’infrastruttura e di controllo del traffico: «The functioning of this regime proved problematic due to numerous conflicts between SNCF and RFF resulting from the complex delineation of the infrastructure management responsibilities between RFF and SNCF. These problems eventually led, in 2013, to the French government adopting a plan (accepted by Parliament in 2014) to reintegrate SNCF and RFF within a holding structure by 2015 in order to ensure greater coordination».

<sup>10</sup> Nel 1988, con il *Transport Policy Act*, la compagnia di Stato *SJ* è stata “spacchettata”. Lo Stato ha mantenuto la gestione dell’infrastruttura, attribuendola ad un’apposita agenzia governativa (*Banverket*), recentemente fusa con l’agenzia responsabile dell’infrastruttura stradale (*Trafikverket*). *SJ* è divenuta, invece, un’impresa attiva nel settore del trasporto ferroviario. Per le informazioni essenziali sul caso svedese, definito «First Unbundling Experience Pre-dating Directive 91/440», D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, cit., 58.

<sup>11</sup> Con il *Railways Act* del 1993, vi è stata in Gran Bretagna la privatizzazione del settore ferroviario e la separazione istituzionale tra gestore dell’infrastruttura e imprese di tra-

Il fenomeno delle *holding* non è idoneo, tuttavia, ad avviso della Commissione, a garantire un accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura ferroviaria<sup>12</sup> in ragione della mancanza di un'"effettiva" indipendenza del gestore. Secondo la Commissione, infatti, in tale caso, «i gestori dell'infrastruttura si trovano di fronte ad un conflitto di interessi perché, dovendo tener conto degli interessi commerciali della struttura integrata e delle sue società controllate che operano nei trasporti, sono incentivati a operare discriminazioni quando si tratta di fornire l'accesso all'infrastruttura»<sup>13</sup>. Le strutture integrate rendono inoltre – prosegue la Commissione – «molto più difficile applicare la separazione contabile tra gestione dell'infrastruttura e attività di trasporto», in quanto «le autorità di regolamentazione incontrano difficoltà a tracciare i flussi finanziari tra le diverse società controllate e la società holding in una struttura integrata» e gli «strumenti contabili permettono di aumentare o diminuire artificialmente i risultati delle rispettive società controllate»<sup>14</sup>.

La constatazione delle possibili criticità insite nel fenomeno delle *holding* aveva già spinto la Commissione europea a presentare, tra il 2010 e il 2011, ricorsi per inadempimento alla Corte di giustizia nei confronti di diversi Stati membri, quali Germania, Austria e Italia<sup>15</sup>.

sporto. È stata costituita, infatti, *Railtrack Plc*, società privata quotata in Borsa, alla quale è stata affidata la responsabilità dell'infrastruttura; il servizio di trasporto, precedentemente svolto dal monopolista *British Rail*, è stato suddiviso in distinte aree su base territoriale ed affidato ad aziende private (*TOCs*) con il sistema dei *franchises*. Nel 2001, *Railtrack Plc* è fallita ed è stata costituita «a public interest company», denominata *Network Rail Limited*, a cui è stata affidata la gestione dell'infrastruttura. In data 1° settembre 2014, *Network Rail Limited* è stata riclassificata quale «central government body». Sul caso inglese, v. C.M. Colombo, *Il mercato nel settore ferroviario britannico*, in *Amministrare*, n. 1-2, 2011, 281 ss., la relazione di T. Prosser, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei "franchises"*, Roma, 20 novembre 2015, presentata nel corso del convegno *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit., nonché D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, cit., 59 e 61.

<sup>12</sup> Sul gestore dell'infrastruttura quale «garante tecnico della concorrenza», v. S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 171 ss.

<sup>13</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, per quanto riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia e la governance dell'infrastruttura ferroviaria, 2013/0029 (COD).

<sup>14</sup> 2013/0029 (COD) cit.

<sup>15</sup> Cause C-555/10 *Commissione/Austria*, C-556/10 *Commissione/Germania*, C-282/11 *Commissione/Italia*.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

La Corte di giustizia ha respinto, però, i ricorsi per inadempimento promossi dalla Commissione europea nei confronti di Germania ed Austria<sup>16</sup>, inducendo così la stessa Commissione a rinunciare, poi, all’analogo motivo di ricorso formulato nei confronti dell’Italia<sup>17</sup>. Secondo la Corte di giustizia, la censura della Commissione si baserebbe, in particolare, su una mera presunzione di incompatibilità del modello della *holding*, non essendo stata fornita alcuna prova concreta dell’inadempimento contestato, e cioè la mancanza d’indipendenza del gestore dell’infrastruttura appartenente al medesimo gruppo societario della principale impresa di trasporto ferroviaria.

Per evitare che il fenomeno delle *holding* possa pregiudicare l’accesso equo e non discriminatorio all’infrastruttura, con il quarto pacchetto ferroviario, la Commissione europea ha deciso di introdurre allora una serie di incisive misure a tutela dell’effettiva indipendenza organizzativa e decisionale del gestore dell’infrastruttura rispetto a qualsiasi impresa ferroviaria.

Il nuovo art. 7 della direttiva 2012/34/UE prevede, innanzitutto, quale modello portante per la *governance* dell’infrastruttura, la separazione istituzionale tra il gestore dell’infrastruttura e le imprese ferroviarie.

Il paragrafo 5 dell’art. 7 consente, tuttavia, agli Stati membri di mantenere fermi i regimi esistenti di gestori dell’infrastruttura inseriti in *holding* a integrazione verticale, purché i gestori svolgano tutte le funzioni indicate all’art. 3, par. 2<sup>18</sup>, e godano di «effettiva indipendenza organizzativa e decisionale rispetto a qualsiasi impresa ferroviaria conformemente agli articoli da 7-*bis* a 7-*quater*».

L’effettiva indipendenza organizzativa e decisionale del gestore è assicurata, innanzitutto, dalle cc.dd. “muraglie cinesi” (*Chinese walls*), che rendono impermeabili i processi decisionali del gestore medesimo.

<sup>16</sup> Corte di giustizia, sez. I, 28 febbraio 2013, C-555/10, *Commissione europea c. Repubblica d’Austria* e Corte di giustizia, sez. I, 28 febbraio 2013, C-556/10, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

<sup>17</sup> Sia consentito il rinvio a C. Cataldi, *La sentenza della Corte di giustizia C-369/11 e la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario*, in *questa Rivista*, 2014, n. 2, 269 ss.

<sup>18</sup> Ai sensi del nuovo art. 3, par. 2, della direttiva 2012/34/UE, il gestore dell’infrastruttura è «qualsiasi organismo o impresa che assicura lo sviluppo, l’esercizio e la manutenzione dell’infrastruttura ferroviaria su una rete; lo sviluppo comprende la programmazione di rete, la programmazione finanziaria e degli investimenti, nonché la costruzione e i miglioramenti dell’infrastruttura; l’esercizio dell’infrastruttura comprende tutti gli elementi della procedura di assegnazione delle tracce ferroviarie, incluse la definizione e la valutazione della disponibilità e l’assegnazione di tracce individuali, la gestione del traffico e l’imposizione di canoni per l’utilizzo dell’infrastruttura, incluse le relative determinazione e riscossione; la manutenzione comprende le attività di rinnovo dell’infrastruttura e le altre attività di gestione del patrimonio».

Le “muraglie cinesi” proposte dalla Commissione operano, in particolare, a un duplice livello, di organizzazione societaria e di gestione del personale e della dirigenza.

Il nuovo art. 7-*bis* vieta, innanzitutto, la possibilità che le imprese di trasporto integrate nella *holding* detengano partecipazioni dirette o indirette nel gestore dell’infrastruttura e viceversa. Lo stesso art. 7-*bis* impedisce, inoltre, che le entrate del gestore siano usate per finanziarie altre entità giuridiche integrate nella *holding* e che il gestore possa concedere loro prestiti e viceversa ed impone che i debiti del gestore siano nettamente separati da quelli di tali entità giuridiche; la contabilità del gestore e delle altre entità giuridiche inserite nella *holding* a integrazione verticale devono essere tenute, pertanto, in modo da avere “*circuiti finanziari separati*”.

Il nuovo art. 7-*ter* prevede, invece, rispettivamente, che: a) i membri del consiglio d’amministrazione e l’alta dirigenza del gestore dell’infrastruttura non siedano nel consiglio di vigilanza o nel consiglio d’amministrazione di altre entità giuridiche integrate nella *holding*; b) per un periodo di tre anni dopo aver lasciato l’incarico presso il gestore dell’infrastruttura, i membri del consiglio di vigilanza o del consiglio d’amministrazione e gli alti dirigenti del gestore medesimo non occupino nessuna posizione dirigenziale in altre entità giuridiche integrate nella *holding* e viceversa; c) il gestore abbia personale proprio e sede in locali separati dalle altre entità giuridiche integrate nella *holding* e l’accesso ai sistemi informatici sia protetto per garantire l’indipendenza del gestore medesimo.

È introdotta, quindi, dall’art. 7-*quater* una procedura di verifica della conformità in base alla quale la Commissione, su richiesta di uno Stato membro o d’ufficio, può decidere «se il gestore dell’infrastruttura inserito in un’impresa a integrazione verticale soddisfa i requisiti di cui agli articoli 7-*bis* e 7-*ter* e se tali requisiti sono applicati in modo atto a garantire pari condizioni di concorrenza a tutte le imprese ferroviarie e l’assenza di distorsioni della concorrenza sul mercato in questione». Gli Stati membri possono limitare i diritti d’accesso per le imprese ferroviarie integrate nella *holding* nelle more della presentazione di richiesta di verifica o dell’esame della Commissione e possono, altresì, limitarli naturalmente quando intervenga una decisione negativa della Commissione medesima, che può essere comunque oggetto di riesame.

La *verification clause* ha suscitato, per la verità, alcune perplessità, in quanto attribuirebbe alla Commissione poteri di conformazione del mercato incompatibili con lo stesso principio del libero accesso al mercato<sup>19</sup>. Più

<sup>19</sup> Si veda G. Knieps, *Competition and third-party access in railroads*, in *Rail Economics*, Pol-

## il “quarto pacchetto ferroviario”

in generale, la stessa opzione della separazione istituzionale del gestore dell’infrastruttura dalle imprese di trasporto è stata messa in discussione da recenti studi, in quanto richiederebbe maggiori costi per poter coordinare i diversi attori del settore<sup>20</sup>. Proprio per garantire un maggiore coordinamento tra i diversi attori del sistema, il nuovo art. 7-*quinqüies* richiede comunque agli Stati membri di assicurare che «i gestori dell’infrastruttura istituiscano e organizzino comitati di coordinamento per ciascuna rete». L’art. 7-*sexies* richiede, inoltre, agli Stati membri di assicurare che i gestori dell’infrastruttura «partecipino e cooperino in una rete al fine di sviluppare l’infrastruttura ferroviaria dell’Unione».

L’orientamento generale recentemente assunto dal Consiglio modifica profondamente l’approccio seguito dalla Commissione.

L’ottica da cui muove il Consiglio non è, infatti, tanto quella di garantire l’effettiva indipendenza decisionale ed organizzativa dei gestori dell’infrastruttura inseriti in gruppi societari verticalmente integrati, ma piuttosto quella di rafforzare, con misure di trasparenza societaria e finanziaria, l’indipendenza decisionale ed organizzativa dei gestori nell’espletamento delle funzioni essenziali di accesso alla rete. Le funzioni essenziali ricomprendono,

*icy and Regulation in Europe* cit., 46, secondo cui «The issue of third-party access regulation is thus used as a lever for ad hoc evaluations of the Commission regarding the question of whether competition in the markets of train services can be observed. Such a performance-based regulation would be completely anti-competitive by its very nature and incompatible with the disaggregated approach of regulatory economics. It would be a combination of two failures: misunderstanding the many faces of competition on the markets for network services and mistrusting the proper application of the instruments of third-party access regulation». Dubbi su quali debbano essere i criteri che guidino le decisioni della Commissione sono stati sollevati, peraltro, nel corso del “9th Florence Rail Forum” della *Florence School of Regulation* dedicato al tema *Discussing the 4th Railway Package: which role for markets in domestic rail passenger transport?* (si veda il resoconto di M. Finger, N. Bert e D. Kupfer).

<sup>20</sup> Critico sul modello dell’*unbundling* proprio per via dei maggiori costi di coordinamento e *realignment* è D. van de Velde, *European railway reform: unbundling and the need for coordination*, cit., 52 ss. L’a. cita, peraltro, lo studio di R. McNulty, *Realising the potential of GB rail: final independent report of the Rail Value for Money study*, condotto nel 2011 per il *Department for Transport and Office of Rail Regulation*, a seguito del quale sono state create *joint ventures* tra il gestore dell’infrastruttura ed un operatore ferroviario come nel caso della *Wessex Alliance* tra *South West Trains* e *Network Rail*. Sulla frammentazione e sull’aumento dei costi del sistema ferroviario del Regno Unito derivanti dalla separazione istituzionale del gestore dell’infrastruttura dai *TOCs* v. anche T. Prosser, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei “franchises”*, Roma, 20 novembre 2015, il quale ha sottolineato, tuttavia, il considerevole aumento dei passeggeri a seguito delle riforme ferroviarie in Gran Bretagna. L’a. ha concluso infatti la relazione con la seguente affermazione: «Some successes, notably big rise in passenger numbers, but hugely increased costs and lack of industry leadership».

in particolare, «l'adozione di decisioni relative all'assegnazione delle tracce ferroviarie, incluse sia la definizione e la valutazione della disponibilità che l'assegnazione delle singole tracce ferroviarie, e l'adozione di decisioni relative all'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura, comprendenti il calcolo e la riscossione dei canoni, in conformità del quadro per l'imposizione dei canoni e del quadro per l'assegnazione della capacità istituiti dagli Stati membri ai sensi degli articoli 29 e 39»<sup>21</sup>.

Le proposte della Commissione vengono, pertanto, riformulate per garantire l'indipendenza del gestore nelle funzioni essenziali di accesso alla rete; scompare completamente la *verification clause*.

Il Consiglio riprende così la strada seguita dal primo pacchetto ferroviario.

Il primo pacchetto ferroviario (e, in particolare, la direttiva 2001/12/CE) aveva, infatti, già previsto che il gestore dell'infrastruttura fosse indipendente dalle imprese di trasporto ferroviario sul piano giuridico, organizzativo e decisionale nell'esercizio delle funzioni essenziali di accesso alla rete. Ora, il Consiglio prevede misure specifiche per rafforzare quell'indipendenza organizzativa e decisionale del gestore nell'esercizio delle funzioni essenziali di accesso alla rete, sin qui più dichiarata che effettivamente perseguita dal legislatore comunitario. Accanto a misure istituzionali, quali il divieto per un'impresa ferroviaria di esercitare un'influenza determinante sulle funzioni essenziali esercitate dal gestore e sulle nomine e licenziamenti dei responsabili decisionali delle funzioni essenziali<sup>22</sup>, sono previste misure specifiche di trasparenza finanziaria volte ad impedire la pratica dei sussidi incrociati<sup>23</sup>.

## 2.2 *L'apertura alla concorrenza del trasporto nazionale passeggeri*

L'art. 10 della direttiva 2012/34/UE garantisce oggi alle imprese ferroviarie il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria in tutti gli Stati membri «per l'esercizio di tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario per merci», nonché «per l'esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri». Nell'ambito del servizio di trasporto internazionale di passeggeri, è consentito inoltre il c.d. cabotaggio, e cioè «il diritto di far salire passeggeri in ogni stazione situata lungo il percorso internazionale e farli scendere

<sup>21</sup> Si veda il testo del nuovo art. 3, punto 2-*sexies*, della direttiva 2012/34/UE proposto dal Consiglio. L'orientamento generale del Consiglio è reperibile sul sito internet del Consiglio all'indirizzo <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/4th-railway-package/>.

<sup>22</sup> Si veda il testo del nuovo art. 7-*bis*, direttiva 2012/34/UE proposto dal Consiglio.

<sup>23</sup> Si veda il testo del nuovo art. 7-*quinquies*, direttiva 2012/34/UE proposto dal Consiglio.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

in un'altra stazione, incluse le stazioni situate in uno stesso Stato membro», anche se gli Stati membri possono limitare l'esercizio di tale diritto quando esso «comprometta l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico».

L'unico segmento non ancora liberalizzato rimane, dunque, il trasporto nazionale di passeggeri.

La sottrazione di tale segmento a logiche di mercato è legata all'esistenza di preponderanti obblighi di servizio pubblico. Il regolamento (CE) n. 1370/2007 si preoccupa, infatti, di assicurare che la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri avvenga «senza discriminazione e in maniera continuativa», definendo gli obblighi e le compensazioni necessarie perché gli operatori possano prestare anche servizi di trasporto non remunerativi.

Il trasporto pubblico di passeggeri può essere gestito, secondo il regolamento (CE) n. 1370/2007, in regime di autoproduzione dalle stesse autorità competenti degli Stati membri. Tali autorità possono decidere, infatti, di fornire esse stesse il servizio di trasporto pubblico oppure possono procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a società *in house*.

I contratti di servizio pubblico affidati a terzi devono essere aggiudicati, di norma, con procedure di gara. Se non è vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno, tuttavia, la facoltà di aggiudicare direttamente e, quindi, senza gara i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia.

Di qui la coesistenza in Europea di tutte le possibili forme di gestione del trasporto ferroviario, con ricadute negative evidenti sull'omogeneità del sistema: la concorrenza “nel” mercato (*open-access approach*), la concorrenza “per” il mercato (*the tendered concessions model for sub-networks*), il regime di riserva (*the concession of the network to a monopolistic operator*)<sup>24</sup>.

Le proposte della Commissione ridisegnano incisivamente il settore ferroviario, eliminando ogni possibile forma di riserva ed organizzando il settore secondo le direttrici dell'*open access* e dell'attribuzione competitiva delle *Public Services Obligations*.

Viene riformulato, innanzitutto, l'art. 10 della direttiva 2012/34/CE:

<sup>24</sup> Si veda a tal proposito la ricognizione operata da A.S. Bergantino, *Incumbents and new entrants*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe* cit., 175, che passa in rassegna i diversi modelli di gestione adottati dai principali Paesi europei. Si veda, inoltre, anche il già citato resoconto dell'“9th Florence Rail Forum” della *Florence School of Regulation* dedicato al tema *Discussing the 4th Railway Package: which role for markets in domestic rail passenger transport?*.

alle imprese ferroviarie è concesso, infatti, «a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, il diritto di accesso all'infrastruttura ferroviaria di tutti gli Stati membri per l'esercizio di tutti i tipi di servizio di trasporto di passeggeri per ferrovia».

La liberalizzazione del mercato ferroviario non può andare, tuttavia, a detrimento dei servizi sussidiati con i contratti di servizio pubblico. Sulla falsariga di quanto già precedentemente previsto in tema di cabotaggio nel servizio di trasporto internazionale di passeggeri, la Commissione propone allora l'introduzione del c.d. *equilibrium test*.

Gli Stati membri possono limitare, difatti, il diritto d'accesso per i servizi di trasporto passeggeri tra un dato punto di partenza e una data destinazione «quando uno o più contratti di servizio coprono lo stesso percorso o un percorso alternativo, se l'esercizio di tale diritto compromette l'equilibrio economico del contratto o dei contratti di servizio pubblico in questione»<sup>25</sup>. Il delicato compito di giudicare se l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico sia compromesso è affidato all'organismo di regolamentazione, che è tenuto a procedere «ad un'analisi economica oggettiva» e deve basare la propria decisione motivata su «criteri prestabiliti»<sup>26</sup>.

La risoluzione dei possibili conflitti tra mercato ed obblighi di servizio pubblico esige, dunque, un regolatore indipendente e neutrale, dotato di poteri effettivi, che decida in assoluta posizione di terzietà<sup>27</sup>.

Le esperienze pregresse mostrano l'estrema delicatezza del tema.

Prima dell'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, alla luce di quanto disposto dall'allora vigente art. 59, c. 2, l. 23 luglio 2009, n. 99<sup>28</sup>, il soppresso Ufficio di regolazione dei servizi ferroviari ("U.R.S.F.")

<sup>25</sup> Nuovo art. 11, par. 1, della direttiva 2012/34/UE proposto dalla Commissione.

<sup>26</sup> Nuovo art. 11, par. 2, della direttiva 2012/34/UE proposto dalla Commissione.

<sup>27</sup> Si vedano le affermazioni di M. Finger e P. Messulam, *Rail economics and regulation* cit., 16, secondo i quali «European-style railway de-regulation has created antagonistic interests between all the actors involved: infrastructure management against train operating companies, train operating companies against each other, station managers against everybody else, etc. Regulators are there to arbitrate these different antagonistic interests, but only to the extent that they are legally empowered to do». Si veda anche il resoconto dell' "7th Florence Rail Forum" della *Florence School of Regulation* dedicato al tema "Rail regulatory divergence: does it matter?"

<sup>28</sup> L'art. 59, l. n. 99/2009, oggi sostituito dall'art. 12, d.lgs. n. 112/2015, così disponeva: «1. Dal 1° gennaio 2010, le imprese ferroviarie che forniscono servizi di trasporto internazionale di passeggeri hanno il diritto di far salire e scendere passeggeri tra stazioni nazionali situate lungo il percorso del servizio internazionale, senza il possesso della licenza nazionale di cui all'articolo 58, a condizione che la finalità principale del servizio sia il trasporto di passeggeri tra stazioni situate in Stati membri diversi. Il rispetto di tale condizione è valutato in



## il “quarto pacchetto ferroviario”

aveva vietato al nuovo operatore Arenaways, su denuncia del gestore dell’infrastruttura Rete Ferroviaria Italiana, di effettuare qualsiasi fermata intermedia sulla tratta Torino-Milano per non compromettere l’equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico stipulati da Trenitalia con le Regioni Piemonte e Lombardia ed ancora lo stesso U.R.S.F. aveva vietato all’impresa ferroviaria Le Nord, in *partnership* con DB-ÖBB, di effettuare fermate intermedie sulle direttrici Monaco-Bologna, Innsbruck-Bologna, Monaco-Venezia, Monaco-Milano, Monaco-Verona<sup>29</sup>. In entrambi i casi, proprio la particolare posizione dell’U.R.S.F., organo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in possibile conflitto d’interessi con le Ferrovie dello Stato, e la comune appartenenza di R.F.I. e Trenitalia al gruppo Ferrovie dello Stato hanno ingenerato critiche e contenziosi<sup>30</sup>.

base a criteri, determinati con provvedimento dell’Organismo di regolazione di cui all’art. 37, d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188, quali la percentuale del volume di affari e di carico, rappresentata rispettivamente dai passeggeri sulle tratte nazionali e sulle tratte internazionali, nonché la percorrenza coperta dal servizio. 2. Lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale, ivi compresa la parte di servizi internazionali svolta sul territorio italiano, può essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l’equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto, incluse le ripercussioni sul costo netto per le competenti autorità pubbliche titolari del contratto, domanda dei passeggeri, determinazione dei prezzi dei biglietti e relative modalità di emissione, ubicazione e numero delle fermate, orario e frequenza del nuovo servizio proposto. 3. L’Organismo di regolazione di cui al comma 1, entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie, stabilisce se un servizio ferroviario rispetta le condizioni ed i requisiti di cui ai commi 1 e 2 e, se del caso, dispone le eventuali limitazioni al servizio, in base ad un’analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti, previa richiesta: a) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; b) del gestore dell’infrastruttura; c) della o delle regioni titolari del contratto di servizio pubblico; d) della impresa ferroviaria che fornisce il servizio pubblico. 4. L’Organismo di regolazione motiva la sua decisione e ne informa tutte le parti interessate, precisando il termine entro il quale le medesime possono richiedere il riesame della decisione e le relative condizioni cui questo è assoggettato».

<sup>29</sup> I due casi sono stati esaminati e commentati da A. Boitani e F. Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, aprile 2012, 97 ss.

<sup>30</sup> Con provvedimento n. 23770 del 25 luglio 2012, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sanzionato le Ferrovie dello Stato per abuso di posizione dominante sull’assunto che l’U.R.S.F. sarebbe stata indotta in errore nella valutazione della possibile compromissione degli obblighi di servizio pubblico facenti capo a Trenitalia, derivante dalla richiesta di assegnazione di linee ferroviarie da parte del *newcomer* Arenaways. Il provvedimento dell’AGCM è stato annullato dalla sentenza del Tar Lazio 27 marzo 2014, n. 3398, in quanto l’AGCM si sarebbe sostituita all’U.R.S.F. nell’esercizio delle competenze affidate dalla legge all’organismo di regolamentazione, operando «una istruttoria parallela e effettuando valutazioni di merito autonome e completamente configgenti con l’URSF», sino a pervenire

Non sono mancate, peraltro, proposte alternative rispetto all'*equilibrium test*, quale quella di istituire una *entry tax* per le imprese che svolgano nuovi servizi commerciali di trasporto ferroviario in possibile conflitto con contratti di servizio pubblico<sup>31</sup>.

L'altro cardine della riforma è l'obbligatorietà dell'attribuzione competitiva dei contratti di servizio pubblico, accompagnata dalla pianificazione del trasporto pubblico dei passeggeri e dei connessi obblighi di servizio pubblico.

Viene introdotto, innanzitutto, un nuovo art. 2-*bis* al regolamento (CE) n. 1370/2007, che impone all'autorità competente di stendere ed aggiornare periodicamente un piano di trasporto pubblico di passeggeri: la determinazione degli obblighi di servizio pubblico<sup>32</sup> e l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico devono essere coerenti con il suddetto piano di trasporto.

Viene sostituito, quindi, l'art. 5, par. 6, del regolamento (CE) n. 1370/2007, che, nella versione attuale, è la norma che attribuisce agli Stati membri la facoltà generalizzata di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, mentre, nella proposta della Commissione, diviene un grimaldello per aumentare la concorrenza, visto che consente alle autorità competenti di aggiudicare a imprese ferroviarie diverse «contratti di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia che riguardano parti della stessa rete o un complesso di tragitti» ed eventualmente di limitare «il numero di contratti che una stessa impresa ferroviaria può aggiudicarsi».

Con un limitato intervento sull'impianto del regolamento (CE) n. 1370/2007, la Commissione rende, dunque, obbligatoria la concorrenza "per" il mercato per l'attribuzione dei contratti di servizio pubblico, mirando così «a intensificare la pressione concorrenziale sui mercati ferroviari

«all'autonoma creazione dell'ambito delle regole tecniche alla cui stregua effettuare l'apprezzamento stesso».

<sup>31</sup> Si veda G. Knieps, *Competition and third-party access in railroads* cit., 48. Si veda anche la proposta di A. Boitani, *Ferrovie: il lato oscuro delle riforme, Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2010, di istituire, per finanziare il servizio universale, un fondo comune alimentato dai contributi di tutte le imprese ferroviarie che offrono servizi di trasporto passeggeri al di fuori dei confini del servizio universale.

<sup>32</sup> Sugli obblighi di servizio pubblico nel trasporto ferroviario, si legga il saggio di L. Saltari, *Gli obblighi di servizio pubblico nel trasporto ferroviario*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, quaderno n. 36, 2002, nonché C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel trasporto ferroviario tra liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2009, 249 ss.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

nazionali al fine di aumentare la quantità e migliorare la qualità dei servizi di trasporto passeggeri»<sup>33</sup>.

La proposta della Commissione prevede, tuttavia, un regime transitorio di introduzione dell’obbligo di attribuzione competitiva del contratto di servizio pubblico al fine di consentire, nelle more, agli *incumbent* di procedere «ad una ristrutturazione interna efficace e sostenibile»<sup>34</sup>.

L’obbligo di aggiudicazione a mezzo gara dei contratti di servizio pubblico diviene cogente a decorrere dal 3 dicembre 2019. I contratti aggiudicati direttamente tra il 1° gennaio 2013 ed il 2 dicembre 2019 possono restare in vigore fino alla scadenza, con il limite ultimo della data del 31 dicembre 2022<sup>35</sup>.

I negoziati volti all’approvazione del quarto pacchetto ferroviario si sono, tuttavia, incagliati proprio sul tema dell’attribuzione competitiva dei contratti di servizio pubblico.

Il recente orientamento generale assunto dal Consiglio indebolisce, di fatto, il processo di riforma, introducendo vaste esenzioni all’obbligo di gara. Viene nuovamente attribuita agli Stati membri la facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico inerenti al trasporto pubblico per ferrovia, pur se la facoltà è circoscritta a fattispecie tipiche, invero molto ampie, e con obbligo di notifica alla Commissione della decisione<sup>36</sup>. L’attribuzione competitiva di un contratto di servizio pubblico diviene, inoltre, la possibile occasione per acquisire direttamente altri contratti: l’autorità competente è legittimata, infatti, in circostanze eccezionali<sup>37</sup> ad ag-

<sup>33</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 1370/2007 per quanto riguarda l’apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia, 2013/0028 (COD).

<sup>34</sup> Si veda il considerando n. 15 della proposta di modifica del regolamento(CE) n. 1370/2007.

<sup>35</sup> Ha posto l’accento sulla necessità che la previsione di periodi transitori troppo lunghi non pregiudichino le riforme, E. Garofalo, *Il quarto pacchetto ferroviario* cit.

<sup>36</sup> I casi considerati sono i seguenti: a) l’affidamento diretto giustificato «dalle pertinenti caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati, in particolare la loro dimensione, le caratteristiche della domanda, la complessità della rete, il suo isolamento dal punto di vista tecnico e geografico e i servizi che rientrano nel contratto»; b) l’affidamento diretto che «si traduca in un miglioramento della qualità dei servizi e/o dell’efficienza in termini di costi rispetto al contratto di servizio pubblico aggiudicato in precedenza» (si veda il nuovo art. 5, par. 4 *bis*, del regolamento (CE) n. 1370/2007 proposto dal Consiglio).

<sup>37</sup> Le circostanze eccezionali includono situazioni in cui: – la qualità o il numero di offerte sono ritenute insufficienti per garantire un buon rapporto costi-benefici; – vi sono gare pubbliche già gestite dall’autorità competente o da altre autorità competenti che potrebbero influenzare il numero e la qualità delle offerte che potrebbero essere ricevute con una pro-

giudicare temporaneamente, per non più di sette anni, e direttamente nuovi contratti.

### 2.3 *Le misure per incentivare la contendibilità dei contratti di servizio pubblico: l'accesso al materiale rotabile*

È convinzione diffusa che la concorrenza “per” il mercato non sia una misura di per sé sufficiente per garantire la contendibilità delle *Public Service Obligations*, in assenza di incentivi che consentano ai nuovi operatori di partecipare alle gare in condizioni di parità con gli *incumbent*<sup>38</sup>.

Uno dei maggiori possibili fattori di discriminazione riguarda la disponibilità del materiale rotabile, che rischia di costituire una barriera all'ingresso insormontabile per i nuovi operatori a causa dell'onerosità dell'investimento<sup>39</sup>.

Una soluzione originale al problema del materiale rotabile è stata adottata in Gran Bretagna all'epoca della privatizzazione del monopolista pubblico *British Rail* e della conseguente riorganizzazione del settore ferroviario<sup>40</sup>. Il materiale rotabile di *British Rail* è stato conferito, infatti, a tre società private appositamente costituite (*Rolling Stock Companies*, Roscos). Alle Roscos è stato affidato il compito di mettere a disposizione, con contratti di *leasing*, il materiale rotabile alle *Train Operating Companies*, TOCs, assegnatarie dei *franchises*<sup>41</sup>. Il modello delle Roscos ha evidenziato, per la verità, al-

cedura di gara; – sono necessarie modifiche dell'ambito di applicazione di uno o più contratti di servizio per ottimizzare la prestazione di servizi pubblici (si veda il nuovo art. 5, par. 3-bis, del Reg. n. 1370/2007, proposto dal Consiglio).

<sup>38</sup> Secondo S. Benedettini e C. Stagnaro, *Il trasporto ferroviario regionale in Italia: tracce di concorrenza?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, agosto 2014, 329 ss., per consentire a nuovi operatori di partecipare alle gare per l'attribuzione dei contratti di servizio pubblico di trasporto regionale di passeggeri, occorrerebbe: a) mettere a gara lotti di dimensioni relativamente piccole, b) garantire ai *newcomers* la disponibilità di materiale rotabile, c) introdurre misure di regolazione asimmetrica, quali l'obbligo per l'*incumbent* di fornire piena trasparenza al regolatore sui suoi costi di produzione e di giustificare offerte che vi si discostino in misura significativa, la previsione di una quota di mercato massima per l'*incumbent* e la creazione di società di noleggio a cui conferire parte del materiale rotabile dello stesso *incumbent*. Sulle possibili barriere all'entrata nelle gare per l'affidamento del trasporto pubblico locale, si veda anche G.L. Albano, A. Heimler e M. Ponti, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, aprile 2014, 117 ss.

<sup>39</sup> Si veda, a tal proposito, C. Cambini, *Concorrenza e regolazione nel settore ferroviario: l'importanza del materiale rotabile*, in *Economia e politica industriale*, vol. 2, 2009, 47 ss.

<sup>40</sup> *Railways Act* del 1993.

<sup>41</sup> A seguito della privatizzazione di *British Rail*, l'assetto del sistema ferroviario è stato

## il “quarto pacchetto ferroviario”

cuni problemi, soprattutto in ragione del disallineamento tra il ciclo di vita del materiale rotabile e la limitata durata dei *franchisee*, tanto è vero che, sulla base di quanto previsto dalla *Section 54* del *Railways Act*, il Governo ha iniziato a concedere garanzie (*usage guarantee*) sull'utilizzo del materiale rotabile oltre il termine di durata del *franchisee* e, in alcuni casi quali quello dell'*Intercity Express Programme* (IEP) e del *Thameslink*, ha provveduto esso stesso a fornire il materiale rotabile<sup>42</sup>.

Per risolvere il problema dell'acquisto e messa a disposizione del materiale rotabile, in altri Paesi, come la Germania e la Svezia, sono stati costituiti, invece, consorzi tra le aziende del settore e le autorità responsabili per il trasporto pubblico<sup>43</sup>.

Nella proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1370/2007, la Commissione si fa carico del problema dell'«accesso effettivo e non discriminatorio»<sup>44</sup> a materiale rotabile idoneo per gli operatori che intendano stipulare contratti di servizio pubblico.

Per la Commissione, il modello di riferimento è quello delle società di noleggio adottato dalla Gran Bretagna. Le misure previste si applicano, in-

organizzato in Gran Bretagna secondo le seguenti direttrici: – affidamento dell'infrastruttura ad una società privata, *Railtrack Plc*, poi sostituita da *Network Rail*, società attualmente ricompresa nel *Central government body*; – affidamento del trasporto passeggeri a *Train Operating Companies*, TOCs, di natura privata, assegnatarie di contratti di *franchise* in esclusiva per l'esercizio del trasporto nelle 25 zone in cui è stato suddiviso il territorio (di recente, è stata introdotta, sia pure con notevoli limitazioni, la possibilità di operare per alcune tratte in regime di *open-access*); – affidamento del trasporto merci a *Freight Operating Companies*, FOCs, di natura privata, operanti in regime di *open-access*; – affidamento del materiale rotabile a *Rolling Stock Companies*, ROSCOs, società di noleggio di natura privata; – istituzione di un'autorità di regolazione del settore, ora denominata *Office of rail and road*. Sull'esperienza britannica, si vedano C. Cambini, *Concorrenza e regolazione nel settore ferroviario: l'importanza del materiale rotabile*, cit., C.M. Colombo, *Il mercato nel settore ferroviario britannico*, cit., T. Prosser, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei “franchises”*, cit., M. Dillon, A. Jan e N. Keogh, *Rolling stock companies (Roscos): experience from Great Britain*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe* cit., 210 ss.

<sup>42</sup> Si vedano i già citati C. Cambini, *Concorrenza e regolazione nel settore ferroviario: l'importanza del materiale rotabile*, T. Prosser, *La disciplina del trasporto ferroviario nel Regno Unito e il sistema dei “franchises”*, M. Dillon, A. Jan e N. Keogh, *Rolling stock companies (Roscos): experience from Great Britain*.

<sup>43</sup> Si veda S. Benedettini e C. Stagnaro, *Il trasporto ferroviario regionale in Italia: tracce di concorrenza?*, cit., 343. Si veda anche il resoconto, a cura di M. Finger, N. Bert e D. Kupfer, dell'“8th Florence Rail Forum” della *Florence School of Regulation* dedicato al tema “*Rail infrastructure and rolling stocks: investments, asset renewal and regulation*”.

<sup>44</sup> Si veda il nuovo art. 5-*bis* del regolamento (CE) n. 1370/2007 proposto dalla Commissione.

fatti, solo se nel pertinente mercato del trasporto non operino società che offrano alle imprese ferroviarie il noleggio del materiale rotabile a condizioni non discriminatorie e sostenibili sotto il profilo commerciale. Possono essere adottate, in particolare, dalle autorità competenti degli Stati membri le seguenti misure: a) l'acquisto diretto e la messa a disposizione del materiale rotabile necessario per l'esecuzione del contratto di servizio pubblico; b) la concessione di una garanzia per il finanziamento del materiale rotabile necessario per l'esecuzione del contratto di servizio pubblico, che copra, compatibilmente con le norme sugli aiuti di Stato, il rischio sul valore residuo del materiale rotabile; c) l'impegno ad acquistare il materiale rotabile a prezzo di mercato alla scadenza del contratto di servizio pubblico<sup>45</sup>. Quale contropartita per la concessione della garanzia o per l'impegno ad acquistare il materiale rotabile alla scadenza del contratto, l'autorità competente ha il diritto d'imporre all'operatore di servizio pubblico di cedere, alla scadenza del contratto, il materiale rotabile al nuovo operatore aggiudicatario della gara e d'imporre al nuovo operatore aggiudicatario di acquistare detto materiale, il tutto in base alle quotazioni di mercato dell'*asset*.

Le articolate misure proposte dalla Commissione appaiono, tuttavia, ridimensionate dall'orientamento generale assunto dal Consiglio. Pur non eliminando la disposizione sul materiale rotabile, la proposta del Consiglio rimette integralmente agli Stati membri il compito di individuare la soluzione più adeguata per impedire che la disponibilità del materiale rotabile possa costituire una barriera all'ingresso di nuovi operatori: si legge, infatti, nella proposta del Consiglio (art. 5-*bis*) esclusivamente che «In vista di una procedura di aggiudicazione mediante gara le autorità competenti valutano se sono necessarie misure per assicurare l'accesso effettivo e non discriminatorio a materiale rotabile idoneo».

### 3. Il pilastro tecnico

Secondo la Commissione, la complessità delle norme tecniche e di omologazione in vigore nei diversi Stati membri e delle procedure gestite dalle autorità nazionali per l'immissione sul mercato di nuovi veicoli ferroviari o il rilascio del certificato di sicurezza alle imprese ferroviarie genere-

<sup>45</sup> Ricalca, in larga parte, le proposte della Commissione la delibera n. 49/2015 del 17 giugno 2015 dell'Autorità di regolazione dei trasporti, che ha previsto le misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

rebbe «costi amministrativi eccessivi e ostacoli all’accesso al mercato, in particolare per i nuovi operatori e i produttori di veicoli ferroviari»<sup>46</sup>.

In base ai dati raccolti nel corso della valutazione d’impatto sull’interoperabilità e la sicurezza, risulterebbero in vigore nell’Unione europea circa 11.000 differenti norme tecniche; le procedure per l’autorizzazione di nuovi veicoli ferroviari durerebbero fino a due anni, con costi che raggiungerebbero i sei milioni di euro; le spese amministrative e di consulenza per il rilascio del certificato di sicurezza ammonterebbero a circa 70.000 euro e le imprese ferroviarie sarebbero costrette a dedicare all’ottenimento di tale certificato l’equivalente di due addetti all’anno.

Con il pilastro tecnico, la Commissione persegue l’obiettivo di ridurre del venti per cento «i tempi di accesso al mercato per le nuove imprese ferroviarie, nonché i costi e i tempi della procedura di autorizzazione per il materiale rotabile»<sup>47</sup>, con possibili risparmi di cinquecento milioni di euro in cinque anni.

Le proposte della Commissione si muovono essenzialmente lungo tre direttrici: a) rafforzamento della supervisione dell’*European Railway Agency* (ERA) sulle norme tecniche e del monitoraggio sulle autorità nazionali di sicurezza; b) semplificazione delle procedure autorizzative; c) trasferimento all’ERA di poteri autorizzativi, precedentemente riservati alle autorità nazionali di sicurezza.

### *3.1 La trasformazione dell’ERA: dall’armonizzazione all’amministrazione diretta*

L’aspetto più rilevante del pilastro tecnico è la trasformazione dei compiti dell’ERA, alla quale vengono attribuite, per la prima volta, funzioni amministrative finali secondo il modello dell’“amministrazione europea diretta”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> V. la comunicazione COM(2013) 25 final della Commissione.

<sup>47</sup> V. la comunicazione COM(2013) 25 final cit.

<sup>48</sup> Sull’“amministrazione europea diretta”, si veda, da ultimo, L. Saltari, *Le amministrazioni europee. I piani d’azione e il regime dell’attività*, in L. De Lucia e B. Marchetti (a cura di), *L’amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, Il Mulino, 2015, 119 ss. Secondo l’a., per “amministrazione europea e diretta” s’intende che «uffici o organi dell’UE curano direttamente funzioni amministrative mediante l’adozione di misure finali rivolte a privati o che condizionano l’agire di altre amministrazioni, quelle degli Stati membri»; si veda anche A. von Bogdandy, *Il diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo: cosa cambia, cosa rimane*, in S. Cassese, P. Schiera e A. von Bogdandy (a cura di), *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013.

Il regolamento (CE) n. 881/2004, che ha istituito l'ERA, ha organizzato l'agenzia ed attribuito ad essa funzioni tecniche nel solco del modello delle "agenzie decentrate". Le agenzie decentrate svolgono, infatti, funzioni tecniche, scientifiche e di gestione per aiutare le istituzioni dell'Unione europea a formulare ed attuare le politiche e rafforzano, inoltre, la cooperazione tra l'Unione e i governi nazionali, riunendo le competenze tecniche e specialistiche disponibili a livello nazionale e delle istituzioni europee<sup>49</sup>.

Secondo quanto previsto dal vigente regolamento (CE) n. 881/2004, l'ERA ha il compito di «contribuire sul piano tecnico all'attuazione della normativa comunitaria finalizzata a migliorare la posizione concorrenziale del settore ferroviario potenziando il livello di interoperabilità dei sistemi ferroviari e a sviluppare un approccio comune in materia di sicurezza del sistema ferroviario europeo, nella prospettiva di concorrere alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo senza frontiere, in grado di garantire un elevato livello di sicurezza»<sup>50</sup>. L'Agenzia ha il potere, oggi, di formulare raccomandazioni alla Commissione e di emettere pareri in favore della Commissione e delle autorità competenti degli Stati membri in relazione ai diversi aspetti della sicurezza delle ferrovie e dell'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione europea disciplinati dalle rispettive direttive 2004/49/CE e 2008/57/CE<sup>51</sup>.

La Commissione propone di abrogare il regolamento (CE) n. 881/2004 e di adottare un nuovo regolamento per disciplinare i nuovi e più incisivi poteri da attribuire all'ERA, che si riflettono naturalmente anche sull'organizzazione dell'agenzia e sugli strumenti di tutela per i privati interessati dalle decisioni dell'ERA.

L'art. 3 del nuovo regolamento annovera, tra gli atti giuridici dell'Agenzia, non più soltanto le raccomandazioni ed i pareri, ma anche il potere di «emettere decisioni a norma degli articoli 12, 16, 17 e 18».

<sup>49</sup> Sul modello delle agenzie europee, si veda M. Savino, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 39 ss. Sull'ERA, in particolare, D.-U. Galetta e M. Giavazzi, *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*<sup>2</sup>, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, tomo IV, 2174 ss., nonché la relazione di A. Gigantino, *L'Agenzia ferroviaria europea nello spazio ferroviario unico*, Roma, 19 novembre 2015, presentata nel corso del convegno *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, cit.

<sup>50</sup> Art. 1, par. 2, del regolamento (CE) n. 881/2004.

<sup>51</sup> Sul processo di progressiva armonizzazione tecnica delle ferrovie europee, T. Holvad, *Mutual recognition, standards and interoperability*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe* cit., 275 ss. Si veda, inoltre, il resoconto, a cura di M. Finger, I. Brand-Weiner e N. Bert, del "6th Florence Rail Forum" della *Florence School of Regulation* dedicato al tema "The technical pillar of the 4th Railway Package: challenges for standardisation and interoperability".



## il “quarto pacchetto ferroviario”

In tema di sicurezza delle ferrovie, le modifiche proposte dalla Commissione alla direttiva 2004/49/CE semplificano il procedimento per il rilascio alle imprese ferroviarie del certificato di sicurezza, prevedendo inoltre un “certificato di sicurezza unico” per l’accesso all’infrastruttura. Il rilascio del “certificato di sicurezza unico” alle imprese ferroviarie spetta, ai sensi dell’art. 12 del nuovo regolamento, all’ERA, mentre rimane di competenza delle Autorità nazionali di sicurezza (*National Security Authorities*, NSAs) il rilascio dell’autorizzazione di sicurezza dei gestori dell’infrastruttura.

In tema di interoperabilità del sistema ferroviario, il nuovo regolamento attribuisce all’ERA, rispettivamente, i poteri di rilasciare autorizzazioni all’immissione sul mercato di veicoli ferroviari (art. 16), all’immissione sul mercato di tipi di veicoli (art. 17), alla messa in servizio dei sottosistemi controllo-comando e segnalamento di terra che sono installati o utilizzati in tutta l’Unione (art. 18).

Accanto ai poteri di amministrazione diretta sopra elencati, spiccano anche i poteri di supervisione dei progetti di norme nazionali (art. 21) e delle norme nazionali in vigore (art. 22), nonché i poteri di controllo ed ispezione sulle NSAs (art. 29) e sugli organismi di valutazione della conformità notificati (art. 30) attribuiti all’agenzia.

L’attribuzione di nuove funzioni, anche decisionali, all’ERA comporta, da un lato, la necessità di prevedere nuove fonti di entrata, dall’altra, la possibilità per i privati lesi dalle decisioni dell’agenzia di disporre di mezzi di tutela efficaci.

È prevista, allora, la riscossione di diritti e corrispettivi per il rilascio ed il rinnovo delle autorizzazioni sopra elencate e del certificato unico di sicurezza (art. 73) e sono istituite una o più commissioni di ricorso per impugnare le possibili decisioni negative dell’agenzia (artt. 51-56), fatta salva la possibilità di adire la Corte di giustizia una volta esperite le procedure di ricorso interne (art. 57).

Contrariamente a quanto avvenuto per il pilastro di mercato, l’impianto generale di riforma del pilastro tecnico non è stato messo in discussione dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Anzi, sono state previste dalle citate istituzioni ulteriori funzioni per l’ERA, quale quella legata all’istituzione e gestione di un sistema di informazione e comunicazione con funzioni di “sportello unico”<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Si veda l’art. 12 del nuovo regolamento, approvato in prima lettura dal Consiglio in data 10 dicembre 2015.

#### 4. Conclusioni

La proposta incorpora e proietta una tensione politica – presente per la verità in tanti campi d’attività dell’Unione europea – tra la Commissione europea e gli Stati membri. Se nel giro di vent’anni si è giunti alla formulazione di un quarto pacchetto di riforme, evidentemente ciò è da ascrivere all’insoddisfazione della Commissione per lo *status quo*. Quest’ultima vorrebbe giungere presto ad un mercato unico, interamente liberalizzato, imperniato sulla razionalità di un’economia concorrenziale piuttosto che su logiche dirigistiche; a tale progetto, si oppone la ferma volontà degli Stati membri di mantenere margini d’intervento sull’organizzazione del servizio ferroviario nazionale, anche a protezione degli *incumbent* in mano pubblica.

Come evidenziato nell’analisi che precede, la tensione politica investe tanto l’indipendenza del gestore dell’infrastruttura quanto il grado di apertura al mercato del servizio nazionale di trasporto passeggeri.

È preferibile un modello di separazione istituzionale tra il gestore e le imprese ferroviarie oppure una gestione verticalmente integrata facente capo ad una *holding*? Qual è il modello ottimale di produzione del servizio di trasporto passeggeri: la piena liberalizzazione, la concorrenza “per” il mercato, la riserva d’attività o un ibrido fra i vari assetti?

Si tratta di quesiti che hanno rilevanti implicazioni politico, economiche, finanziarie, di potere, ai quali non si può evidentemente rispondere con i soli strumenti del metodo giuridico e del diritto amministrativo. Nonostante la almeno ventennale riflessione mancano ancora dati oggettivi e studi sufficientemente affidabili che dimostrino, con elevato grado di attendibilità, quali fra gli assetti possibili producano i risultati migliori<sup>53</sup> e in che termini (di equilibrio economico? di benessere sociale? di sviluppo della produzione specie in aree in ritardo di crescita? ecc.).

Anche se la infatuazione per le liberalizzazioni non può dirsi esaurita, molti studiosi si interrogano oggi sulla validità delle maggiori privatizzazioni promosse nel continente, tra tutte quella della Gran Bretagna che ha

<sup>53</sup> Nello studio di C. Nash, *What does a best practice railway look like?*, in *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe* cit., 233 ss., si analizzano, anche in base alle specifiche caratteristiche del mercato, alcuni modelli di successo, quale il modello di concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato della Svezia, adatto ad un mercato caratterizzato da un *low-density, mixed-traffic*, il trasporto merci statunitense, caratterizzato dall’esistenza di più operatori di mercato verticalmente integrati, il trasporto passeggeri giapponese, anch’esso caratterizzato da più operatori verticalmente integrati, e la Svizzera, definita «a densely used mixed-traffic railway», che combina ad un trasporto merci liberalizzato un trasporto passeggeri esercitato in regime di riserva.

## il “quarto pacchetto ferroviario”

dovuto correggere presto alcuni dei capisaldi più ambiziosi della riforma del 1993 (fra tutti, la privatizzazione integrale del gestore dell’infrastruttura).

Le opinioni sono molte, spesso diametralmente opposte: la sensazione è che queste dipendano più da una particolare visione del mondo, dalla ideologia che le alimenta, piuttosto che da un approccio intellettualmente neutrale capace di mostrare obiettivamente *pro* e *contra*, vantaggio e implicazioni negative dei vari assetti giuridico-organizzativi che si possono adottare.

Il fine del presente contributo non è, dunque, quello di partecipare alla riflessione su quale sia il modello migliore tra i tanti proposti, se abbia ragione la Commissione oppure siano nel giusto gli Stati membri nella continua tensione politica di un modello di Europa largamente incompiuto. Lo scopo che si è perseguito ha una minore latitudine, ma forse più ispirato alla concretezza: fornire, anche a non giuristi, gli elementi di comprensione per progredire in un’analisi oggettiva del settore ferroviario e della sua regolazione.

In conclusione, non si può fare a meno, però, di sottolineare negativamente l’ibridismo della disciplina europea. C’è un po’ di tutto nelle direttive vigenti e anche nelle proposte della Commissione, come emendate nel corso del lungo e tortuoso processo legislativo: basti solo considerare che le ampie riserve d’attività assicurate dal regolamento (CE) n. 1370/2007 convivono, oggi, con il principio generale dell’accesso equo e non discriminatorio all’infrastruttura ferroviaria. Proprio le ambiguità rallentano lo sviluppo del settore ferroviario e consentono agevolmente di aggirare, nel quadro frammentario delle discipline nazionali, i principi di concorrenza enunciati.

E così, con la prossima approvazione del quarto pacchetto ferroviario, si avrà un po’ più di concorrenza rispetto al passato (ma meno di quanto la Commissione auspicherebbe): rimarranno, però, contraddizioni e scappatoie che consentiranno, nel recinto nazionale, di organizzare il servizio ferroviario in un’ottica marcatamente conservativa e domestica. Non è, quindi, ancora alle porte uno “spazio ferroviario europeo unico”, a dispetto dell’ambizioso titolo della comunicazione del 30 gennaio 2013 COM(2013) 25 final.

Si può ragionevolmente presumere che il quarto pacchetto ferroviario costituirà una nuova tappa di un lungo processo europeo di liberalizzazione, ma non certo l’ultima. Né tantomeno si può realmente prevedere se, nel prossimo futuro, ci saranno fughe in avanti o restaurazioni di assetti dominanti nel passato.

*Abstract*

*The Commission proposed the adoption of fourth railway package to achieve a single European railway area and liberalized. The proposal is based on two pillars: a market and a technical. The first pillar is aimed at removing all possible barriers to market access and aims at strengthening the infrastructure manager, the opening of national passenger transport to competition and to foster the tenders for public service contracts. The second pillar is to ensure the technical and administrative uniformity in the European railway area and attaches relevant direct administration functions ERA. Although it was presented in 2013, the fourth railway package has not yet been approved by the European Parliament and the Council. The stalemate reflects the political tension between the European Commission and the Member States on the identification of the best model of organization of the railway service and also the diversity of the experiences and results achieved by individual Member States during the process of progressive opening to the market.*

# OPINIONI

MASSIMO LUCIANI

## GIURISDIZIONE ED ECONOMIA: QUATTRO BIVI\*

SOMMARIO: 1. Quattro bivi. – 2. Giurisdizione come opportunità o come costo. – 3. Giurisdizione o non-giurisdizione. – 4. Giurisdizione o paragiurisdizione. – 5. Giurisdizioni nazionali o internazionali. – 6. L'approdo della certezza del diritto.

### 1. Quattro bivi

Al fine di indicare qualche pista di riflessione comune concernente un tema così complesso ed esteso (“Giurisdizioni e attività economiche”), può essere utile identificare quattro bivi che si trovano lungo il percorso degli ordinamenti positivi e di coloro che li studiano.

### 2. Giurisdizione come opportunità o come costo

Al primo bivio sta la concezione della giurisdizione come opportunità o come costo.

Al giorno d'oggi, almeno tendenzialmente, è la seconda prospettiva a essere tenuta in considerazione, ragionandosi o in termini di costi assoluti o – tutt'al più – in termini di costi relativi, ma nel limitato senso della proporzione fra *input* (sopravvenienze) e *output* (questioni definite).

La prima è una banalizzazione così evidente che ... è banale mostrarne i limiti: le giurisdizioni efficienti sono generatori di vantaggi competitivi per il sistema Paese, mentre – reciprocamente – chi ha il carico di una giurisdizione inefficiente si trova in una posizione di svantaggio concorrenziale. Parlare di costi assoluti, dunque, è un puro controsenso.

Anche quanto alla seconda impostazione, però, c'è da ridire. Per capire cosa non va, tuttavia, occorre prima chiedersi che cosa sia una giurisdizione

\* Testo della relazione all'incontro di studi del Gruppo del San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa il 24 aprile 2015.

efficiente. In genere, si assume a paradigma dell'efficienza della giurisdizione la rapidità, ma in proposito è lecito nutrire qualche dubbio. Il punto dirimemente, a mio avviso, resta ancora oggi la certezza del diritto: è giurisdizione efficiente quella che offre una prestazione di certezza. So bene che qualcuno storcerà il naso e che obietterà che la certezza è un mito e che questa è una posizione *rétro*, ma né l'una né l'altra osservazione sono convincenti. Sì, la certezza è *anche* un mito, ma nel senso che appartiene ai miti fondativi delle comunità politiche, come valore cui si tende in modo inesausto, pur sapendo che il suo completo inveroamento non si potrà realizzare. Sì, avere a cuore la certezza è *rétro*, ma è anche un atteggiamento che si proietta nel futuro, se è vero che l'esigenza di certezza è consustanziale alla parabola storica della statualità e che gli accadimenti degli ultimi tempi dimostrano che, volenti o nolenti, gli uomini non hanno ancora trovato forme più soddisfacenti della loro convivenza associata. Anche a vedere le cose in prospettiva economicista, del resto, le conclusioni non cambiano, perché, come dimostrano tutte le indagini sulle attitudini degli investitori esteri, costoro hanno propensione a operare proprio in mercati retti da ordinamenti giuridici nei quali v'è certezza sulle regole e su modi e tempi della loro applicazione (anche giurisdizionale).

Tutto questo pone una serie di problemi che sono teorici, organizzativi, di cultura della giurisdizione e di cultura degli utenti. Il contenzioso può essere considerato un'esternalità negativa, in quanto costituisce indubbiamente un costo, ma può essere considerato anche come un'opportunità, come un investimento, produttivo – appunto – di certezza. Indubbiamente, i dati che abbiamo non sono affidabilissimi: interessanti, sì, ma non facili da leggere e sovente opinabili quanto a metodologia di elaborazione. I più conosciuti sono forse quelli della Commissione Europea per l'efficienza della giustizia (gli ultimi dati del *Rapporto 2014* si riferiscono all'anno 2012), ma si sa che della giurisdizione si sono occupate anche Bankitalia e Confindustria. Ebbene: per fare un esempio di opinabilità dei dati basta pensare alla relazione direttamente proporzionale, che in genere è instaurata, tra numero degli avvocati e quantità e lunghezza del contenzioso, che non sempre è pienamente dimostrata (non mancano indicatori che mostrano la problematicità della relazione fra i due fenomeni). Molti meno dubbi, semmai, si possono nutrire sul dato della durata dei procedimenti, per il quale abbiamo indicatori più affidabili e che già da solo mostra l'evidente affanno del nostro Paese, sebbene si debba attentamente differenziare tra giurisdizione e giurisdizione e anche all'interno di ciascuna delle giurisdizioni.

### 3. Giurisdizione o non-giurisdizione

Il secondo bivio è più pericoloso e riguarda il rapporto tra giurisdizione e non-giurisdizione. L'incontro di studi riguarda il tema della giurisdizione per rapporto alle attività economiche, ma molto spesso queste attività si sottraggono alla giurisdizione (almeno, alla giurisdizione intesa *stricto sensu*). Innanzitutto con le tecniche ADR, che rappresentano una questione complessa che il legislatore non ha sempre regolato con attenzione. È noto che la Corte di giustizia ha spiegato che i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie o sono obbligatori o sono costosi, ma non possono essere allo stesso tempo obbligatori e costosi, mentre il nostro legislatore non si è comportato con coerenza, tant'è vero che in materia è incappato in una declaratoria di incostituzionalità. Ma nel campo degli strumenti di risoluzione delle controversie che sfuggono alla giurisdizione in senso stretto ciò che pone i maggiori problemi è lo sviluppo considerevolissimo e addirittura tumultuoso degli arbitrati internazionali. Qui la sottrazione alla giurisdizione determina conseguenze molto significative sul piano economico, su quello della parità delle posizioni giuridiche, su quello del riparto delle sovranità. Sappiamo bene che, come dimostrano numerosi studi, è diventato un vero e proprio *business* quello della ricerca di risarcimenti multimilionari fondati sull'imputazione agli Stati della responsabilità di non aver assicurato condizioni competitive adeguate ovvero di non avere rispettato le legittime aspettative dei competitori. Non ha molto senso, tuttavia, prendersela con questi ultimi, che in fin dei conti fanno il loro mestiere (ricavare profitti), visto che lo sviluppo della diffusa rete di meccanismi privati di risoluzione delle controversie non è affatto una fatalità, ma è il risultato di precise scelte politiche degli Stati, che ne hanno consentito la formazione e il successo. I trattati bilaterali o multilaterali che consentono gli arbitrati internazionali sono fatti dagli Stati: sembra bizzarro ricordarlo, ma paradossalmente sembra che in genere non se ne tenga conto. Vent'anni fa, quando s'incominciò a parlare diffusamente di globalizzazione, mi parve che la rete di poteri, in parte pubblici e in parte privati, che si era largamente sostituita ai classici poteri statali potesse definirsi un "antisovrano", visto che era caratterizzata da tratti distintivi assolutamente opposti a quelli del sovrano tradizionale. Sono ancora convinto che sia così e che quello fosse solo l'inizio. Ribadisco, tuttavia, che tutto quello che è avvenuto non è il frutto di ipotetici automatismi di mercato, ma la conseguenza di precise scelte politiche (i trattati sugli arbitrati internazionali ne sono un esempio e un precipitato nel mondo del diritto).

#### 4. Giurisdizione o paragiurisdizione

Terzo bivio: quello dell'alternativa tra giurisdizione e paragiurisdizione. Qui si pone il problema del rapporto tra giurisdizione e intervento delle autorità amministrative indipendenti, autorità che, invero, una parte della dottrina ha inteso ricostruire in termini – diciamo così – giurisdizionalizzanti, giungendo addirittura ad affermare la loro legittimazione al promovimento delle questioni di legittimità costituzionale. Posizione, questa, che però non convince, perché la frontiera tra giurisdizione e non giurisdizione resta ferma, per quanto intensi possano essere stati o siano i processi di ravvicinamento. Penso, a questo proposito, a quanto afferma la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha delimitato rigorosamente il campo dei poteri delle autorità amministrative indipendenti, assoggettando rigorosamente le loro sanzioni al principio di legalità (viene alla mente soprattutto la sentenza *Grande Stevens*, ovviamente). Ma penso anche alla recente sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, che si occupa di questa stessa tematica e che indirettamente tocca la questione dei poteri delle autorità amministrative indipendenti. La sentenza, come si sa, affronta la questione della confisca degli immobili sui quali sia stata realizzata una lottizzazione abusiva, ma in ordine alla quale il lottizzatore non sia stato condannato, bensì prosciolto per prescrizione (è il caso *Sud Fondi*). La risposta data dalla Corte – sia detto incidentalmente – mi sembra condivisibile nella parte in cui afferma il principio del primato della Costituzione sugli strumenti internazionali, ma risulta a dir poco dubbia quando pare discostarsi dal concetto di sanzione maturatosi nella giurisprudenza CEDU e dalle esigenze di rigoroso rispetto dell'interpretazione testuale e del principio di legalità delle pene.

#### 5. Giurisdizioni nazionali o internazionali

Il quarto bivio è quello in cui si colloca l'alternativa tra la giurisdizione nazionale e le giurisdizioni internazionali. Il problema è in genere risolto – soprattutto, ma non solo, dalla dottrina costituzionalistica – con la formula magica del “dialogo tra le Corti”. Formula davvero appartenente più alla sfera della magia che a quella del diritto positivo, perché quel dialogo, se può ben essere auspicato, non può certo risolvere tutti i problemi sul campo. Ne cito solo due (che peraltro mi paiono i principali). Anzitutto la diversità dei diritti positivi. È un'ingenuità incredibile quella di chi pensa che se in due documenti normativi si garantisce – che so – la libertà di pensiero, le parole



usate, magari proprio le stesse, abbiano davvero il medesimo significato. In condizioni di co-testo e di con-testo diverse anche le medesime parole possono identificare campi normativi distinti ed è davvero singolare che a dimenticarlo siano soprattutto coloro che si riconoscono nella prospettiva ermeneutica e che, movendo da quella, valorizzano l'interpretazione sistematica. Il secondo punto critico sta nel fatto che le Corti, per un'irresistibile logica sistemica, tendono a garantire innanzitutto se stesse, sicché risulta condivisibile l'osservazione di Roberto Bin che quello che a noi sembra un dialogo fra Corti è in realtà un'*actio finium regundorum*, una delimitazione reciproca di campo. Basta pensare a quanto hanno fatto la Corte di giustizia o le principali Corti costituzionali, tedesca e italiana *in primis*. Quanto alla nostra, basterà ricordare la sentenza n. 238 del 2014, che – contrapponendosi frontalmente alla Corte de l'Aja – ha ritenuto di poter sindacare la legittimità dello stesso diritto internazionale generale, dimostrando che quel che conta è il principio del *primum vivere*, al di là d'ogni ingenua fiducia nei confronti del concorrente principio del dialogo tra le Corti.

### 6. L'approdo della certezza del diritto

Come si è accennato, se i bivi segnalati riguardano nel complesso tutte le giurisdizioni, è indispensabile differenziare i singoli problemi tra una giurisdizione e l'altra.

È illuminante la questione della rapidità: chi frequenta la giurisdizione amministrativa sa che essa ha tempi ben diversi da quelli della giurisdizione civile e che l'una e l'altra sono mondi separati da quello della giurisdizione penale. Peculiare, poi, è la situazione della giurisdizione contabile, per la quale il problema oggi più scottante sembra quello del rischio della paralisi del decisore pubblico, spaventato dalla possibilità di un suo intervento. Tutti sanno che accenni di attivismo della giurisdizione contabile hanno alimentato la tendenza della pubblica amministrazione all'inerzia e che la proliferazione delle leggi e delle micronorme non è dovuta solo a una qualche perversione del legislatore, ma (più ancora) a istanze specifiche delle amministrazioni che, di fronte al rischio della responsabilità, chiedono al legislatore di normare nel dettaglio per esserne sgravate. La giurisdizione costituzionale, infine, ha problemi assai diversi, fra i quali, visto il tema del nostro incontro, uno dei più rilevanti è quello del sindacato sul nuovo art. 81 Cost., introdotto (a mio avviso improvvidamente) nel 2012. A tacer d'altro, la sensibilità della Corte costituzionale per le questioni di bilancio è attestata dalla recente sentenza numero 10 del 2015 sulla cosiddetta "*Robin tax*", che pe-

raltro la dottrina ha commentato soprattutto per l'audace (e non del tutto condivisibile, per come è stata concretamente delineata) affermazione del potere della Corte di governare gli effetti temporali delle proprie pronunce.

Se, in chiusura, volessimo identificare una prospettiva di lettura di tali complesse questioni, a mio avviso si dovrebbe assumere quella – che molto ci divide come giuristi – dell'alternativa tra modernità e postmodernità giuridica. Per quanto mi riguarda, gli attuali sostenitori della postmodernità giuridica sono, in realtà, estimatori della giuridica premodernità: recupero di forme di soluzione delle controversie che sfuggono alla giurisdizione in senso stretto; dottrine dell'interpretazione che valorizzano il soggettivismo; impiego di paradigmi decisionali visti con diffidenza dallo Stato di diritto tradizionale (ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, etc.); esaltazione della giurisdizione come espressione di un ceto di sapienti: tutto questo ricorda fortemente il premoderno. E qui nutro forti perplessità, sia sul recupero del premoderno, sia sulla polemica antilluminista, che ne costituisce la logica premessa. Per quanto mi riguarda, il frutto principale della modernità giuridica deve essere ancora oggi coltivato con grande cura e attenzione. E questo frutto, una volta di più, è la certezza del diritto. Instancabilmente, sin dalla fine dell'Ottocento, la certezza è stata oggetto delle critiche più feroci, soprattutto per opera del realismo giuridico. Tuttavia, come accennavo, certezza e statualità vanno di pari passo: lo Stato moderno (prima ancora di farsi Stato di diritto!) nasce come dispensatore di certezza *in quanto* è (dovrebbe essere) dispensatore di pace e sicurezza. E questo perché la traduzione in termini giuridici di pace e sicurezza (si tratta delle prestazioni per le quali lo Stato è nato e per le quali fu giustificato addirittura l'hobbesiano *pactum subiectionis*) è la certezza. Qui sta il più fitto e complesso dei nodi da sciogliere e qui si manifestano le maggiori divergenze tra chi ritiene la postmodernità un progresso e chi, ravvisandovi i segni di una premodernità che si sperava la modernità avesse sconfitto, proprio alla modernità si appiaglia con rinnovato vigore.

### *Abstract*

*Governing the complex relationships between jurisdiction and economy requires choosing wisely between multiple conceptions of economic interest protection (in judicial or non-judicial way). In this brief overview four problematic topics are listed and presented as “crossroads”, which we have to face. However, a broad paradigm is offered, which should lead us in choosing the best path: legal certainty, which marks out not only the « legal State », but also the modern State in general.*

GIOVANNI D'ANGELO

## GIUDICE AMMINISTRATIVO E REGOLA ECONOMICA\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Giudice amministrativo e regola economica: la tendenza di fondo dell'ultimo ventennio – 3. I casi recenti: il sindacato sul modello economico adottato dall'Autorità amministrativa – 4. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il tema *Giurisdizioni e attività economiche* si presta ad essere declinato in modi differenti. Basti pensare alla nuova attenzione dedicata al “contenzioso economico” in occasione della emanazione del nuovo codice del processo amministrativo<sup>1</sup> e al dibattito scaturito all'indomani della pubblicazione dell'articolo di Romano Prodi che metteva in stretto rapporto il sistema di tutela garantito dalla giustizia amministrativa e la (mancata) crescita economica nel nostro Paese<sup>2</sup>.

In questo contributo si intende porre l'attenzione sul rapporto tra sindacato di legittimità e regola economica, prendendo spunto dal sindacato del giudice amministrativo sugli atti di regolazione delle Autorità indipen-

\* Testo rielaborato dall'intervento all'incontro del Gruppo San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa su “Giurisdizioni e attività economiche” (Pisa, 24 aprile 2015).

<sup>1</sup> Cfr. G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 677 ss. Più di recente, l'Autore ha messo in luce la necessità che lo studio del diritto amministrativo nel suo complesso esca dagli schemi tradizionali giuridico-formali e astratti e si apra, in modo non saltuario, a nuovi rapporti disciplinari, in *primis* quelli provenienti dall'analisi economica (v. G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., in particolare 704).

<sup>2</sup> R. Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, in *Il Messaggero*, 11 agosto 2013, che ha sottolineato, tra l'altro, come il ricorso avanti il giudice amministrativo sia diventato un «comodo e poco costoso strumento di blocco di ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del Paese». A questa impostazione sono state sollevate obiezioni diverse, per le quali cfr. *ex plurimis*, A. Travi, *Tre priorità per la giustizia amministrativa*, in *Il Sole 24 ore*, 5 marzo 2014; L. Torchia, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 337 ss.; A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere*, Roma, 2014, 39 ss.

denti, con particolare riferimento all'AEEG (ora AEEGSI) e all'AGCom. La centralità di questo ambito rispetto al tema generale è rappresentata da diversi fattori, ma due in particolare interessano il rapporto che si intende indagare: il dibattito emerso in questi anni sui principi che dovrebbero guidare le diverse misure regolatorie e alcune pronunce del giudice amministrativo apparse più significative di altre perché sembrano innovare in merito ai parametri del sindacato giurisdizionale su questi atti. Si tratta di due aspetti strettamente collegati, come conferma l'analisi della giurisprudenza dell'ultimo ventennio.

## **2. Giudice amministrativo e regola economica: la tendenza di fondo dell'ultimo ventennio**

Nel corso degli anni la giurisprudenza ha espresso concezioni diverse, che hanno avuto nel tempo una fortuna differente. È possibile tuttavia evidenziare una tendenza di fondo.

All'indomani della legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità<sup>3</sup>, la giurisprudenza, in particolare quella del Tar Lombardia, aveva esercitato sugli atti di regolazione dell'AEEG un sindacato certamente non deferente, fino ad essere ritenuto da molti sconfinante nel merito<sup>4</sup>. In quei casi, il giudice amministrativo aveva sindacato le soluzioni accolte dall'Autorità nei propri atti di regolazione alla luce dei loro potenziali effetti, ma sempre valorizzando i canoni tradizionali dell'eccesso di potere (per esempio, in tema di importazione di energia elettrica, il meccanismo dell'asta per l'assegnazione della capacità di interconnessione con l'estero fu ritenuto fonte di disparità di trattamento<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> L. 14 novembre 1995, n. 481.

<sup>4</sup> Cfr., anche per una prospettiva non limitata all'ambito nazionale, F. Denozza, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato concorrenze regole*, 2000, 469 ss. All'indomani della legge n. 481/1995, nel senso che il giudice non possa sindacare la selezione e l'utilizzazione dei criteri economici adottati dall'Autorità di regolazione, in quanto relativi a una comparazione di interessi, cfr. V. Parisio, *Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, discrezionalità e controllo giurisdizionale*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 199 ss., in particolare 212 ss. Nello stesso senso C. Malinconico, *Le funzioni delle Autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 50. In materia antitrust, cfr. G. Presti, *L'oggetto del sindacato del giudice amministrativo: un caso esemplare*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 437 ss., che segnala soprattutto il rischio di una sostituzione del giudice all'amministrazione.

<sup>5</sup> Tar Lombardia, sez. II, ord., 26 ottobre 2000, n. 3635, confermata da Cons. St., sez.

Ciò ha trovato una giustificazione diretta nell'assenza frequente nelle disposizioni normative di parametri rigidi volti a delimitare l'attività di regolazione. L'assenza di parametri ha determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a favore di una valorizzazione dell'eccesso di potere, nonostante l'opinione, divenuta nel tempo maggioritaria, che tali atti, di norma, non siano discrezionali, anche se con motivazioni che hanno posto l'accento su elementi diversi. A volte mettendo in risalto la corrispondenza di un diritto fondamentale (la libertà di iniziativa privata o sue varianti connesse all'attività economiche<sup>6</sup>), altre volte identificando un nucleo forte all'interno dei compiti attribuiti alla singola autorità<sup>7</sup>.

Per esempio, con riferimento all'AEEG, è stato sostenuto che il suo compito primario sia la regolazione della "filiera" in una logica proconcorrenziale<sup>8</sup>; in questa prospettiva gli atti di regolazione sono stati ritenuti non discrezionali in quanto, salvo che in settori ben circoscritti, non risolvono un confronto tra interessi eterogenei, ma intervengono su interessi omogenei<sup>9</sup>. Da questo punto di vista l'attuazione (o la tutela) della concorrenza rappresenta un criterio tecnico o il criterio tecnico per contemperare gli interessi economici delle parti tra loro<sup>10</sup>.

VI, ord., 1° dicembre 2000, n. 6206, entrambe in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 280 ss., con nota di M. Ramajoli, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*.

Un discorso analogo è valso in tema di costi unitari variabili per la tariffa elettrica: cfr. Tar Lombardia, 20 dicembre 1997, n. 2229, in *Foro amm.*, 1998, 113 ss., con nota di F. Petricone, *Le tariffe elettriche, tra giudizio del Tar e decisione d'autorità*.

<sup>6</sup> F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 175 ss., in particolare 176 e 192; Id., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 181 ss.

<sup>7</sup> Sulle autorità di regolazione come «autorità *single-mission*, che non debbono, quindi, esercitare una discrezionalità-ponderazione tra interessi pubblici diversi» v. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 265 ss., in particolare 268.

Diversamente, con riferimento alle Autorità di vigilanza sul mercato finanziario, cfr. E.L. Camilli, *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario. Profili normativi*, voce in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, 177, secondo cui «la scelta relativa alla condotta che il soggetto vigilato dovrà tenere può comportare un bilanciamento fra i diversi interessi pubblici che guidano l'azione dell'autorità e può quindi comportare profili di discrezionalità amministrativa».

<sup>8</sup> E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia e del gas naturale*, Milano, 2006; L. Ammannati, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 311 ss.

<sup>9</sup> E. Bruti Liberati, *cit.*, 55 ss.

<sup>10</sup> A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007 75 ss., in particolare 77.

Anche quando la legge contiene disposizioni ambigue che possono dare luogo ad equivoci, come nel caso della fissazione delle tariffe nei mercati regolati, si ritiene che la regolazione (o la funzione di regolazione) mantenga la sua natura economica, «cui resta istituzionalmente estranea la disposizione di interessi»<sup>11</sup>; in questo senso solo le valutazioni di ordine tecnico-economico possono orientare le scelte del regolatore. Gli interessi pubblici “extra economici”, in altri termini gli altri interessi diversi dal risultato di un mercato concorrenziale (per esempio quelli sociali, ambientali)<sup>12</sup>, si pongono come «vincoli esterni» alla regolazione, cioè come decisioni che spettano al potere politico e che l'attività di regolazione si limita ad attuare<sup>13</sup>.

Il ridimensionamento del vizio di violazione di legge e la valorizzazione dell'eccesso di potere, nonostante la natura non discrezionale dell'atto di regolazione, hanno trovato una conferma da parte della dottrina più attenta al tema delle valutazioni amministrative di ordine economico. Infatti, sin dai primi anni 2000, sono stati di frequente invocati i principi di proporzionalità e ragionevolezza come parametri di valutazione dell'atto rispetto alle finalità regolatorie attribuite all'autorità indipendente<sup>14</sup>.

Per l'evoluzione successiva del sindacato sono risultate centrali in dottrina, da un lato, l'affermazione che il disinteresse, o la sottovalutazione, per l'analisi economica rappresenti «l'inosservanza di un dovere essenziale» del giuspubblicista<sup>15</sup> e che l'analisi economica in base alla quale il provvedi-

<sup>11</sup> F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, IV ed., 2014, 89 ss. (citazione tratta da 90).

<sup>12</sup> La c.d. regolazione sociale.

<sup>13</sup> F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 92 (corsivo dell'Autrice).

<sup>14</sup> Cfr. in particolare M. Clarich, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro amm.-Tar*, 2003, 3133 ss., in particolare 3151 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 75, 104 ss. Nello stesso senso, più di recente, v. R. Chieppa, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, 2012, 103 ss., in particolare 116.

Per una valorizzazione dell'eccesso di potere per sviamento, come strumento idoneo a sindacare gli atti delle Autorità di regolazione quando perdono di vista il fine della regolazione, cioè la creazione di un mercato concorrenziale e in definitiva la libertà economica, v. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit., 191-193.

<sup>15</sup> M. D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Annuario 2006 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 19 ss., in particolare 49. In Italia, sulla centralità dell'analisi economica come strumento per risolvere problemi giuridici nell'ambito del diritto pubblico, negli stessi anni cfr. G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I,

mento di regolazione è adottato sia una componente essenziale della legittimità dell'atto<sup>16</sup>; dall'altro l'individuazione di una riserva di valutazione tecnica in capo alle Autorità indipendenti (non di ordine generale ma) fondata su ragioni specifiche<sup>17</sup>. Questa concezione, infatti, ha fatto breccia nella giurisprudenza: le ragioni dell'attuale orientamento maggioritario che ha ammesso, o per meglio dire che ha enunciato in linea di principio, la possibilità di un sindacato che «si estende sino al controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità»<sup>18</sup> ma pur sempre limitato a un giudizio di resistenza in ragione della posizione istituzionale e delle funzioni esercitate dalle Autorità amministrative indipendenti – sono tributarie della lettura proposta in particolare da Merusi<sup>19</sup>.

Tale evoluzione, però, per quanto significativa, non ha comportato da parte della giurisprudenza il superamento dei tradizionali standard di valutazione della legittimità dell'atto, rimasti ben ancorati nell'alveo dell'eccesso di potere.

299 ss. In precedenza, tra i contributi più significativi in termini generali, cfr. R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, vol. I, Torino, 1987, 309 ss. (che già rilevava che si può accettare o respingere l'analisi economica del diritto, «ma in nessun caso ignorarla», 311, e che la sua «vera forza ... non sta nelle risposte ch'essa consente eventualmente di ottenere, bensì nelle domande che per il suo tramite siamo spinti a porci», 320); F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; A. Arcuri, R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur. Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, 7 ss.

<sup>16</sup> Sostenuta molto chiaramente soprattutto da D'Alberti, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, cit., 49, e da F. Merusi, *Conclusioni*, in *Annuario 2006 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – Analisi economica e diritto amministrativo*, cit., 311 ss., in particolare 323.

<sup>17</sup> F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit.; Id., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, cit. (v. in particolare § 3-4).

<sup>18</sup> In questo senso già Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Foro it.*, 2005, III, 6 con nota di S. Bastianon, *Dai buoni pasto ai «concetti giuridici indeterminati». Ovvero: come cambia il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, e in *Urb. app.*, 2004, 817 ss., con nota di S. Mirate, *Autorità antitrust e controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche*.

<sup>19</sup> F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, cit.; Id., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, cit. (sul giudizio di resistenza v., rispettivamente, 186 nota n. 17 e 193 nota n. 17). L'influenza delle tesi di Merusi sulla giurisprudenza in tema di sindacato sulle valutazioni delle Autorità amministrative indipendenti è confermata anche da uno studio recente che è si occupato, in modo molto approfondito, del più ampio tema del sindacato sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione: v. G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 703 ss. in particolare 706-707 e 710-713. Sul rapporto tra la posizione istituzionale delle Autorità indipendenti, con precipuo riferimento ai compiti di regolazione, e sindacato del giudice cfr. A. Lalli, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 153 ss.

### 3. I casi recenti: il sindacato sul modello economico adottato dall'Autorità amministrativa

Ciò, invece, mi pare sia avvenuto in alcuni casi recenti, in cui il sindacato sugli atti di regolazione ha finito per riguardare più da vicino il modello economico adottato dall'Autorità amministrativa.

Per esempio, in tema di definizione del modello di costo per la determinazione dei prezzi dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa di Telecom Italia per il triennio 2010-2012, il giudice ha censurato la scelta di AGCom a favore del precedente meccanismo di *retail minus*, invece che del modello di orientamento al costo, per alcuni di questi servizi<sup>20</sup>.

In modo analogo, in tema di determinazione delle tariffe per il servizio di trasporto e di dispacciamento del gas naturale per il periodo 2010-2013, il giudice ha censurato la scelta di AEEG di prevedere che i costi di funzionamento delle centrali di compressione fossero stabiliti attraverso il sistema dell'allocazione agli utenti del servizio di trasporto di un quantitativo in base ai punti di entrata, invece che attraverso il sistema del *price cap*<sup>21</sup>.

Un tipo di sindacato in certa misura simile, anche se con accenti assai più sfumati, è stato esercitato dal Tar Lombardia anche in relazione alle controversie che, dopo il referendum abrogativo del giugno 2011, hanno investito l'approvazione del metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato per gli anni 2012 e 2013. L'accoglimento della nozione economica di costo – invece che della differente nozione contabile invocata dai ricorrenti – è stata in parte argomentata anche in ragione delle possibili conseguenze delle due opzioni<sup>22</sup>. Un dibatt-

<sup>20</sup> Di rivendita del canone all'ingrosso e di accesso a banda larga all'ingrosso su linea dedicata, rispettivamente *wholesale line rental (WLR)* e *wholesale broadband access (WBA)* o *bitstream-naked*. Si tratta dei noti ricorsi Eutelia-Wind-Fastweb, decisi rispettivamente da Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, I, 363); 28 marzo 2013, n. 1837 (*ibidem*, 2013, I, 408); 2 aprile 2013, n. 1856 (*ibidem*, 2013, I, 466). Per un'impostazione analoga del sindacato sul modello economico in concreto applicato v. Tar Lazio, sez. I, 22 gennaio 2014, n. 767, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Tar Lombardia, sez. III, 19 aprile 2013, n. 995, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779 e n. 780, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In senso adesivo alle due pronunce v. S. Vaccari, *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, 2014, 289 ss. In chiave critica, in relazione alla distinzione che sta alla base dei provvedimenti tariffari dell'Autorità tra la remunerazione del capitale (esclusa, perché è incompatibile con l'esito del referendum) e il recupero del costo di finanziamento degli interventi (riconosciuto come una componente tariffaria), v. A. Travi, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista regolazione dei mercati*, 2014, 126 ss.



tito in larga misura analogo ha trovato di recente spazio anche in Francia, nel più ampio ambito del diritto dell'energia, con riferimento alla determinazione delle tariffe per la fornitura di energia elettrica e di gas e per l'utilizzo delle reti<sup>23</sup>.

Nei casi che ho appena ricordato, in particolare nei primi due, è possibile leggere quasi una trasposizione in sede di controllo giurisdizionale del c.d. approccio economico inteso come approccio basato sugli effetti, spesso oggetto di dibattito negli studi di diritto antitrust, anche in Italia<sup>24</sup>. Il sindacato riguarda in larga parte gli effetti del modello economico scelto dall'Autorità<sup>25</sup>. I parametri per la valutazione in ordine alla legittimità degli atti di regolazione sono squisitamente di ordine economico. I principi di proporzionalità e ragionevolezza o i canoni di logicità e coerenza, spesso invocati dal giudice amministrativo nelle controversie riguardanti gli atti delle Autorità indipendenti, non costituiscono gli standard di valutazione ovvero i criteri in grado di fornire un parametro di valutazione della legittimità dell'atto. Il sindacato giurisdizionale come «la trasformazione creativa delle finalità della regolazione in un sistema di principi giuridici atti a condizionarne lo svolgimento» (secondo l'efficace espressione di Ramajoli riferita all'orientamento dei primi anni<sup>26</sup>) sembra seguire una logica capovolta in

<sup>23</sup> Questi temi sono stati oggetto del *Colloque Biennal de l'Association Française du Droit de l'Énergie (AFDEN)*, «l'énergie et ses Juges», tenutosi a Parigi l'11 dicembre 2014.

<sup>24</sup> Cfr. L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere*, cit., 123 ss., in particolare 154-157; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, in particolare 51 ss. Nel diritto antitrust si tratta di un dibattito acceso già da qualche anno, a cui ha dato ampio spazio la rivista *Mercato Concorrenza Regole*: per esempio, v. F. Denozza, A. Toffoletto, *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nel diritto antitrust*, ivi, 2006, 563 ss.; R. Pardolesi, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, ivi, 2007, 119 ss.; M. Polo, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, ivi, 2007, 129 ss. Più di recente cfr. anche G. Bruzzone, A. Saija, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 7 ss., in particolare 22 ss., che evidenziano l'utilità di «distinguere tra le implicazioni per il controllo giurisdizionale dell'approccio economico inteso come approccio basato sugli effetti e quelle dell'utilizzo dell'analisi economica nell'applicazione della disciplina».

<sup>25</sup> In uno dei casi di maggiore rilievo, il giudice amministrativo ha censurato l'adozione di uno schema regolamentare contrassegnato da un «deficit strutturale», nonché il modello economico prescelto dall'autorità indipendente, in quanto fondato «su considerazioni astratte e irrealistiche, che rischiano di perdere qualsivoglia legame di verificabilità rispetto al dato empirico» (Cons. St., sez. III, n. 1856/2013 cit.).

<sup>26</sup> M. Ramajoli, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80 ss., citazione a 103.

queste pronunce: lì dove richiamati tali principi o canoni rappresentano una sorta di chiusura in termini giuridici della motivazione, che però è di fatto articolata esclusivamente sulla scorta di una valutazione di ordine economico.

Si tratta in qualche misura di quanto accennato in alcuni contributi recenti circa la necessità – almeno rispetto ai c.d. regolamenti per obiettivi<sup>27</sup>, quelli cioè vincolati unicamente nel fine da raggiungere – che il giudice vincoli l'attività di regolamentazione «a specifiche forme di razionalità legate per lo più alla scienza economica»<sup>28</sup>.

#### 4. Conclusioni

La giurisprudenza richiamata, dunque, non si serve soltanto dell'analisi economica per valutare gli effetti giuridici, ma finisce con il prendere in esame l'impatto, effettivo o potenziale, sul mercato del modello economico / della regola economica adottata dall'Autorità di regolazione. E in questa logica le valutazioni squisitamente di ordine economico funzionali a misurare tale impatto, ed eventualmente a decidere in ordine alla preferenza di un diverso modello economico / di una diversa regola economica, rientrerebbero nei confini del sindacato di legittimità.

Rispetto a tale conclusione, ciò che muta è la stessa prospettiva del ruolo della scienza economica. Non si tratta più del fenomeno di una giurisdizione che verte su materie fortemente connotate da regole economiche<sup>29</sup>, ma di una giurisdizione che esercita il proprio sindacato sulla regola

<sup>27</sup> F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007, 116 ss.

<sup>28</sup> D. Simeoli, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, voce in *Digesto (disc. priv. sez. civ. aggiornamento)*, Torino, 2014, 143, con riferimento al sindacato del giudice amministrativo sulla regolazione a tutela dell'autonomia contrattuale.

<sup>29</sup> Cfr. G. Coraggio, *Introduzione*, in Dell'Aversana (a cura di), *Politica, economia e giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia, equilibrio della finanza pubblica e sviluppo*, Milano, 2007, 15, che evidenzia come il giudice amministrativo sia diventato, dopo la legge istitutiva delle Autorità amministrative indipendenti, «il giudice delle regole di mercato».

Sull'ampliamento, in ragione dell'evoluzione legislativa a partire dagli anni Novanta del secolo scorso fino ai primi anni del 2000, delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva in tanti settori economici e sull'importanza del ruolo assunto dal giudice amministrativo, v. *amplius* Clarich, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, cit.

Più di recente, in ordine «alla vocazione del giudice amministrativo quale giudice naturale degli interventi pubblici (anche sanzionatori) nel campo dell'economia», con precipuo riferimento alla giurisdizione esclusiva in materia di esercizio dei *golden powers*, v. M. Allena,

economica, concretamente individuata come base della scelta regolatoria. Da una materia economica oggetto della giurisdizione alla regola economica e i suoi effetti come oggetto del sindacato di legittimità.

In definitiva, nell'approccio tracciato dal Consiglio di Stato nei casi sopra menzionati il provvedimento di regolazione dell'Autorità, pur oggetto d'impugnazione e di domanda di annullamento, tende a rimanere sullo sfondo del giudizio, finisce cioè per rappresentare solo la mera occasione (sebbene imprescindibile) affinché il sindacato del giudice amministrativo verta sulla "questione economica" considerata nel suo complesso, comprensiva della sua proiezione futura, in una sorta di giudizio, se necessario anche di tipo prognostico, sul "buon esito" della regolazione fissata dall'Autorità.

Da un differente punto di vista, l'orientamento espresso in queste pronunce conferma, e in una certa misura amplifica, le critiche già espresse in passato dalla dottrina circa le modalità con le quali il giudice amministrativo esercita il proprio sindacato su alcune valutazioni amministrative<sup>30</sup>. A mio avviso, le perplessità su tale orientamento non sono sul fatto che il giudice in questo modo sconfinerebbe in valutazioni di merito riservate all'amministrazione<sup>31</sup>, almeno nel senso che si tratta (o si dovrebbe trattare) di valutazioni non discrezionali<sup>32</sup>, pur sempre ancorate alla scienza economica, e non scelte «il cui criterio informatore sia l'interesse pubblico»<sup>33</sup>.

Invece, ciò che non mi pare accettabile è che la giurisdizione sugli atti di regolazione venga esercitata costantemente senza l'istruttoria tecnico-economica, senza l'ausilio e il supporto di un consulente, perché questo mina alle fondamenta la logica e la "credibilità" di un sindacato che riven-

*Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. Economia*, 2012, 639 ss.

<sup>30</sup> Per esempio, con particolare riferimento agli atti delle Autorità amministrative indipendenti, v. A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.

<sup>31</sup> Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 305.

<sup>32</sup> Sulla natura non discrezionale degli atti di regolazione, con particolare riferimento all'AEEG e all'AGCom, v. sopra nel testo.

<sup>33</sup> F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, 113, e che «sono quelle scelte che non possono che essere 'riservate' all'amministrazione». Ovviamente, sul tema delle valutazioni non discrezionali oggetto di una riserva a favore dell'amministrazione rimangono fondamentali le opere di C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985 e D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

dica, come nei casi richiamati, la possibilità di valutare gli effetti sul mercato del modello economico scelto dall'autorità di regolazione<sup>34</sup>.

A mio avviso, non si tratta di affermare il fallimento del processo in queste controversie a favore di sistemi alternativi<sup>35</sup>, ma piuttosto l'esigenza di un sindacato giurisdizionale credibile e autorevole anche sui risvolti tecnici ed economici di maggiore complessità.

### *Abstract*

*The paper examines the relationship between judicial review and economic rule. It focuses in particular on the judicial review by the administrative courts on the acts of independent regulatory authorities. Some recent judgments of the administrative courts are significant because they seem to innovate the standards of the judicial review on these acts.*

<sup>34</sup> Da questo punto di vista è da salutare con favore la recente ordinanza istruttoria con la quale - in sede di appello delle sentenze del Tar Lombardia che hanno deciso le controversie sull'approvazione del metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe per il servizio idrico integrato per gli anni 2012 e 2013 (v. nota n. 20) - il Consiglio di Stato ha disposto la consulenza tecnica d'ufficio sui seguenti quesiti: «i) se le formule e i parametri adottati nell'art. 18 dell'allegato 'A' della citata deliberazione dell'AEEG, disciplinante la componente tariffaria relativa agli "Oneri finanziari del gestore del SII" - con particolare riguardo alle formule e ai parametri diretti a calcolare il tasso di interesse di riferimento (art. 18.2) e la componente di copertura della rischiosità (18.3) -, rientrino, o meno, entro i limiti di attendibilità e di ragionevolezza del settore tecnico-scientifico che qui viene in rilievo, sotto il profilo della loro idoneità a riflettere la componente tariffaria strettamente limitata alla copertura dei costi di capitale proprio investito; (ii) se i parametri applicati costituiscono, o meno, eventuali duplicazioni di fattori di rischio già considerati in altre parti della deliberazione in questione, e se i coefficienti in concreto determinati implicano, o meno, un'eventuale illogica 'sovrastima' del fattore di rischio all'interno della componente delineata sub 18.3» (Cons. Stato, sez. VI, ord., 15 ottobre 2015, n. 4745, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>35</sup> Cfr. S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013 (v. ca II, in particolare 59-65 quanto alla specializzazione del giudice e complessità della vita economica).

MONICA DELSIGNORE

## QUESTIONI DI GIURISDIZIONE ED ECONOMIA: IL CASO DELLE SOVVENZIONI

SOMMARIO: 1. Il ruolo della giurisdizione nei rapporti tra diritto ed economia. – 2. Il riparto della giurisdizione in tema di sovvenzioni, contributi o finanziamenti pubblici. – 3. L'incertezza sulla giurisdizione nelle controversie economiche: il cambiamento attraverso la stabilità delle regole.

### **1. Il ruolo della giurisdizione nei rapporti tra diritto ed economia**

Il diritto è certo in grado di conformare con le sue regole il regime di produzione e circolazione dei beni, cioè l'economia: ciò comporta inevitabili interazioni tra processo economico e processo giurisdizionale<sup>1</sup>.

Nel rapporto tra giustizia amministrativa ed economia, la prima viene talvolta percepita come “antagonista” rispetto all'altra<sup>2</sup>. Tuttavia, come efficacemente è stato scritto<sup>3</sup>, attribuire alla giustizia amministrativa la responsabilità dell'incertezza, dello stallo e dell'inefficienza che caratterizzano il sistema italiano e della sua incapacità di uscire dalla crisi è un bell'esempio di inversione del rapporto tra causa ed effetto. Due sono i motivi principali per cui tante decisioni dell'amministrazione pubblica italiana vengono portate davanti al giudice amministrativo. Primo: le norme sono troppe, contraddittorie, spesso incomprensibili<sup>4</sup>. La legge non è uno strumento di ordine, ma

\* Testo rielaborato dall'intervento all'incontro del Gruppo San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa su “Giurisdizioni e attività economiche” (Pisa, 24 aprile 2015).

<sup>1</sup> A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.* 2015, 952. Il dibattito aperto sul tema si è aperto tra i professori di diritto amministrativo con uno scritto di M. A. Sandulli, *Poteri del giudice e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, cui sono seguiti i contributi pubblicati sul forum *Lo stato di diritto fa bene all'economica* nel sito dell'Associazione dei professori di diritto amministrativo [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

<sup>2</sup> G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 116 ss.

<sup>3</sup> L. Torchia, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.* 2014, 337.

<sup>4</sup> Come già ammoniva B. G. Mattarella nel volume *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011.

uno strumento di comunicazione, viene utilizzata per fare annunci (all'elettorato o a singoli gruppi di interesse) e non per porre regole. In aggiunta, anche quando le regole vengono poste, ci sono continui ripensamenti e cambiamenti di rotta, a volta addirittura con effetti retroattivi.

Questo vale non solo per le regole del diritto sostanziale, ma anche per le regole del processo e, come si cercherà di evidenziare, anche per le regole della attribuzione o distribuzione della giurisdizione nelle controversie economiche.

Il ruolo della giurisdizione nei rapporti tra diritto e economia ha subito una modificazione nei tempi recenti: se in precedenza erano la politica e le decisioni del legislatore a rivestire i panni del protagonista nella risoluzione dei conflitti, oggi, invece, la politica sempre più spesso non assume scelte nette, ma approva leggi dal contenuto generico o fin troppo dettagliato, ma avulso dal contesto generale, in ogni caso tali da attribuire il ruolo di primo attore al giudice e alla decisione nel momento applicativo<sup>5</sup>.

La debolezza delle istituzioni e del potere di governo sono stati indicati quali possibili cause della difficoltà ad adottare politiche di riordino dell'intervento pubblico e riforme strutturali in risposta alla crisi: «un sistema politico e istituzionale debole è incapace di resistere alla pressione degli svariati gruppi di interesse e delle aspettative crescenti dei cittadini. Non ha capacità di innovare e non ha la legittimazione necessaria per farlo»<sup>6</sup>.

Mi pare interessante, in questo contesto, offrire qualche spunto di riflessione non quanto all'incertezza nel contenuto delle norme di diritto sostanziale<sup>7</sup> che il giudice è chiamato ad applicare, ma piuttosto quanto alla frequente, troppo frequente, difficoltà ad individuare il giudice che tali norme deve applicare proprio in relazione alle controversie che coinvolgono l'economia e gli operatori nei mercati.

<sup>5</sup> In tal senso F. Patroni Griffi, *La legge, l'economia e il giudice*, su [www.astrid.it](http://www.astrid.it) sottolinea il ruolo e l'elevato grado di discrezionalità che oggi è riconosciuto al giudice dalla legge. Un'attenta e ragionata riflessione sul ruolo del giudice nell'attuale momento storico si trova nel volumetto di G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

<sup>6</sup> G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Rivista AIC*, 2013, 8, precisa che le riforme strutturali e il riordino dell'intervento pubblico richiedono sacrifici immediati.

<sup>7</sup> Critica gli interventi del legislatore incapaci di favorire l'interazione tra poteri pubblici e processo economico G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.* 2014, 695.

## 2. Il riparto della giurisdizione in tema di sovvenzioni, contributi o finanziamenti pubblici

Occorre prendere le mosse dall'esame della giurisprudenza, almeno in alcuni settori, per cogliere pienamente la dimensione del problema.

Così, per cominciare, si considerino le controversie circa il rilascio e la revoca delle sovvenzioni, dei contributi e dei finanziamenti pubblici, di sicuro interesse per gli operatori economici.

Il criterio per il riparto nella cognizione delle controversie, come noto, è stato indicato in alcune pronunce della Cassazione<sup>8</sup>, condivise dall'Adunanza Plenaria<sup>9</sup>, che, in sintesi, affermano la giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario. La giurisdizione spetta, invece, al giudice ordinario quando la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un adotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo.

Il criterio, anzitutto, in quanto di elaborazione giurisprudenziale, è, come tale, sempre passibile di essere disatteso in futuro da altro giudice; esso, inoltre, non offre affatto una soluzione in grado di risolvere il contrasto in concreto, come dimostrano le decine di sentenze di Tar che già si contano in questi primi mesi del 2015.

Nelle controversie sulle sovvenzioni, l'oggetto del contendere, infatti, è esattamente la qualificazione dell'atto che toglie il finanziamento<sup>10</sup>, sicché

<sup>8</sup> Cass., sez. un., 25 gennaio 2013, n. 177; sez. un., 5 dicembre 2011 n. 25934; 2 agosto 2011 n. 16861; 5 febbraio 2008, n. 2655; di recente, in rapporto a una chiamata in manleva Cass., sez. un., 3 maggio 2013, n. 10300. Da ultimo ritorna ancora sul tema Cass., sez. un., ord. 17 febbraio 2016, n. 3057.

<sup>9</sup> Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6.

<sup>10</sup> Si interroga sulla qualificazione giuridica vantata dal titolare del contributo M. Gnes, *I privilegi dello stato debitore*, Milano 2012, a p.264 ss., che precisa ( p. 266) come sia complicato determinare la posizione in capo al creditore, sia per effetto della complessità della disciplina, in cui concorrono aspetti privatistici e pubblicistici fortemente collegati, sia per le

distinguere la giurisdizione sulla base della valutazione alla stregua di revoca, in quanto espressione di potere amministrativo o, invece, di atto motivato dall'inadempimento del beneficiario agli obblighi sorti con l'erogazione<sup>11</sup> significa di fatto chiedere al ricorrente di risolvere la controversia nel merito per individuare il giudice a cui rivolgersi.

Ulteriore complicazione nasce dall'interesse di recente mostrato anche dalla Corte dei conti<sup>12</sup> su queste vicende, nel caso di cattiva utilizzazione dei fondi pubblici da parte di società private e sviamento dalle finalità del finanziamento con implicito danno erariale<sup>13</sup>.

Si noti inoltre che per talune categorie di finanziamenti, la Cassazione<sup>14</sup> ha ritenuto si configuri una materia di giurisdizione esclusiva. In particolare, si tratta del caso in cui il finanziamento pubblico sia stato concesso ad una società nell'ambito di un patto territoriale approvato in base all'art. 27, l. n. 142/1990. Riconducendo il patto territoriale alla categoria degli accordi sostitutivi o integrativi di provvedimenti amministrativi previsti dagli artt. 11 e 15, l. n. 241/1990, la controversia sulla revoca del finanziamento è stata attribuita appunto alla giurisdizione esclusiva in base all'art. 133, c. 1, lett. a), n. 2.

Anche il legislatore ha di recente introdotto una nuova materia di giurisdizione esclusiva alla lettera *z-sexies* dell'art. 133 solo, però, per quei particolari finanziamenti pubblici in violazione della disciplina sugli aiuti di stato.

Con la l. 24 dicembre 2012, n. 234 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), si è, infatti, inserita nel testo dell'art. 133 del codice del processo amministrativo la lettera *z-sexies*. La disposizione in esame ha espressamente devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che

particolari vicende cui possono essere soggette le obbligazioni pubbliche, ove, per esempio, la revoca o l'annullamento d'ufficio a seguito dell'esercizio di poteri di autotutela da parte della pubblica amministrazione può produrre la degradazione da diritto soggettivo ad interesse legittimo della posizione soggettiva del creditore.

<sup>11</sup> In tal senso Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6144.

<sup>12</sup> Solo in nota, si ricordi, inoltre, la questione della responsabilità per i danni al patrimonio nelle società partecipate dallo Stato con statuti speciali, di recente tornata in ribalta quanto al caso FFSS, ma già esaminata in relazione a RAI, Enav e Anas. In proposito la decisione Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1159.

<sup>13</sup> Cass., sez. un., 21 ottobre 2014, n. 25138; e conformi Cass. sez. un., 13 febbraio 2014, n. 3310; 3 febbraio 2014, n. 2287; 9 gennaio 2013, n. 295; 23 settembre 2009, n. 20434.

<sup>14</sup> Da ultimo, ord. Cass., sez. un., 27 ottobre 2014, n. 22747, che richiama decisioni precedenti conformi.



concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso».

Nonostante questa specifica disposizione ancora non abbia trovato applicazione, sempre più spesso, anche la scelta in favore della giurisdizione esclusiva si dimostra insoddisfacente e non risolutiva, in quanto di nuovo incapace di offrire certezza<sup>15</sup>.

Numerosi sono gli esempi che si possono ricordare, proprio nel settore economico.

Si consideri, ad esempio, la materia delle concessioni dei beni demaniali e la recente sentenza riguardo alla procedura per l'assegnazione di spazi all'interno dell'aeroporto per lo svolgimento di attività di avvolgimento valige, considerata diversamente da quanto in precedenza affermato dalla giurisprudenza, estranea alla giurisdizione esclusiva<sup>16</sup>.

Ancora, nulla cambia quanto alla materia dei pubblici servizi e dei contratti pubblici o anche in materia di rifiuti.

In proposito la Cassazione<sup>17</sup> ha specificato, in relazione all'art. 133, c. 1, lett. p), che debbono intendersi estranee alla giurisdizione esclusiva le controversie relative alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per l'espletamento dei servizi di gestione del ciclo dei rifiuti, in quanto non costituiscono esse stesse gestione del ciclo dei rifiuti.

Il Consiglio di Stato<sup>18</sup> ha precisato che di affidamento di servizi è anche il contratto che abbia ad oggetto l'utilizzazione di un marchio commerciale, quale nella specie il marchio Expo: il giudice, forse non pienamente convinto della soluzione, ha ritenuto, tuttavia, che il marchio non possa che essere definito bene pubblico, di modo che la controversia relativa alla concessione di bene pubblico immateriale rientri nella giurisdizione esclusiva in base all'art. 133, c. 1, lett. b).

Lo stesso giudice amministrativo invoca talora l'abuso del processo per limitare gli eccessi derivanti dall'applicazione letterale della disciplina codicistica, ma lo fa sempre conscio della problematicità delle soluzioni di molti casi concreti.

<sup>15</sup> M. Luciani, *Garanzia ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in Rivista AIC, n.4/2014, precisa che la certezza altro non è che sicurezza riguardata dalla prospettiva del diritto.

<sup>16</sup> Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192.

<sup>17</sup> Cass., sez. un., 30 settembre 2013, n. 22317.

<sup>18</sup> Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552, nella nota vicenda *EXPO-Coin*.

Così nel caso ricordato in precedenza in tema di servizi aeroportuali si ammette comunque la questione giurisdizione, ancorché sollevata dal ricorrente in secondo grado, o anche la stessa Cassazione<sup>19</sup> afferma che l'intreccio tra le questioni sia spesso tale da indurre in errore il ricorrente, tanto che non si configura abuso di processo anche se l'eccezione di giurisdizione sia sollevata dallo stesso ricorrente in grado di appello<sup>20</sup>.

Ancor più complesso il panorama in merito alla materia dei provvedimenti, anche sanzionatori, delle Autorità Amministrative Indipendenti (art. 133, lett. l)). Le sentenze della Corte costituzionale con una soluzione che non forniscono, mi pare, argomenti davvero esaustivi, portano ad un distinguo, nonostante la scelta unificante del legislatore. Il giudice ordinario conosce delle controversie relative alle sanzioni di Consob e Banca d'Italia<sup>21</sup>, mentre le sanzioni delle altre Autorità Amministrative Indipendenti sono conosciute dal giudice amministrativo.

Ma il giudice amministrativo, di recente, ha trovato occasione di pronunciarsi, pur indirettamente, quanto alla validità delle sanzioni Consob.

In proposito, dopo la nota sentenza della Corte Edu nel caso *Grande Stevens*<sup>22</sup>, la Cassazione<sup>23</sup> si è espressa in favore della legittimità delle sanzioni Consob, ritenendo non violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative della Consob o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando d'altronde applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato<sup>24</sup>, però, pur dichiarando la carenza di interesse a

<sup>19</sup> Nella sentenza, sez.un. 19 giugno 2014, n. 13940.

<sup>20</sup> Diversamente Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24902, secondo la quale: «In materia di concessioni amministrative, le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi, riservate dalla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, comma 2, alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'*an* che sul *quantum*), la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo». Abuso del processo sempre in riferimento ad una concessione, ma con riferimento all'indennizzo spettante al gestore uscente del servizio idrico integrato.

<sup>21</sup> C. cost. 20-27 giugno 2012, n. 162, e 15 aprile 2014, n. 94.

<sup>22</sup> CEDU, 4 marzo 2014, n. 18640, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

<sup>23</sup> Cass., sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

<sup>24</sup> Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

ricorrere nel caso di specie<sup>25</sup>, ha ritenuto illegittimo, per violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU come interpretato dalla sentenza n. 18640 del 4 marzo 2014 (*Grande Stevens e altri c. Italia*), il regolamento Consob n. 15086 del 21 giugno 2005, applicabile *ratione temporis* ai procedimenti sanzionatori ad oggi in corso presso la Consob, con i comprensibili riflessi e le incertezze che ne derivano rispetto alla futura giurisprudenza del giudice ordinario<sup>26</sup>.

### **3. L'incertezza sulla giurisdizione nelle controversie economiche: il cambiamento attraverso la stabilità delle regole**

Il breve esame di alcune recenti decisioni rende allora evidente che l'incertezza esista, dunque, non solo nel contenuto sostanziale della disciplina delle controversie "economiche", ma anche nelle regole della giurisdizione.

Ciò assume valore ancor maggiore ove si osservi che la formazione del giudice certamente incide nella soluzione dei casi concreti; basti ricordare la vicenda appena citata in tema di sanzioni Consob o anche riferirsi ai casi ben noti in tema di derivati<sup>27</sup>.

L'incertezza quanto alla giurisdizione si riflette sia sui tempi processuali, vista la necessità dell'incidente e della sospensione del giudizio, talora anche in grado di appello; sia sulla pienezza della tutela.

La *translatio* non mira ad accorciare i tempi processuali, allungati dall'errore nell'individuazione del giudice, ma ad evitare che l'errata individuazione del giudice possa condurre, per effetto di situazioni preclusive, alla perdita di situazioni giuridiche che l'ordinamento tutela. Nonostante l'in-

<sup>25</sup> Nel caso di specie il regolamento non viene contestato per i vizi riflessi che dalla sua illegittimità possono derivare sulla sanzione (non ancora applicata del resto), ma è oggetto di una immediata e diretta contestazione sul presupposto che la sua esistenza arrechi un *vulnus* a situazioni giuridiche che assumono la consistenza di interessi legittimi.

<sup>26</sup> Quanto alla giurisdizione nella decisione si legge che «Ed è allora evidente che laddove la fonte diretta della lesione è, quindi, l'oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale. Nel caso in cui, invece, la fonte diretta della lesione è, quindi, l'oggetto del giudizio, sia l'atto regolamentare o amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato».

<sup>27</sup> Per un commento alla vicenda M.P. Chiti, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 713, sul punto 722 ss., e A. Benedetti, *I contratti in operazioni finanziarie derivate di Comuni, Province e Regioni*, in *Amministrare*, 2014, 367.

troduzione dell'istituto restano non poche questioni<sup>28</sup> quanto alla prosecuzione del giudizio e alla formulazione della domanda davanti al diverso giudice indicato<sup>29</sup>. In aggiunta, il difetto di giurisdizione tocca anche il tema dei limiti interni della giurisdizione di legittimità, e quindi della sfera riservata all'amministrazione: basti accennarsi alla pronuncia della Cassazione<sup>30</sup> circa il sindacato sulla discrezionalità tecnica nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o ricordarsi altra recente decisione del Consiglio di Stato<sup>31</sup> riguardo alla valutazione della stazione appaltante circa il venir meno dell'affidamento nei confronti del contraente *ex art. 38, lett. f)*, Codice dei contratti pubblici (ove la censura del giudice deve limitarsi alla sola verifica della non pretestuosità della scelta dell'amministrazione).

Dell'unità della giurisdizione si sono proposte diverse versioni<sup>32</sup>, ma non è questa la direzione in cui vuole andare questo intervento. Nemmeno depone in tal senso lo sviluppo dei sistemi giudiziari in Europa, che al contrario, anche nei paesi di *common law*, riconosce il pluralismo giudiziario, creando sezioni specializzate<sup>33</sup>, niente affatto diverse dai nostri giudici speciali. Anche in tali sistemi si finisce così per riconoscere che il rapporto fra amministrazione e privati è diverso dal rapporto fra i privati e richiede una giurisdizione specializzata, a garanzia innanzitutto del diritto di difesa contro le decisioni del potere pubblico.

Ai fini di un pieno e consapevole sindacato di decisioni tanto più complesse, l'esigenza di specializzazione del giudice è ancor più centrale e più il giudice è vicino all'amministrazione più è capace di rivederne le decisioni finali sicché il giudice amministrativo è il giudice naturale dell'interesse pubblico in economia e l'effettività della giustizia non deve mirare a consumare il potere dell'amministrazione, ma anzi occorre riconoscere il senso del limite, tanto più quando vengano in gioco diritti fondamentali e scelte economiche, come nel più volte ricordato caso Ilva.

<sup>28</sup> Si rinvia, senz'altro, in proposito alla approfondita monografia di A. Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano 2013.

<sup>29</sup> In merito, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2014, n. 6442.

<sup>30</sup> Cass., sez. un. 20 gennaio 2014, n. 1103.

<sup>31</sup> Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, su rinvio di Cass., sez. un., nn. 2312 e 2313/2012.

<sup>32</sup> Si ricordino tra i contributi più recenti di un dibattito infinito A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.* 1998, 371; A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.V*, 2001, 21, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.* 2006, 91.

<sup>33</sup> In tal senso L. Torchia, *Giustizia ed economia*, cit.

## questioni di giurisdizione ed economia

La legge non il giudice ha il compito di assicurare la ragionevole durata del processo e di garantire certezza quanto al giudice che decide delle controversie sul medesimo oggetto: la giurisdizione se pure composta di organismi ciascuno con proprie sfere di competenza, deve assicurare attraverso il processo la tutela dei diritti e interessi, così che la pluralità dei corpi giurisdizionali non può risolversi in danno per l'effettività della tutela giurisdizionale.

“In questo momento evolutivo in cui ciascuno pensa di poter fare ciò che compete ad altri, gli operatori del diritto ed in particolare gli avvocati, quando assumono le difese o redigono gli atti, non possono più affidarsi alla legge scritta, ma, al pari dei loro colleghi anglosassoni, devono aver cura del precedente giudiziario (senza poter fare affidamento su di una giurisprudenza, che anche alla stabilità affida la sua autorevolezza)”<sup>34</sup>.

Il modo in cui il servizio giurisdizionale è organizzato e il perseguimento dell'efficienza è, invece, problema legislativo che non può essere addossato su singoli giudici<sup>35</sup>, sicché nel “cantiere” per la riforma della giustizia mi pare importante che anche le questioni relative alla giurisdizione trovino soluzioni tali da consentire il cambiamento «attraverso la stabilità»<sup>36</sup> delle regole, che non può venire nel nostro sistema giuridico dagli interventi della giurisprudenza.

### *Abstract*

*The paper offers suggestions about the key role of legislator in defining jurisdiction limits in economic disputes. The analysis of litigation on subsidies and public funding shows the inconsistency of the present rules. This confirms the necessity of clear bounds in order to offer security and protection to the interested stakeholders.*

<sup>34</sup> Criticamente G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., in particolare 91 ss.

<sup>35</sup> Come scrive G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo: studio critico*, Napoli, ESI, 2015, 671.

<sup>36</sup> A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, 1989, Milano, Giuffrè, 1995, 232.



ANDREA MARCHETTI

IL CASO ILVA TRA GIURISDIZIONI,  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LEGISLATORE:  
UN *HARD CASE* PER IL BILANCIAMENTO  
TRA VALORI COSTITUZIONALI\*

SOMMARIO: 1. Premesse: l'inquadramento della vicenda. – 2. L'analisi del caso giuridico attraverso l'iter cronologico degli eventi. – 2.1. L'intervento del giudice penale: l'adozione della misura cautelare per la salvaguardia dell'ambiente e della salute degli abitanti della città di Taranto. – 2.2 L'intervento dell'Amministrazione: il riesame dell'AIA per la prosecuzione dell'attività produttiva. – 2.3. L'intervento del legislatore: l'approvazione del decreto "ad Ilvam" per neutralizzare gli effetti della misura cautelare. – 2.4. La pronuncia della Corte costituzionale: la sentenza n. 85/2013. – Osservazioni conclusive.

### 1. Premesse: l'inquadramento della vicenda

La vicenda giuridica che ruota intorno allo stabilimento Ilva di Taranto si configura come quello che potremmo definire un *hard case* nell'esperienza più recente dell'ordinamento italiano. Un caso sicuramente complesso che per certi aspetti rileva anche sotto il profilo scientifico, in ragione della diversa articolazione e del differente (talvolta antitetico) esito del giudizio di bilanciamento tra interessi pubblici contrapposti operato dai vari attori istituzionali che si sono interessati al caso. Si tratta senza tema di smentita di una vicenda emblematica in cui la tensione tra interessi economici legati alla prosecuzione dell'attività produttiva dell'azienda (il mantenimento del livello occupazionale: 12.000 dipendenti, 75% del Pil della città di Taranto, 11 miliardi di fatturato del gruppo) e gli interessi legati alla tutela dell'ambiente e della salute ha raggiunto livelli altissimi e drammatici di conflitto<sup>1</sup>. Una tensione ed un conflitto che partendo dalla ponderazione tra valori con-

Testo rielaborato dall'intervento all'incontro del Gruppo San Martino, tenutosi presso l'Università di Pisa su "Giurisdizioni e attività economiche" (Pisa, 24 aprile 2015).

<sup>1</sup> Per una ricostruzione sintetica sulla vicenda dello stabilimento Ilva si veda C. Con-  
tessa, *Il decreto Ilva*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Treccani, 2014.

trapposti si è poi tradotta anche in un contrasto, talvolta patologico, tra legislatore e giudici ordinari, tra potere politico e giurisdizione. Si tratta dunque, ricorrendo ad un'espressione utilizzata da autorevole dottrina, di una vicenda che si colloca nel «*cuore*» autentico della tensione e delle ragioni di conflitto che attraversano il rapporto fra potere politico e potere giudiziario<sup>2</sup>, la quale ha messo a dura prova la tenuta dei rapporti istituzionali tra poteri dello Stato.

Il caso Ilva si configura in altri termini come una sorta di “caso di scuola” utile per valutare l'esito del bilanciamento “mobile” diversamente operato tra valori e interessi costituzionali da amministrazione, giudici e legislatore: un caso che ha investito in misura diversa, e secondo le rispettive sfere di attribuzione, tutti i poteri dello Stato, determinando persino veri e propri conflitti istituzionali.

Ricondurre ad unità la complessa ed intricatissima vicenda giudiziaria legata allo stabilimento Ilva di Taranto è cosa a dir poco difficoltosa se non impossibile. Diversi e molteplici sono stati infatti gli interventi operati, anche contestualmente e in sovrapposizione l'un l'altro, sul caso: da parte del giudice penale ed amministrativo, da parte del legislatore, ad opera della Pubblica Amministrazione (statale e locale), per arrivare persino alla Corte costituzionale; ciascuno nell'ambito delle funzioni e delle prerogative proprie, ciascuno secondo il proprio orientamento e sulla base della propria sensibilità giuridica.

In tal senso rientra certamente nelle prerogative del legislatore intervenire normativamente per l'attuazione e la tutela dei valori e dei beni costituzionalmente garantiti, operando, laddove necessario, un bilanciamento tra interessi e valori contrapposti ed individuando, secondo il proprio indirizzo politico, un punto di equilibrio tra gli stessi. È altresì compito del potere amministrativo dare attuazione effettiva a tale forme di conciliazione, anche in questo caso, secondo un certo margine di apprezzamento discrezionale, stabilendo in concreto, in conformità ai principi costituzionali (in particolare al principio della libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.) regimi, limiti e vincoli relativi ad attività di per sé non solo lecite ma socialmente utili e necessarie, ancorché genericamente “pericolose”, come la produzione industriale.

Spetta poi al potere giudiziario (*rectius* al giudice penale) perseguire e reprimere le condotte violatrici di norme lesive di diritti delle persone che si siano tradotte in lesioni ai beni e valori costituzionalmente tutelati, con i corollari dei poteri cautelari e preventivi attribuiti all'autorità giudiziaria<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2013, 1.

<sup>3</sup> Cfr. in tal senso V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituziona-*



## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

guardando dunque al rispetto in concreto del bilanciamento in primo luogo effettuato dal legislatore al momento della produzione normativa e poi successivamente attuato dall'amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni provvedimentali.

Rientra infine nelle prerogative del giudice costituzionale, in via incidentale, valutare il contemperamento di interessi effettuato dal legislatore nell'esercizio dell'attività normativa alla luce della pluralità di valori e beni costituzionali riconosciuti e tutelati in Costituzione.

La complessità ed articolazione del caso Ilva non consente ovviamente di effettuare un'analisi esaustiva ed approfondita delle numerose questioni giuridiche sottese; ci limiteremo pertanto a qualche breve riflessione a margine degli esiti giudiziari e normativi che hanno riguardato la vicenda, soffermandoci in particolare sul diverso apprezzamento che amministrazione, giudici, legislatore e Corte costituzionale hanno svolto in merito alla composizione del contrasto tra i due principali valori contrapposti nella vicenda: la tutela della salute e dell'ambiente da una parte, la tutela dell'attività produttiva e del livello occupazionale dall'altra. Il filo rosso di queste brevi considerazioni è rappresentato proprio da questa tensione tra valori contrapposti e dai differenti esiti cui i singoli attori istituzionali coinvolti sono giunti nell'affrontare la questione nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni.

Si tratta peraltro di una questione ancora oggi di estrema attualità, la quale continua ad occupare in modo permanente, da qualche anno a questa parte, sia il legislatore<sup>4</sup> che le autorità amministrative e giudiziarie. Per esigenze di spazio le riflessioni che qui proponiamo si limitano ad un periodo di tempo circoscritto, muovendo dall'ordinanza cautelare emessa dal giudice penale nel luglio del 2012, passando poi per l'intervento del legislatore e giungendo al giudizio di costituzionalità conclusosi con la pronuncia da parte della Consulta della sentenza n. 85/2013. È proprio nell'arco di questo spazio temporale che si è del resto consumato, con le serie conseguenze sul piano istituzionale che conosciamo, il massimo livello di tensione tra i valori costituzionali citati; è attraverso il districarsi delle numerose iniziative giudiziarie che si sono succedute in questo periodo che si è assistito ad un caso esemplare di influenza (o interferenza) della giurisdizione sulle attività economiche.

*lità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013, cit., 1.*

<sup>4</sup> Il legislatore è intervenuto sul caso Ilva in più occasioni, talvolta con disposizioni di legge di natura provvedimentale. Tra i numerosi interventi normativi si annoverano il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207; il d.l. 4 giugno 2013, n. 61; il d.l. 31 agosto 2013, n. 101; il d.l. 10 dicembre 2013, n. 136; il d.l. 24 giugno 2014, n. 91; il d.l. 5 gennaio 2015, n. 1.

## 2. L'analisi del caso giuridico attraverso l'iter cronologico degli eventi

### 2.1. L'intervento del giudice penale: l'adozione della misura cautelare per la salvaguardia dell'ambiente e della salute degli abitanti della città di Taranto

Seguendo questo iter logico, che poi è quello che in senso diacronico ha delineato il caso tarantino, è anche più facile poter apprezzare la diversa prospettiva dalla quale ciascuno degli attori istituzionali sopra richiamati è intervenuta sulla questione districandosi all'interno del permanente conflitto che ha caratterizzato (e ancora oggi contraddistingue) la vicenda: una tensione tra valori economici e produttivi da una parte e quelli ambientali e sanitari dall'altra. Una contrapposizione che ha indotto ciascuno dei soggetti istituzionali coinvolti ad adottare i provvedimenti di propria competenza individuando e perseguendo un equilibrio differente tra questi interessi confliggenti.

La vicenda, per quanto rileva in questa sede, ha avuto inizio con l'intervento del giudice penale: a seguito dell'accertamento di significative emissioni di sostanze inquinanti provenienti dallo stabilimento Ilva, la Procura di Taranto nel giugno del 2012 ha richiesto il sequestro preventivo di alcune aree dello stabilimento. Il 25 luglio, il giudice delle indagini preliminari (gip) ha accolto la richiesta ed ha emanato un decreto di sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., di sei reparti dello stabilimento, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività economica. Come per ogni altra misura di sequestro preventivo il provvedimento è stato dunque motivato dal rischio che la libera disponibilità delle cose oggetto di sequestro potesse aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolarne di nuovi.

Non vi è dubbio che il provvedimento cautelare del giudice penale abbia risposto chiaramente alla finalità di proteggere la salute e l'ambiente, sacrificando l'attività economica; le stesse parole utilizzate dal giudice non lasciano dubbi circa il bene della vita tutelato con la misura cautelare adottata: *«le risultanze tutte del procedimento denunciano a chiare lettere l'esistenza, nella zona del tarantino, di una grave ed attualissima situazione di emergenza ambientale e sanitaria, imputabile alle emissioni inquinanti, convogliate, diffuse e fuggitive, dello stabilimento Ilva Spa»*<sup>5</sup>. La scelta operata dal giudice è stata indirizzata, come evidente, verso la tutela dell'ambiente: del resto la norma penale, presupposto per l'adozione del provvedimento cautelare, tutela il bene am-

<sup>5</sup> Il testo del provvedimento è reperibile al seguente link: <http://www.scribd.com/doc/106494971/Decreto-Di-Sequestro-Preventivo>.

biente (in quanto bene costituzionalmente rilevante offeso dalla condotta umana); il mantenimento del livello di occupazione e la prosecuzione dell'attività produttiva sono configurati come valori recessivi rispetto alla tutela degli altri interessi costituzionali in gioco.

Ma è proprio dall'adozione della misura cautelare che emerge il primo profilo di interferenza della funzione giudiziaria con quella amministrativa. L'intervento del giudice è stato prodromico rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, addirittura precedente all'esercizio della stessa azione penale, ponendosi di fatto in competizione con l'Amministrazione<sup>6</sup> nel bilanciamento tra interessi contrapposti ed elaborando per l'effetto un proprio orientamento integrativo o alternativo rispetto a quello espresso dalla Pubblica amministrazione in merito alla attività produttiva dello stabilimento siderurgico.

L'adozione della misura cautelare, in altri termini, ha messo in evidenza un ruolo diverso per il giudice penale rispetto a quello abitualmente esercitato nell'esercizio della funzione giudicante; egli è infatti andato oltre la mera applicazione obiettiva del diritto. Con il provvedimento cautelare il giudice non si è limitato alla mera applicazione della legge, ponendosi in posizione *super partes* rispetto alla ponderazione tra i diversi valori in conflitto, ma ha, di contro, assunto una decisione espressione di un proprio apprezzamento valoriale in concorrenza con l'indirizzo politico-amministrativo espresso dalla Pubblica amministrazione con il rilascio dell'AIA.

Da qui la reazione da parte della Pubblica amministrazione.

## 2.2 *L'intervento dell'Amministrazione: il riesame dell'AIA per la prosecuzione dell'attività produttiva*

La scelta compiuta dal giudice, come detto, è intervenuta nella sfera d'azione della pubblica amministrazione la quale è chiamata ad effettuare, nell'esercizio delle proprie funzioni a tutela dell'ambiente e nell'ambito della propria discrezionalità amministrativa, un analogo temperamento tra interessi contrapposti.

A seguito dell'intervento della magistratura, infatti, l'amministrazione è tornata sulla questione dello stabilimento Ilva riesaminando l'autorizzazione integrata ambientale rilasciata nel luglio 2011 mediante l'adozione del d.m. Ministro Ambiente del 26 ottobre 2012<sup>7</sup>. Il provvedimento si è risolto

<sup>6</sup> Cfr. in tal senso anche R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza Ilva*, in *Forum di Quad. cost.*, 2013.

<sup>7</sup> Sul riesame dell'AIA si veda: S. D'Angiulli, *Caso Ilva di Taranto: adesso o mai più*, in

in un'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività produttiva contemperato dalla previsione di adempimenti di natura ambientale, dunque nel rilascio di un'AIA "riesaminata", nella quale, secondo le procedure previste dalla legge, sono state valutate le insufficienze delle precedenti prescrizioni provvedendo a dettarne di nuove, maggiormente idonee ad evitare il ripetersi dei fenomeni di inquinamento.

Lo scontro tra gli interessi ambientali e quelli economico-produttivi sottesi alla vicenda ha trovato nell'amministrazione una diversa composizione ed un diverso punto di equilibrio; questo, nel pieno rispetto delle prerogative proprie dell'amministrazione procedente la quale, nell'ambito del procedimento di AIA – inteso come procedimento integrato<sup>8</sup> nel quale il valore "ambiente" si apprezza per il suo carattere relazionale rispetto ad altri valori degni di tutela – ha provveduto a contemperare i diversi interessi in gioco in una prospettiva maggiormente incline ad operare un bilanciamento che non mortificasse del tutto le esigenze economiche dell'azienda e dei lavoratori.

In definitiva, l'AIA riesaminata ha individuato un nuovo punto di equilibrio, il quale ha consentito la prosecuzione dell'attività produttiva a nuove condizioni. Le prescrizioni individuate per autorizzare la prosecuzione dell'attività produttiva per un tempo limitato sono divenute in tal modo la forma giuridica attraverso la quale l'amministrazione ha individuato un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco; misure che, in attuazione del principio dello sviluppo sostenibile, hanno permesso di "tenere insieme", bilanciandole, le tre diverse "anime" espressive degli interessi in conflitto: quella economica (inquadrabile in termini di esigenza di salvaguardia della produzione di uno stabilimento di interesse strategico nazionale); quella ambientale (sotto forma di protezione adeguata dell'ambiente circostante in modo da garantirne la salubrità); ed infine quella che potremmo definire "sociale" (declinata, nel caso di specie, in termini di esigenza di salvaguardia dei livelli occupazionali in una determinata area in cui è ubicato uno stabilimento di interesse strategico nazionale).

Nonostante molte delle prescrizioni dettate dall'amministrazione abbiano ripreso il contenuto delle misure indicate nel provvedimento di sequestro preventivo emanato dal gip, è stata consentita la prosecuzione dell'attività produttiva. Il contrasto tra amministrazione e potere giudiziario si è dunque manifestato ben presto nella sua complessità.

*Ambiente e sviluppo*, n. 2/2013, 117 e ss; V. Cavanna, *AIA: riesame ed efficacia alla luce della vicenda relativa allo stabilimento Ilva di Taranto*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 3/2013, 221 e ss.

<sup>8</sup> G. De Giorgi, *Le procedure integrate*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, 191 ss.

## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

Il 6 novembre 2012 l'Ilva ha provveduto a segnalare al Ministero dell'Ambiente di non poter dare attuazione all'AIA riesaminata, a causa dell'intervenuto sequestro dell'area a caldo e della conseguente mancata disponibilità degli impianti. Ciononostante, l'Ilva nei giorni successivi ha presentato allo stesso Ministero un piano operativo per la realizzazione delle prescrizioni dell'AIA e il 20 novembre ha depositato una richiesta di dissequestro dello stabilimento presso il Tribunale tarantino, fondata proprio sulla necessità di poter dare avvio a quanto previsto nell'AIA e nel Piano stesso.

La situazione si è complicata ulteriormente quando, il 26 novembre 2012, il gip ha emanato un nuovo provvedimento di sequestro preventivo, questa volta su tutti i lavorati prodotti successivamente al sequestro degli impianti ordinato alla fine di luglio, in quanto da considerarsi provento e profitto di attività penalmente illecita. In altre parole, secondo il gip, l'Ilva non avrebbe potuto produrre dopo il sequestro e dunque, la produzione era da considerarsi il frutto di attività illecita.

La complessità del contrasto istituzionale che si stava consumando, nonché le pressioni di migliaia di lavoratori dello stabilimento, hanno poi ben presto indotto il legislatore ad un intervento d'urgenza per porre rimedio ad una questione di importanza cruciale per l'equilibrio economico e sociale di un'intera Regione.

### *2.3. L'intervento del legislatore: l'approvazione del decreto "ad Ilvam" per neutralizzare gli effetti della misura cautelare*

Seguendo lo stesso indirizzo manifestato dall'Amministrazione con il riesame dell'AIA, il legislatore ha individuato da subito come interesse da tutelare quello della prosecuzione dell'attività produttiva per la salvaguardia dell'occupazione<sup>9</sup>. Per conseguire l'obiettivo il governo ha fatto ricorso all'emanazione di un decreto legge di natura sostanzialmente provvedimentale<sup>10</sup>: il d.l. n. 207/2012<sup>11</sup>, il quale, celandosi dietro la formale efficacia ge-

<sup>9</sup> Si veda chiaramente in tal senso quanto espressamente affermato dal Governo nella declaratoria del decreto legge adottato.

<sup>10</sup> Sulla natura provvedimentale del decreto si rinvia a A. Marchetti, *Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013.

<sup>11</sup> In merito al contenuto del decreto si rinvia a: U. Salanitro, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9/2013, 1041 ss.; A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 7 ss., 1; G. D'Arconzo, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 16 ss.; A. Sperti, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto ILVA*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 1, 12 ss.

nerale ed astratta delle proprie disposizioni, è intervenuto specificamente sulla vicenda, consentendo il superamento dell'impedimento imposto dal giudice cautelare alla prosecuzione dell'attività produttiva.

L'intervento diretto del legislatore è stato realizzato, come noto, grazie al combinato di due disposizioni contenute nel decreto legge: l'art. 1 e l'art. 3. L'art. 1 ha introdotto, in via generale, la categoria giuridica degli "stabilimenti di interesse strategico nazionale", i quali, secondo quanto dispone la norma, possono essere individuati come tali da un apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri purché in essi siano occupati più di duecento lavoratori. La norma prevede che in presenza di siffatti "stabilimenti di interesse strategico nazionale", in relazione ai quali vi è la necessità di salvaguardare l'occupazione e la produzione, il Ministero dell'Ambiente possa autorizzare, in sede di riesame dell'AIA, la prosecuzione dell'attività produttiva fino ad un massimo di 36 mesi. La norma, con il chiaro scopo di intervenire immediatamente sulla vicenda tarantina, prevede poi che le misure volte ad assicurare la prosecuzione dell'attività produttiva siano esclusivamente, e ad ogni effetto, quelle contenute nelle AIA o nei rispettivi provvedimenti di riesame, anche laddove siano stati adottati provvedimenti di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria sui beni dell'impresa titolare dello stabilimento. L'art. 3 completa l'intervento provvedimentale del legislatore riconoscendo innanzitutto l'Ilva come stabilimento di interesse strategico nazionale e riconoscendo poi nell'AIA rilasciata nell'ottobre 2012 il contenuto delle prescrizioni volte ad assicurare la prosecuzione dell'attività produttiva dell'Ilva stessa.

Lungi dal costituire soltanto una mera applicazione del principio generale dettato dall'art. 1 è proprio con l'art. 3 che il legislatore ha tentato di ovviare ai limiti imposti dal provvedimento di sequestro preventivo che, al momento della pubblicazione del decreto legge, precludevano ad Ilva la possibilità di svolgere attività produttiva.

La scelta perseguita pervicacemente dal Governo con l'adozione delle due norme citate non è stata esente da rischi e da effetti potenzialmente problematici anche con riguardo al rispetto della legalità e della correttezza dei rapporti istituzionali.

Anche se si tratta di un mero rinvio formale, l'espreso richiamo del provvedimento amministrativo all'interno della legge ha prodotto l'effetto di innalzare il bilanciamento tra interessi contrapposti effettuato in sede di procedimento AIA al rango legislativo sottraendo così al cittadino la possibilità di tutelare in via diretta il proprio diritto alla salute nelle forme e con i mezzi consentiti con riguardo agli atti amministrativi.

Il percorso seguito dal Governo con l'adozione del d. l. n. 207/2012,

## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

infatti, oltre a rischiare di pregiudicare le garanzie procedurali (partecipazione al procedimento amministrativo) e processuali (impugnazioni) riconosciute ai singoli rispetto al contenuto di un atto amministrativo, ha posto seri dubbi di legittimità circa i profili di possibile interferenza con la funzione giurisdizionale.

Il contenuto del decreto, peraltro con efficacia retroattiva, si è infatti andato a scontrare, nemmeno troppo velatamente, con l'esercizio della funzione giurisdizionale, ed in particolare con gli atti di natura cautelare che il gip di Taranto aveva emesso per fronteggiare il rischio di protrazione delle conseguenze del reato e di agevolazione di nuovi illeciti. Anzi, possiamo dire che questa fosse la precisa intenzione del legislatore: porre rimedio ad una vicenda che, pregiudicando del tutto le esigenze produttive dell'azienda, perseguiva come bene assoluto la tutela dell'ambiente e della salute. La scelta di provvedere all'"assorbimento" dell'AIA nel decreto legge è stata, infatti, funzionale all'esigenza di consentire la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento Ilva alla condizioni in essa contenute, nonché all'immissione nel possesso dei beni e la loro commercializzazione, eludendo la vigenza dei provvedimenti cautelari di sequestro preventivo *ex art.* 321 c.p.p. che imponevano la sospensione della produzione e la vendita dei lavoratori. L'intento del legislatore è stato dunque chiaro sin dall'inizio e non può che condividersi l'opinione della Procura di Taranto, la quale, sollevando il conflitto di attribuzione nei confronti del Governo prima e del Parlamento poi, ha rilevato «un impiego abnorme della funzione normativa» che ha dato luogo «ad una sorta di "revoca legislativa" di un provvedimento giudiziario di sequestro»<sup>12</sup>.

L'intervento del legislatore, segnando un'ulteriore anomalia per il nostro sistema giuridico, ha risposto dunque ad una logica riparatrice ed emendativa rispetto alla tutela offerta dal giudice penale ai valori costituzionali "ambiente" e "salute", offesi dalla condotta umana realizzata con l'esercizio dell'attività produttiva e con la mancata osservanza delle cautele tecniche previste per il settore siderurgico. L'anomalia, al di là della "provvedimentalizzazione" dell'intervento normativo e dell'interferenza con la funzione giurisdizionale, è consistita proprio nel fatto che il legislatore ha ricondotto la situazione ad equilibrio rimodulando il bilanciamento tra in-

<sup>12</sup> Cfr. in tal senso l'atto di ricorso per conflitto di attribuzione predisposto dalla procura di Taranto in data 23.01.2013 reperibile sul sito web della rivista Diritto penale contemporaneo al link: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1359538058Conflitto%20ILVA%20202.pdf>. Si veda inoltre V. Cavanna, *Caso Ilva e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, nota a C. Cost., ord. 13.2.2013, nn. 16 e 17, in *Amb. svil.*, 2013, 4, 326 ss.

teressi contrapposti precedentemente operato dal giudice, sostituendosi dunque alla funzione di “chiusura” tipica del potere giurisdizionale.

Se l'intervento del potere giudiziario esaurisce normalmente lo spettro delle possibilità offerte all'individuo per porre rimedio alla violazione di un diritto soggettivo, alla lesione di un interesse legittimo, all'inosservanza di una norma incriminatrice, ristabilendo un equilibrio precedentemente alterato da siffatte violazioni, in questo caso è l'intervento “correttivo” del legislatore che invece ha posto fine al disequilibrio venutosi a determinare con la scelta del giudice penale di interrompere l'attività produttiva dello stabilimento.

#### 2.4. *La pronuncia della Corte costituzionale: la sentenza 85/2013*

L'approvazione del decreto legge ha suscitato ben presto la reazione della magistratura, in quello che ormai si è configurato palesemente come un vero e proprio conflitto istituzionale tra poteri. Su istanza della Procura, il gip ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 1 e 3 del d.l. 207/2012, come convertito dalla legge 231/2012.

Come noto, la Corte, pronunciandosi con la sentenza 85/2013, ha concluso il suo giudizio dichiarando in parte inammissibili, in parte infondate, le questioni sollevate<sup>13</sup>. Tre in particolare sono stati i profili di impugnazione contenuti nell'ordinanza di remissione: il primo attinente alla natura provvedimentale della legge e dunque alla possibile violazione del principio di uguaglianza; il secondo riguardante la prospettata violazione del principio di separazione dei poteri per mezzo dell'indebita ingerenza del legislatore nella funzione giurisdizionale svolta dal giudice penale; il terzo concernente il corretto bilanciamento tra valori costituzionali.

L'esito finale del giudizio di costituzionalità ha consacrato la scelta del legislatore di tutelare le esigenze occupazionali e produttive a scapito di quelle ambientali e di salute ricorrendo ad argomentazioni che più o meno direttamente hanno fatto appello alle circostanze emergenziali in cui l'intervento normativo si è concretizzato.

<sup>13</sup> Per un'analisi più approfondita della pronuncia si rinvia a: E. Vivaldi, *Il caso ILVA: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *federalismi.it*, n. 15/2013; L. Geninatti Satè, *Il “Caso Ilva”: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013; M. Massa, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013; M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013.



## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

Rispetto alla ipotizzata violazione dell'art. 3 Cost., determinata dalle previsioni di tipo particolare e derogatorio contenute nel decreto, la Corte ha argomentato muovendo dalla considerazione che non esiste in Costituzione alcuna disposizione che «comporta una riserva agli organi amministrativi o “esecutivi” degli atti a contenuto particolare e concreto», ricordando come «la prevalente dottrina e la giurisprudenza di questa Corte non considerano la legge-provvedimento incompatibile, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione» e riaffermando che «le leggi provvedimento devono soggiacere tuttavia “ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio”»<sup>14</sup>.

In un caso come questo la Corte avrebbe dovuto dunque valutare la congruità e la ragionevolezza del mezzo (la legge provvedimento) rispetto al fine perseguito dal legislatore (tutela occupazione e attività produttiva) operando uno stretto raffronto tra la *ratio* della norma e altri principi costituzionali che entrano in gioco nella vicenda Ilva (dal principio di uguaglianza, al principio di separazione dei poteri, al diritto alla salute e all'ambiente salubre, al dovere della repressione e prevenzione dei reati). L'ammissibilità delle leggi-provvedimento è sempre stata infatti riconosciuta «entro limiti sia specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, sia generali, e cioè del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà»<sup>15</sup>. In realtà, però, guardando alla motivazione della sentenza, non sembra essere stato eseguito un simile scrutinio: in luogo della ragionevolezza si è fatto ricorso a generiche (seppur comprensibili) “situazioni di emergenza” rispetto alle quali anche il giudice costituzionale sembra aver condotto il proprio scrutinio secondo canoni meno rigidi rispetto a quelli, almeno formalmente, consuetamente utilizzati in casi simili.

Anche riguardo alla presunta violazione della sfera di competenza del potere giudiziario la questione è stata risolta in favore del legislatore escludendo la sussistenza di alcuna lesione in quanto considerato innovato il contesto normativo sulla base del quale si sarebbe dovuta valutare la liceità del-

<sup>14</sup> Cfr. par. 12.1 del considerato in diritto.

<sup>15</sup> C. cost. n. 267/2007, punto 4 del considerato in diritto. Anche in un'altra recente occasione la Corte, pur non giungendo a concludere per la fondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta, ha riconosciuto l'ammissibilità delle leggi-provvedimento purché «siano osservati i principi di ragionevolezza e non arbitrarietà e dell'intangibilità del giudicato e non sia vulnerata la funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso» (C. cost. n. 94/2009, paragrafo 7.6 del considerato in diritto).

l'attività produttiva dello stabilimento tarantino sul presupposto che la disposizione impugnata non incideva su un'attività passata e sulla valutazione giuridica della stessa, ma che la reimmissione della società Ilva nel possesso degli impianti fosse la conseguenza obbligata del nuovo quadro normativo determinato dall'approvazione del d.l. 207/2012.

Ma è con riferimento al terzo rilievo che si concentrano i profili di nostro interesse. Il giudice costituzionale ha infatti ritenuto infondata anche la questione concernente la compressione del diritto alla salute e all'ambiente salubre, prospettata dal GIP, negando la tesi, sostenuta nell'ordinanza di rimessione, dell'esistenza di una gerarchia statica tra valori, in virtù della quale la salute si configurerebbe come diritto preminente rispetto a tutti gli altri diritti della persona. La Corte, muovendo dal presupposto della natura pluralista del nostro ordinamento, ha ribadito come i valori su cui questo si fonda non possano essere classificati in modo gerarchico, avendo tutti pari forza e pari dignità rispetto agli altri. Come espressamente enunciato, infatti, «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». Se così non fosse, prosegue la Corte, si produrrebbe la patologica situazione consistente nella «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»<sup>16</sup>. Afferma quindi il giudice costituzionale che «[l]a qualificazione come "primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»<sup>17</sup>. Compito del legislatore è allora quello di operare un bilanciamento tra questi valori al fine di individuarne un punto di equilibrio, che proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, «deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>18</sup>. Come del resto già ben rilevato in letteratura «i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata. Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. paragrafo 9 del Considerato in diritto.

<sup>17</sup> Cfr. paragrafo 9 del Considerato in diritto.

<sup>18</sup> Cfr. paragrafo 9 del Considerato in diritto.

<sup>19</sup> M. Cartabia, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione per la Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spa-

## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

La ragionevolezza<sup>20</sup> è stato dunque lo strumento attraverso il quale la Corte ha tentato di condurre il proprio giudizio di costituzionalità nel contesto del diritto emergenziale, reso nel caso Ilva ancora più complesso ed intricato a causa del conflitto tra valori primari. Per questa ragione la Corte esclude l'illegittimità della normativa impugnata, la quale, pur non garantendo nel breve termine una piena tutela del diritto alla salute, traccia in ogni caso un percorso in cui l'autorizzazione a produrre acciaio è limitata nel tempo, sottoposta a controlli periodici, revocabile e comunque finalizzata, nel lungo periodo, a realizzare il risanamento ambientale dell'area. In questo modo è come se la Corte avesse rimesso all'autorità amministrativa, in virtù dei poteri attribuiti dalla legge, la funzione di provvedere all'individuazione della tipologia e qualità della tutela da garantire all'ambiente e alla salute dei cittadini, cristallizzando così il livello di tutela offerto al contenuto del provvedimento di AIA. Come sostenuto in dottrina, in altri termini, «La tesi della Corte, (...), sembra sostenere che la norma di legge che consente la prosecuzione dell'attività d'impresa conforme al provvedimento autorizzativo non viola le norme costituzionali che proteggono l'ambiente e la salute perché l'autorizzazione è, nel sistema delle fonti, costitutivamente rilasciata sulla base di criteri volti esattamente a garantire la tutela di quei beni»<sup>21</sup>.

Si produce in tal modo l'effetto di quello che è stato descritto come bilanciamento "ineguale"<sup>22</sup> tra valori costituzionali, dove la tutela della salute e dell'ambiente risulta ingessata, fino alla sua successiva potenziale modifica, tramite le procedure di riesame, al contenuto dell'AIA, con l'effetto che le norme sottoposte al vaglio di costituzionalità, in ragione di detta esigenza emergenziale, «non comportano alcun beneficio immediato alla salute dei cit-

gnola e portoghese, tenuta a Roma il 24-26 ottobre 2013 e reperibile al link [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf).

<sup>20</sup> Sul concetto di ragionevolezza nel giudizio costituzionale si veda *ex plurimis*: A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1994; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1997, 902 ss.; J. Luther, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1997, 341 ss.; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2000, 567 ss.; M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 55 ss.

<sup>21</sup> L. Geninatti Satè, *Il "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto*, cit., 4.

<sup>22</sup> E. Vivaldi, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, cit., 16.

*tadini, ma si limitano a rendere disponibili maggiori risorse finanziarie per far fronte a danni alla salute già subiti dagli stessi»<sup>23</sup>.*

### 3. Osservazioni conclusive

La complessità del caso Ilva, resa tale soprattutto dal confronto tra due valori costituzionali primari, come quello della salute (e dell'ambiente salubre) e del lavoro (e all'esercizio dell'attività economica), definito da taluni come «*un drammatico conflitto tra principi costituzionali*»<sup>24</sup> ha messo in luce l'inevitabile influenza che la funzione giurisdizionale può giocare, ben oltre la dinamica fisiologica dell'attività interpretativa, sulle attività economiche condizionandone l'esercizio sia nell'*an* che nel *quomodo*.

Lo abbiamo potuto apprezzare chiaramente in merito all'intervento compiuto dal giudice ordinario prima ancora dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; si è poi visto, se pur in misura minore, rientrando nelle funzioni tipiche della Corte costituzionale, con la pronuncia della Consulta quasi un anno dopo.

Benché il giudice ordinario sia normalmente chiamato a svolgere – su sollecitazione di parte o d'ufficio quando vi è in gioco la tutela di un interesse pubblico – un ruolo attivo per la tutela dei diritti, offrendo rimedi in casi concreti, le sue funzioni, in condizioni ordinarie, non dovrebbero essere ascrivibili ad attività di indirizzo politico. I giudici non hanno infatti altro interesse che quello dell'applicazione obiettiva del diritto essendo questi «*investiti di funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione super partes*»<sup>25</sup>; dunque anche l'esercizio del loro controllo dovrebbe essere rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e meramente preordinato alla tutela del diritto oggettivo. Ma nel caso Ilva, lo abbiamo visto, il ruolo del giudice ha in parte deviato da questo schema tipico, avendo l'intervento cautelare preceduto la stessa azione penale ed essendo stato compiuto in ragione delle esigenze precauzionali sottese al possibile aggravamento delle conseguenze del reato.

L'intervento del giudice non si è infatti limitato, come sarebbe accaduto nell'ambito dell'esercizio dell'azione penale o del successivo giudizio

<sup>23</sup> E. Vivaldi, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, cit., 8.

<sup>24</sup> A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, cit.

<sup>25</sup> Corte Cost. 2 luglio 1966, n. 83.

## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

di responsabilità, ad un controllo rigorosamente neutrale e disinteressato del rispetto della legalità degli atti e delle condotte poste in essere nell'ambito dell'attività produttiva dello stabilimento ma, in virtù dell'adozione di un provvedimento cautelare di tipo preventivo, si è spinto fino al perseguimento di finalità pubbliche di prevenzione e di tutela di interessi legati a diritti fondamentali, come la tutela della salute e dell'ambiente<sup>26</sup>. Il giudice per le indagini preliminari (su iniziativa del pubblico ministero), in altri termini, percepito il rischio di una compromissione irreparabile di questi interessi, ha agito in chiave di prevenzione, impedendo la prosecuzione dell'attività produttiva ed offrendo in questo modo alla tutela della salute e dell'ambiente una posizione privilegiata ed assoluta rispetto agli altri beni costituzionali coinvolti. Il giudice ha cioè compiuto una scelta, una scelta che, se pur legittimamente, è stata espressione di un proprio indirizzo politico e che come tale è andata oltre la mera applicazione obbiettiva del diritto essendosi poi, di fatto, rivelata come soluzione in contrasto con le scelte compiute e gli indirizzi espressi dall'amministrazione.

Allo stesso modo tale interferenza con l'attività economica vi è stata, pur partendo da presupposti diversi rispetto all'esercizio delle funzioni giurisdizionali ordinarie, con la pronuncia della Consulta. In tal caso il contributo offerto dalla Corte pare iscriversi a pieno nell'alveo delle proprie funzioni giurisdizionali per cui essa «non opera [...] come un osservatore imparziale che bilancia asetticamente beni ed interessi rintracciabili in costituzione nella loro esatta dimensione, ma come un operatore politico, il quale, ancor prima di ricercare il ragionevole punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, dovrà definire la propria posizione nella relazione con gli altri poteri»<sup>27</sup>. Se, infatti, è pur vero che in generale il giudice costituzionale possa configurarsi come organo costituzionale in certa misura “politico”, idoneo cioè a promuovere un proprio indirizzo politico (costituzionale) autonomo, grazie soprattutto all'efficacia *erga omnes* delle proprie decisioni, nel caso Ilva il contributo offerto dalla Corte è stato decisivo per porre (momentaneamente) fine alla “diatriba” sul corretto bilanciamento tra valori contrapposti.

Ma non può non sottacersi come nel caso di specie il giudizio della Corte sia risultato in qualche modo condizionato dall'orientamento politico espresso dal Governo, dalla pressione dell'opinione pubblica, dall'incombenza del destino precario di migliaia di famiglie. Lo abbiamo visto nel

<sup>26</sup> Vedi ancora R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza Ilva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, 6.

<sup>27</sup> G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 330 ss.

modo con il quale i giudici hanno orientato il giudizio, anche in confronto ai propri precedenti: di fronte alla paventata esigenza emergenziale il loro scrutinio si è fatto meno rigoroso e, richiamandosi al principio della ragionevolezza, più incline a giustificare la legittimità delle scelte operate dal legislatore. Anche in questo caso non si tratta di niente di nuovo: del resto, come già rilevato in altre circostanze, *«in terreni più scivolosi per la Corte, in cui il rispetto della opzione legislativa è imperativo costituzionale o esigenza politica fortemente avvertita, il test di bilanciamento è praticato in modo meno aggressivo, tanto da tradursi nella presunta legittimità delle scelte compiute dal legislatore»*<sup>28</sup>.

Quello che è accaduto con il caso Ilva è allora qualcosa che va oltre il mero esercizio della funzione giudicante della Corte e che ha portato la stessa a modificare, implicitamente, i contenuti del proprio giudizio: non già la *legittimità* costituzionale o meno dell'intervento normativo realizzato dal legislatore con la conversione del d.l. 207/2012, bensì la *ragionevolezza* delle limitazioni alla salute prodotte nell'area di Taranto per salvaguardare i posti di lavoro e i redditi dei lavoratori impiegati nell'indotto dell'acciaieria.

Come ultima riflessione viene infine da chiedersi se l'intera vicenda descritta non sia tale da evocare, se pur indirettamente, quella che taluno ha ricondotto alla nozione di "mitezza costituzionale" in virtù della quale *«[l]a coesistenza di valori e principi sulla quale una costituzione oggi si deve fondare richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere»*<sup>29</sup>. A ben vedere si tratta dunque di misurarsi con la dimensione plurale delle costituzioni contemporanee dove *«carattere assoluto assume solo il mantenimento del pluralismo dei valori e la necessità di un loro confronto leale»*<sup>30</sup>.

L'asprezza e la radicalità del conflitto tra interessi contrapposti, tuttavia, non hanno fatto venire meno il carattere plurale della nostra Carta costituzionale anche se le scelte operate dal giudice prima, e dalla Corte poi, possono sembrare, all'apparenza, aver privilegiato in modo univoco un valore a danno dell'altro. In realtà, al di là della configurabilità o meno della caratteristica "mite" del nostro diritto, e dunque dal più o meno riuscito "confronto" tra interessi contrapposti, non pare possa escludersi come la stessa funzione giudicante sia stata condizionata dalla realtà fattuale, ovvero dall'incombere di una potenziale, devastante ed irreversibile, crisi economica e sociale.

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1997, 11.

<sup>30</sup> *Ibidem.*

## il caso ilva tra giurisdizioni, p.a. e legislatore

Nella sua attività interpretativa<sup>31</sup>, il giudice, si è trovato così a dover mediare tra le esigenze della legalità formale, dunque del contenuto della legge, e quelle imposte dalla realtà fattuale poiché «non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma ma è anche la norma che deve orientarsi al caso»<sup>32</sup>. Del resto, considerare solo uno dei due profili avrebbe determinato, come in ogni altro caso, gravi rischi per il funzionamento del nostro sistema giuridico, come la creazione di un diritto meramente casistico o l'affermazione di una mera scienza teoretica<sup>33</sup>. Ed è quello che è accaduto nel caso Ilva, dove il giudice penale prima ed il giudice costituzionale poi, non si sono limitati ad una ponderazione (più o meno equilibrata) tra valori contrapposti, avendo optato invece per un'interpretazione della legge che potesse offrire una soluzione applicativa che non fosse a servizio esclusivo del diritto ma che fosse in grado di rispondere anche alle esigenze economiche, produttive e sociali di un'intera città.

Se l'esito dell'intervento dei due giudici sia stato soddisfacente o adeguato a garantire un "ragionevole" sacrificio di alcuni diritti in favore di altri non è facile da dirsi; quello che è certo però è che il caso Ilva ha dato modo al giudice di misurarsi, spesso anche nelle manifestazioni più acute ed estreme sperimentabili, con la dimensione plurale dei beni costituzionali riconosciuti nel nostro patrimonio giuridico, dunque con l'esigenza di offrire alla molteplicità di valori, beni ed interessi tutelati in Costituzione una dimensione applicativa dinamica che possa rispondere, in casi definiti "eccezionali", ad esigenze di tipo emergenziale che nessun bilanciamento "uguale" appare in grado di offrire senza determinare il rischio della paralisi di un intero sistema. E dietro a questa soluzione non può che esservi una scelta politica.

### *Abstract*

*The legal issue concerning the Ilva steel plant in Taranto can be described as a real hard case for the balance of constitutional values, a case study useful in assessing the balance between values and constitutional interests operated by public adminis-*

<sup>31</sup> In merito agli intrecci tra attività interpretativa e bilanciamento tra principi costituzionali si veda in particolare F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 55 ss.; A. Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 130.

<sup>32</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 11.

<sup>33</sup> Ivi, 181.

*tration, judges and legislator: a case that has affected, according to their respective sphere of competence, all the public powers, even causing an institutional conflict between the legislature and the judiciary. The intervention of the judges who were involved in the case has demonstrated the “political” and “unstable” nature of the balancing between conflicting constitutional values. The judicial power has experienced the plural dimension of our constitutional heritage: both criminal judges and the Constitutional Court have not only operated a balance between opposing values, but also mediate between rule of law and the requirements imposed by the economic, productive and social issues of an entire city.*



# COMMENTI

MAX BRUSCHI

## LA “BUONA SCUOLA”: IL NUOVO ORDINAMENTO DELLE CLASSI DI CONCORSO E IL SUO IMPATTO SULLE PROCEDURE DI ABILITAZIONE, RECLUTAMENTO, ATTRIBUZIONE DELLE SUPPLENZE. NODI GIURIDICI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Il significato giuridico e la natura delle classi di concorso. – 2. Il nuovo regolamento per la definizione delle classi di concorso: genesi e struttura. – 3. Le ricadute giuridiche delle disposizioni regolamentari e del requisito dell’abilitazione sui procedimenti di immissione in ruolo dei docenti attraverso concorso per titoli ed esami e graduatorie ad esaurimento e di attribuzione delle supplenze. – 4. Le conseguenze giuridiche sui percorsi di abilitazione.

### 1. Il significato giuridico e la natura delle classi di concorso

A leggere il recentissimo d.m. n. 95/2016<sup>1</sup>, la «classe di concorso» non sarebbe altro che la «specificazione dei percorsi di studio occorrenti per poter conseguire l’abilitazione all’insegnamento». Il *nomen iuris* può apparire riduttivo e non giustificherebbe il parossismo con il quale la gestazione (invero, lunghissima) del nuovo regolamento, il d.P.R. n. 19/2016<sup>2</sup> oggetto del presente studio, è stata seguita non solo dai laureati e laureandi (alle cui attese una simile definizione si attaglia), ma in primo luogo e anzi maggiormente dai docenti abilitati, di ruolo o meno che siano; dai dirigenti scolastici; dalle rappresentanze sindacali; dalle università e dalle istituzioni del-

<sup>1</sup> Decreto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca 23 febbraio 2016, n. 95, recante «Prove di esame e programmi del concorso per titoli ed esami per l’accesso ai ruoli del personale docente della scuola dell’infanzia, primaria, secondaria di primo e secondo grado, nonché del personale docente specializzato per il sostegno agli alunni con disabilità».

<sup>2</sup> d.P.R. 14 febbraio 2016, n. 19, recante «Regolamento recante disposizioni per la razionalizzazione ed accorpamento delle classi di concorso a cattedre e a posti di insegnamento, a norma dell’articolo 64, c. 4, lett. a), d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133».

l'alta formazione artistica, musicale e coreutica; dal personale dell'amministrazione: in sostanza, da tutto il variegato mondo che compone la macchina del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Le classi di concorso sono considerate l'alfa e l'omega di quello che, a buona ragione, si può definire il «corpo mistico dell'organico», l'oggetto e il soggetto delle liturgie che scandiscono i destini di una popolazione di centinaia di migliaia di persone, tra docenti di ruolo, supplenti abilitati, soggetti collocati in graduatoria col solo titolo di studio, laureandi e diplomandi accademici che sognano la professione dell'insegnamento o che la considerano, più prosaicamente, come un eventuale rifugio in tempi piuttosto grami per l'occupazione intellettuale.

Ovvio, naturale, financo eticamente accettabile che i variegati interessi delle sopracitate categorie siano entrati ed entrino, con maggiore o minore impatto ed energia, nell'*iter* di costituzione del provvedimento e si apprestino a irrompere nelle inevitabili fasi della sua attuazione; meno consoni a una moderna amministrazione che i predetti interessi (e lo si verificherà) abbiano tale e tanto spazio dal pregiudicare l'interesse generale da garantire, in via teorica, con l'atto.

Detto in termini essenziali, infatti, scopo delle classi di concorso è determinare chi insegna che cosa. La preoccupazione prioritaria del *nomoteta*, dunque, dovrebbe essere di tipo esclusivamente didattico e tenere la barra del timone sulle evidenti ricadute che il «chi insegna che cosa» ha su chi deve apprendere.

A voler provare a integrare, a livello di modesta proposta, il *nomen iuris*, oggi «le classi di concorso determinano i percorsi di studio necessari per accedere alle abilitazioni all'insegnamento nella scuola secondaria di primo e secondo grado e attribuiscono, a ciascun abilitato, il diritto a concorrere per l'insegnamento di una o più discipline presenti negli ordinamenti didattici».

Di rigore, le classi di concorso non riguardano la scuola primaria e dell'infanzia, per le quali vige tutt'oggi il tabù del maestro unico e indistinto: un unico percorso di abilitazione, integrato al percorso di istruzione (dal 1999 la laurea magistrale in Scienze della formazione primaria, erede del diploma magistrale di gentiliana memoria) e una feroce resistenza a introdurre qualsivoglia specificazione o differenziazione, anche a discapito della *ratio* didattica<sup>3</sup>, in nome della totipotenza del “maestro elementare”.

<sup>3</sup> Sono almeno tre i casi nei quali è giustamente invocata la presenza di insegnanti specialisti. Il primo caso, storico, è quello dell'educazione fisica, al quale si è variamente risposto (si può dire nei secoli: vedi ad esempio E. De Amicis, *Amore e ginnastica*, o *Il romanzo di un maestro*) dapprima con improbabili esami o “patenti”, poi con “progetti” per i quali si ri-

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

L'area delle classi di concorso diviene ovviamente critica allorché gli ordinamenti didattici sono investiti da processi di ristrutturazione che mutano le discipline oggetto di insegnamento, una criticità che diventa tempestosa nel momento in cui alla mutazione fa da scomoda ancella la contrazione degli organici, perché la questione smarrisce rapidamente ogni possibilità di riflessione didattica, per concentrarsi sulla lotta per la sopravvivenza non solo (come pure sarebbe logico) degli insegnanti titolari degli insegnamenti non più previsti, ma di chi a tali insegnamenti aspira.

### 2. Il nuovo regolamento per la definizione delle classi di concorso: genesi e struttura

Logica vorrebbe che il «cosa si insegna e come» (gli ordinamenti didattici) e il «chi insegna cosa» (le classi di concorso) si accompagnassero. Il legislatore del testo unico delle leggi sulla scuola<sup>4</sup> (di seguito, t.u.) aveva pre-

manda ai siti <http://www.alfabetizzazionemotoria.it/> o <http://www.progettosportidiclasse.it/>. Il secondo, è quello della lingua inglese, con la sovrapposizione tra insegnanti «specialisti» (docenti di primaria dotati di laurea in lingue) e «specializzati» (docenti di primaria formati sull'insegnamento dell'inglese con corsi prevalentemente on-line), o con il livello B2 previsto quale traguardo nei nuovi corsi di laurea in Scienze della formazione primaria, o ancora con meritevolissime iniziative da parte delle singole istituzioni scolastiche, tese all'impiego di personale madrelingua. Il terzo è il caso della musica. Il d.P.R. 20 marzo 2009, n. 89, recante «Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133» prevede, all'art. 4 c. 10 che «con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, avente natura non regolamentare, sono individuati, nell'ambito dell'istituto o di reti di scuole, i titoli prioritari per impartire l'insegnamento di musica e pratica musicale». Nonostante l'esercizio della delega attraverso il d.m. 31 gennaio 2011 antesignano delle disposizioni della «Buona scuola», visto che si riusci a prevedere l'utilizzo dei docenti delle scuole secondarie di primo grado, «purché l'utilizzo di detto personale non produca esuberi nell'organico della scuola primaria», a cinque anni di distanza si è ancora impastoiati nelle sperimentazioni. In tutti e tre i casi, la consapevolezza dell'importanza essenziale dell'apprendimento precoce di una corretta motricità, della lingua straniera secondo la metodologia «naturale» e della sensibilità musicale, desumibile in via empirica e da tutti gli studi sull'infanzia è stata messa in scacco. Desolante, in questi tre casi, il paragone con la scuola paritaria primaria di qualità, che persegue e attua una corretta didattica attraverso l'impiego di specialisti (per la lingua inglese, attraverso accordi con le università anglofone). La l. n. 107/2015 darebbe la copertura normativa, attraverso l'istituzione dell'organico dell'autonomia, a iniziative sistemiche e ambiziose, delle quali non vi è minimo cenno nel d.P.R. n. 19/2016.

<sup>4</sup> D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, recante «Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione relative alle scuole di ogni ordine e grado», e successive modificazioni.

visto all'art. 405, che «il ministro della pubblica istruzione provvede, con proprio decreto, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione, alla revisione periodica della tipologia delle classi di concorso per l'accesso ai ruoli del personale docente, ivi compresi quelli dei conservatori di musica e delle accademie, in modo che esse corrispondano ad ampie aree disciplinari, pur nel rispetto di una adeguata specializzazione». La scelta di uno strumento giuridico non regolamentare, e dunque facilmente correggibile (l'errore, in una materia tanto complessa, è infatti dietro l'angolo) e di rapida tempistica; la decisione di affidarne l'emanazione al Ministro *pro tempore* con la sola collaborazione dell'allora organo tecnico consultivo; la previsione di criteri scarni eppure adeguati ad assolvere allo scopo, risultavano e risultano adeguati a corrispondere ai principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa<sup>5</sup>.

Risultano invece poco logiche le ragioni giuridiche per cui, con una certa brutalità, l'art. 64, d.l. n. 112/2008<sup>6</sup> elevò le disposizioni sulle classi di concorso al rango di decreto del Presidente della Repubblica, con un indubbio aggravio dell'*iter* di emanazione<sup>7</sup>, con l'impossibilità di correzione di eventuali errori e senza che, sull'altro piatto della bilancia, si potesse accampare, come pure è stato fatto, una maggiore resistenza del provvedimento in sede giurisdizionale: trattasi, pur sempre, di un atto sottoposto a sindacato da parte della giustizia amministrativa, che ne valuta la legittimità a prescindere dalla natura, o meno, regolamentare.

Unica, reale motivazione, risiedeva nella volontà del Ministero dell'economia e delle finanze di esercitare uno stretto controllo su tutti i provvedimenti costitutivi della riforma dell'istruzione di cui al citato art. 64, tenendo le redini cortissime alla amministrazione Miur<sup>8</sup>, evidentemente rite-

<sup>5</sup> Sui decreti non aventi natura regolamentare e sugli stringenti limiti di utilizzo dello strumento vedi peraltro A. Moscarini, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss.

<sup>6</sup> D.l. 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria», convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

<sup>7</sup> L'art. 17, l. n. 400/1988 prevede che, per l'adozione dei d.P.R. sia acquisito, dopo la preliminare deliberazione del Consiglio dei ministri, il parere del Consiglio di Stato, delle commissioni parlamentari competenti per materia, l'approvazione definitiva da parte del consiglio dei Ministri e la registrazione da parte della Corte dei Conti. L'*iter* può essere ulteriormente integrato dal parere del Ministero dell'Economia e delle Finanze, della Conferenza unificata, degli organismi tecnici del Ministero proponente.

<sup>8</sup> Valga, a tal fine, l'art. 64, c. 5: «I dirigenti del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, compresi i dirigenti scolastici, coinvolti nel processo di razionalizzazione di

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

nuta incapace di conseguire, da sola, gli obiettivi di risparmio previsti che, giova sottolinearlo, sarebbero risultati comunque garantiti in base alla clausola di salvaguardia<sup>9</sup>.

Il legislatore del 2008 aveva previsto come termine ultimo per l'emanazione il 25 giugno 2009. Lo schema di regolamento approvato, in prima lettura, dal Consiglio dei Ministri il 12 giugno 2009 fu, anni dopo, ritirato. Nelle more dell'adozione del provvedimento, il Ministero procedette con una serie di provvedimenti amministrativi atti formalmente a garantire l'utilizzazione dei docenti di ruolo sui nuovi insegnamenti, ma la cui portata è stata estesa, nonostante i pronunciamenti della giustizia amministrativa<sup>10</sup>, alle supplenze e alle immissioni in ruolo, garantendo comunque il raggiungimento del risultato. Non è tutto: l'art. 14, c. 17-21, d.l. n. 95/2012<sup>11</sup> ha inglobato ed elevato al rango di norma primaria le disposizioni che, in precedenza, erano state previste all'art. 4 del citato schema di regolamento. I c. 17-20, infatti, governano le utilizzazioni del personale docente in esubero, mentre al c. 21 si sottolinea come «i risparmi conseguenti (...) concorrono al raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 64 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133». Il combinato disposto dei predetti interventi, di fatto, ha già consentito di ottemperare, a livello normativo, a quanto disposto dal citato art. 64 per assicurare «la puntuale attuazione del piano di cui al c. 3, in relazione agli interventi annuali ivi previsti», a prescindere dall'intervento regolamentare.

Se ne deduce che, abbondantemente spirati i termini per l'adozione

cui al presente articolo, ne assicurano la compiuta e puntuale realizzazione. Il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati, verificato e valutato sulla base delle vigenti disposizioni anche contrattuali, comporta l'applicazione delle misure connesse alla responsabilità dirigenziale previste dalla predetta normativa»: disposizione assolutamente tautologica, visto che già la normativa generale (mai applicata, peraltro, compiutamente) determina i casi di responsabilità dirigenziale e, pertanto, indegna di una moderna amministrazione.

<sup>9</sup> Art. 1, c. 621, lett. b), l. 27 dicembre 2006, n. 296, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)» e successive modificazioni. La disposizione prevede che, «in caso di accertamento di minori economie» rispetto a quanto preventivato, si proceda «alla riduzione delle dotazioni di bilancio, in maniera lineare, fino a concorrenza degli importi indicati».

<sup>10</sup> Tar Lazio, sez. III-*bis*, 23 luglio 2012, n. 6802; 11 giugno 2014, n. 6212; 3 febbraio 2014 n. 13053; 25 settembre 2014, n. 9908.

<sup>11</sup> D.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario», convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni.

dello strumento regolamentare; assolto il compito principale di contenimento della spesa; apertasi nel frattempo, a partire dalla l. n. 107/2015<sup>12</sup>, una nuova stagione di investimenti sull'istruzione e di gestione del personale docente, sussistevano abbondanti ragioni per l'adozione di un decreto, in grado di accompagnare, in maniera duttile, l'attuazione degli ambiziosi progetti della «Buona scuola».

Ma la stessa «Buona scuola», paradossalmente, introduce in prospettiva un'ulteriore irrigidimento della fonte normativa. Nel novero delle deleghe previste all'articolo 1, c. 181, lett. b), n. 6, è affidato addirittura a un decreto legislativo «il riordino delle classi disciplinari di afferenza dei docenti e delle classi di laurea magistrale, in modo da assicurarne la coerenza ai fini dei concorsi di cui al n. 2, nonché delle norme di attribuzione degli insegnamenti nell'ambito della classe disciplinare di afferenza secondo principi di semplificazione e di flessibilità, fermo restando l'accertamento della competenza nelle discipline insegnate», quasi che si possano cristallizzare non solo gli ordinamenti didattici scolastici, ma gli ordinamenti didattici delle istituzioni accademiche (le classi di laurea e i diplomi accademici), che la normativa, opportunamente, affida a semplici decreti.

Ciò posto, occorre ora analizzare compiutamente la struttura del Regolamento. Il d.P.R. n. 19/2016 consta di sei articoli e tre tabelle, dedicate rispettivamente alla declaratoria delle classi di concorso per la scuola secondaria di primo e secondo grado, alla declaratoria delle classi di concorso a insegnante tecnico pratico, alla corrispondenza degli esami di vecchio ordinamento<sup>13</sup>.

Indubbiamente, sono colti gli obiettivi fissati dal legislatore: il numero delle classi di concorso risulta ridotto, passando da 168 a 116; è abolita l'obsoleta tabella D, riservata agli insegnamenti previsti per gli istituti d'arte, cancellati dagli ordinamenti didattici e ricondotti per lo più nell'alveo del-

<sup>12</sup> L. 13 luglio 2015, n. 107, recante «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti» e successive modificazioni. La legge ha ampliato, attraverso l'istituzione dell'organico dell'autonomia, di 55.258 unità i posti di ruolo del personale docente.

<sup>13</sup> L'art. 2, c. 1 e 2, è incomprensibile: nel descrivere le tabelle A e B, si fa riferimento a «i titoli necessari per l'accesso ai percorsi di abilitazione di cui ai decreti del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 30 gennaio 1998, 22 ottobre 2004, n.270, e 9 febbraio 2005, n. 22» (c. 1) e «i titoli necessari per l'accesso ai percorsi di abilitazione di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 30 gennaio 1998 e ai decreti del Presidente della Repubblica 15 marzo 2010, n. 87 e 88». I riferimenti normativi sono palesemente errati. Nel primo caso, si cita non il d.m. n. 249/2010, che disciplina i percorsi di abilitazione, ma i d.m. contenenti i vecchi titoli di accesso; nel secondo caso, addirittura, si citano i d.P.R. di riorganizzazione dei percorsi degli istituti tecnici e professionali.

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

l'istruzione liceale artistica; sono previste nuove classi di concorso deputate a insegnamenti contemplati nei nuovi ordinamenti (in particolare, ciò riguarda un numero limitato di classi di concorso del tutto nuove, prive di confluenza con le classi previgenti: segnatamente, le classi di concorso A-57 Tecnica della danza classica; A-58 Tecnica della danza contemporanea).

Quanto alle novità di assetto, occorre rilevare come, rispetto al d.m. n. 39/1998, muti la natura stessa delle classi di concorso. Le inequivocabili disposizioni della l. n. 107/2015 sono state infatti recepite, spazzando il campo dalla dicotomia tra «titolo di insegnamento»<sup>14</sup> e abilitazione, cancellando la base giuridica del primo.

A lungo, infatti, pur in assenza di abilitazione, il solo titolo di studio previsto era non solo considerato quale titolo di accesso al concorso, ancora abilitante sino al concorso 1999, ma quale titolo sufficiente per la collocazione in specifiche graduatorie preposte all'individuazione del personale destinato a ricoprire incarichi di supplenza, graduatorie da considerarsi alla stregua di un "concorso per titoli", sia pure per contratti a tempo determinato. Oggi, il possesso dell'abilitazione è sempre più qualificata necessaria all'esercizio della professione<sup>15</sup>. La l. n. 107/2015, attraverso l'art. 1, c. 110, fissa

<sup>14</sup> Il «titolo di insegnamento» è stato a lungo di uso corrente nell'amministrazione, pur senza un riferimento normativo preciso, ma sulla scorta dei titoli di studio previsti dal decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 30 gennaio 1998, n. 39 recante «Testo coordinato delle disposizioni impartite in materia di ordinamento delle classi di concorso a cattedre e a posti di insegnamento tecnico pratico e di arte applicata nelle scuole ed istituti di istruzione secondaria ed artistica». Stante la difficoltosa attuazione delle procedure di abilitazione per la scuola secondaria, prevista dopo diverse sperimentazioni e disapplicazioni dalla l. 341/1990, dalla cui attuazione, dieci anni dopo, presero vita i corsi di laurea in Scienze della formazione primaria (SFP) e le Scuole di specializzazione per l'insegnamento nelle scuole secondarie (SSIS), il solo titolo di studio fu considerato titolo di insegnamento.

<sup>15</sup> La professione docente risulta nel novero delle professioni regolamentate previste, anche ai sensi dell'art. 51 Cost., «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge», dalla direttiva 2005/36/CE e successive modificazioni che definisce (art. 3, comma 1 lettera a) come professione regolamentata «attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali». La professione docente è attualmente regolamentata dal decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 10 settembre 2010, n. 249, e successive modificazioni. Disposizioni legislative e amministrative hanno progressivamente limitato l'impiego di soggetti in possesso del solo titolo di studio, come si vedrà *infra*. L'abilitazione è titolo essenziale per l'impiego di docenti nelle scuole paritarie e nei percorsi IeFP in diritto dovere all'istruzione.

inequivocabilmente l'abilitazione come condizione necessaria alla partecipazione ai concorsi, e il d.P.R. n. 19/2016 ne prende puntualmente atto, indicando i titoli di studio quale meri requisiti di accesso ai percorsi di abilitazione. Non solo: attraverso l'art. 1, c. 107, stabilisce che «a decorrere dall'anno scolastico 2016/2017, l'inserimento nelle graduatorie di circolo e di istituto può avvenire esclusivamente a seguito del conseguimento del titolo di abilitazione»<sup>16</sup>. In tal modo, la III fascia delle graduatorie di istituto diviene ad esaurimento degli attuali collocati e si perfeziona la regolamentazione della professione docente, inequivocabilmente legata al possesso del titolo di abilitazione.

Su altri aspetti, il d.P.R. n. 19/2016 appare invece rigidamente conservativo. La disposizione della l. n. 107/2015, che rende possibile, attraverso l'unificazione degli organici anche degli istituti comprensivi e l'esplicita previsione della possibilità di utilizzo dei docenti della scuola secondaria di primo grado nella scuola primaria non trova riscontro<sup>17</sup> nella nomenclatura delle classi di concorso (ad esempio, sostituendo nelle classi interessate di inglese, musica, scienze motorie e sportive la dizione: «secondaria di primo grado» con la dizione «primo ciclo dell'istruzione»); sono assenti le classi di

<sup>16</sup> Il *dictus* normativo riprende una disposizione già presente nel decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 10 settembre 2010, n. 249, ove all'art. 15, c. 3, si stabiliva che solo i titoli di studio conseguiti o in corso di conseguimento alla data di entrata in vigore del provvedimento consentissero accesso alla III fascia delle graduatorie di istituto. In via meramente interpretativa, stante l'assenza di deroghe e il fatto che le graduatorie di istituto vengono di fatto ricostituite ogni tre anni, si potrebbe arrivare a sostenere che esse, di fatto, le graduatorie di istituto di terza fascia, riservate agli aspiranti in possesso del solo titolo di studio, possano essere abolite a decorrere dal prossimo aggiornamento. In realtà, una simile disposizione applicazione apparirebbe piuttosto draconiana e lesiva del principio giuridico del legittimo affidamento. Si ritiene, pertanto, più corretto sostenere che la disposizione citata mandi, di fatto, ad esaurimento le predette III fasce. Resta, ovviamente, che sarebbe opportuno procedere a un aggiornamento del decreto del Ministro della pubblica istruzione 13 giugno 2007, n. 131, che regola le supplenze e che appare inevitabilmente superato dallo *ius superveniens*.

<sup>17</sup> L. n. 107/2015, art. 1, c. 5: «Al fine di dare piena attuazione al processo di realizzazione dell'autonomia e di riorganizzazione dell'intero sistema di istruzione, è istituito per l'intera istituzione scolastica, o istituto comprensivo, e per tutti gli indirizzi degli istituti secondari di secondo grado afferenti alla medesima istituzione scolastica l'organico dell'autonomia, funzionale alle esigenze didattiche, organizzative e progettuali delle istituzioni scolastiche; comma 20: «Per l'insegnamento della lingua inglese, della musica e dell'educazione motoria nella scuola primaria sono utilizzati, nell'ambito delle risorse di organico disponibili, docenti abilitati all'insegnamento per la scuola primaria in possesso di competenze certificate, nonché docenti abilitati all'insegnamento anche per altri gradi di istruzione in qualità di specialisti, ai quali è assicurata una specifica formazione nell'ambito del Piano nazionale di cui al comma 124».



## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

concorso sul sostegno, per le quali è prevista una specifica procedura concorsuale; per l'insegnamento in CLIL si prevede che «le discipline non linguistiche possono essere insegnate con la metodologia CLIL da tutti i docenti in possesso di documentazione che certifichi la conoscenza della specifica lingua straniera», con buona pace dei percorsi di specializzazione previsti a ordinamento<sup>18</sup> e delle linee di indirizzo internazionali in materia; si mantengono classi di concorso sovrapposte da un lato<sup>19</sup>, e dall'altro classi di concorso la cui declaratoria è decisamente, oggi, troppo ampia per garantire, in linea generale, un'adeguata preparazione, o fa riferimento a canoni di affinità ormai desueti<sup>20</sup>. Ma, al di là delle scelte di impianto per così dire didattico, comunque opinabili, è l'impatto sulla gestione del personale docente a rivelare alcune irrisolte criticità.

### 3. Le ricadute giuridiche delle disposizioni regolamentari e del requisito dell'abilitazione sui procedimenti di immissione in ruolo dei docenti attraverso concorso per titoli ed esami e graduatorie ad esaurimento e di attribuzione delle supplenze

Il regolamento ha una prima, immediata ricaduta sulle immissioni in ruolo, a tutt'oggi normate dall'artt. 399 t.u., che istituisce il “doppio canale”, in base al quale le assunzioni sono ripartite attingendo per il 50% dalle graduatorie concorsuali per titoli ed esami (art. 400) regionali e per il 50% dalle

<sup>18</sup> D.m. 30 settembre 2011, recante «Criteri e modalità per lo svolgimento dei corsi di perfezionamento per l'insegnamento di una disciplina, non linguistica, in lingua straniera nelle scuole, ai sensi dell'articolo 14 del decreto 10 settembre 2010, n. 249» e Decreto direttoriale 16 aprile 2012, n. 6.

<sup>19</sup> Un caso paradossale è la sopravvivenza della classe di concorso A-47 Scienze matematiche applicate, cui sono affidati insegnamenti di matematica in atipicità con la classe di concorso A-26 Matematica. Risultano imperscrutabili le ragioni in base alle quali le due classi siano state tenute separate.

<sup>20</sup> Proprio la classe di concorso A-12 (e, a maggior ragione, delle classi A-11, discipline letterarie e latino, e A-13, Discipline letterarie, latino e greco) si presterebbe a un'altra riflessione. Contemplando gli insegnamenti di Lingua e letteratura italiana, storia e geografia, sulla scia di una tradizione oramai obsoleta risulta accorpare discipline dai fondamenti epistemologici diversi. Perché non scindere le discipline letterarie dalle discipline storicogeografiche (sulla base dell'esempio francese) in due distinte classi, fermo restando il diritto degli abilitati nella ex 50/A a concorrere su entrambe le procedure? E, ancora: che dire della sopravvivenza della classe ex 37/A, che mette insieme, sulla base del retaggio crociano, Storia e Filosofia, e della classe ex 36/A, Filosofia e Scienze umane, dai contenuti oramai sterminati? E ancora, vista l'odierna coincidenza degli esami richiesti di latino, perché non accorpare *pro futuro* la A-12 e la A-11?

graduatorie permanenti (sostanzialmente, graduatorie provinciali per titoli, art. 401); dall'art. 1, c. 605, lett. c), l. n. 296/2006<sup>21</sup> che ha stabilito la trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento (GAE), inibendo nuovi accessi, con la finalità di passare progressivamente al concorso come unico percorso di immissione in ruolo; dall'art. 14, c. 2-ter, d.l. n. 216/2011<sup>22</sup>, istitutivo di una fascia aggiuntiva alle GAE destinata «ai docenti che hanno conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A, nonché i corsi di laurea in scienze della formazione primaria negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011», da attivare a decorrere dall'anno scolastico 2012/2013<sup>23</sup>.

Il concorso recentemente bandito<sup>24</sup> a valere sul triennio di immissioni in ruolo 2016/17, 2017/18, 2018/19, non presenta alcun problema, in

<sup>21</sup> L. 27 dicembre 2006, n. 296, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)» e successive modificazioni

<sup>22</sup> D.l. 29 dicembre 2011, n. 216, recante «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative», convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14, e successive modificazioni.

<sup>23</sup> La disposizione, indubbiamente giuridicamente fondata nel momento in cui le IV fasce erano istituite medio tempore, in attesa del momento di aggiornamento complessivo delle graduatorie, effettuato nell'anno 2014/15, al fine di non pregiudicare le posizioni dei docenti già inseriti, si presta, essendo stata confermata in sede di aggiornamento, ai rilievi di incostituzionalità già stigmatizzati dalla Consulta con la sentenza n. 41/2011. Non è un caso che i giudici del lavoro (Roma, Gorizia, Paola, Genova, Pistoia, Verona) abbiano disposto per l'inserimento "a pettine" (sulla base del punteggio) in III fascia dei ricorrenti a suo tempo inseriti in IV fascia, cfr. *inter alia* Trib. Civ. Roma 10.3.2014: «Non resta che ritenere che l'inserimento della IV fascia è meramente transitorio, perché essa è tesa a raggruppare il personale docente che possiede uno specifico titolo di legge – ossia l'abilitazione in determinati anni accademici – non precedentemente valutato, titolo da far valere in occasione del successivo aggiornamento della graduatoria ad esaurimento, in cui il docente verrà inserito secondo il punteggio posseduto e salvo il correttivo sopra individuato – del mantenimento della posizione da parte dei docenti già inseriti nella III fascia a parità di punteggio –, dunque con il c.d. "inserimento a pettine"».

<sup>24</sup> D.m. 23 febbraio 2016, n. 105, recante «Concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente dell'organico dell'autonomia della scuola dell'infanzia e primaria»; d.d. 23 febbraio 2016, n. 106, recante «Concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente dell'organico dell'autonomia della scuola secondaria di primo e secondo grado»; d.d. 23 febbraio 2016, n. 107, recante «Concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente per i posti di sostegno dell'organico dell'autonomia della scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo e secondo grado».

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

quanto le procedure concorsuali e le relative graduatorie sono già correlate alle nuove classi di concorso.

Casomai, va preso atto della richiesta di partecipazione per via giudiziaria da parte dei soggetti esclusi dalla procedura perché privi del titolo di abilitazione prescritto o perché già docenti a tempo indeterminato nello Stato.

Il concorso, ai sensi dell'art. 1, c. 110, l. n. 107/2015, è riservato ad aspiranti in possesso di abilitazione o di specializzazione sul sostegno per le specifiche procedure, che non siano già assunti dallo Stato come docenti con contratto a tempo indeterminato. Sono dunque venute meno le deroghe previste dal d.i. n. 460/1998<sup>25</sup>, che, nel fissare la fase “transitoria” tra i previgenti concorsi abilitanti e l'attivazione delle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (Ssis), garantivano la possibilità di partecipazione ai “laureati” e “diplomati” d'annata<sup>26</sup>, allargando a dismisura<sup>27</sup> le maglie a suo tempo disposte all'art. 402, c. 1, del testo unico che fissava al contrario termini temporali netti<sup>28</sup>. Unica eccezione al requisito, per esplicita volontà

<sup>25</sup> L. n. 107/2015, art. 1, c. 110.

<sup>26</sup> D.i. 24 novembre 1998, n. 460, recante «Norme transitorie per il passaggio al sistema universitario di abilitazione all'insegnamento nelle scuole e istituti di istruzione secondaria ed artistica».

<sup>27</sup> Art. 2: «1. Possono partecipare ai concorsi a cattedre di cui all'art. 1, anche in mancanza di abilitazione, coloro che alla data dell'entrata in vigore del presente decreto siano già in possesso di un titolo di laurea, ovvero di un titolo di diploma conseguito presso le accademie di belle arti e gli istituti superiori per le industrie artistiche, i conservatori e gli istituti musicali pareggiati, gli ISEF, che alla data stessa consentano l'ammissione al concorso. 2. Possono altresì partecipare ai concorsi di cui all'art. 1 coloro che conseguano la laurea entro gli anni accademici 2001-2002, 2002-2003 e 2003-2004 se si tratta di corso di studi di durata rispettivamente quadriennale, quinquennale ed esaennale e coloro che conseguano i diplomi indicati nel comma 1 entro l'anno in cui si conclude il periodo prescritto dal relativo piano di studi a decorrere dall'anno accademico 1998-1999».

<sup>28</sup> «1. Fino al termine dell'ultimo anno dei corsi di studi universitari per il rilascio dei titoli previsti dagli articoli 3 e 4 della legge 19 novembre 1990, n. 341, ai fini dell'ammissione ai concorsi a posti e a cattedre di insegnamento nelle scuole di ogni ordine e grado, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, è richiesto il possesso dei seguenti titoli di studio:

a) diploma conseguito presso le scuole magistrali o presso gli istituti magistrali, od abilitazione valida, per i concorsi a posti di docente di scuola materna;

b) diploma conseguito presso gli istituti magistrali per i concorsi a posti di docente elementare;

c) laurea conformemente a quanto stabilito con decreto del Ministro della pubblica istruzione, ed abilitazione valida per l'insegnamento della disciplina o gruppo di discipline cui il concorso si riferisce, per i concorsi a cattedre e a posti di insegnamento nelle scuole secondarie, tranne che per gli insegnamenti per i quali è sufficiente il diploma di istruzione secondaria superiore».

della l. n. 107/2015, il personale educativo (procedure comunque non bandite).

La validità del requisito di abilitazione appare conforme al quadro giuridico italiano, *ex art. 51 Cost.*<sup>29</sup>, alle direttive europee (l'insegnamento è una «professione regolamentata», e la regolamentazione spetta allo Stato che bandisce) e alla giurisprudenza, in considerazione del fatto che le procedure di abilitazione sono state correttamente svolte. Il II ciclo di TFA si è concluso regolarmente nel luglio 2015 e risultano del tutto superati i rilievi mossi dai pronunciamenti della magistratura amministrativa, in particolare dalla prima, fondamentale, sentenza emessa dal Consiglio di Stato<sup>30</sup>. Un eventuale III ciclo, anche se fosse stato bandito al fine di consentirne lo svolgimento nell'anno scolastico 2015/2016, si sarebbe comunque concluso a luglio 2016. Risulta così comunque rispettata la progressione delle procedure: abilitazione e successivo concorso.

Del pari, appare privo di base normativa il riferimento (oramai entrato nella mitologia) al requisito dei trentasei mesi di esperienza professionale che renderebbe automatica l'abilitazione: perché detto requisito potrebbe essere fatto valere se la professione non fosse regolamentata, come in effetti invece è. Il ricorso a personale in possesso del solo titolo di studio è ammesso, in via meramente surrogatoria, solo ove non sia possibile reperire personale abilitato, ai fini di garantire l'ineludibile continuità nell'erogazione di un servizio costituzionalmente garantito.

Restano, invece, meno definite alcune situazioni, il cui esito in sede giurisdizionale appare meno scontato.

Il divieto di partecipazione al concorso del personale già di ruolo, posto già per volontà politica nel d.d.g. n. 82/2012, è stato censurato dal Tar. Invero, si trattava di una *conventio ad excludendum* non prevista da alcuna norma. Resta però in dubbio se la norma, oggi presente, possa reggere a un eventuale scrutinio di costituzionalità. L'esercizio della funzione docente si eser-

<sup>29</sup> «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge».

<sup>30</sup> Cons. St., sez. VI, sentenza 16 gennaio 2015, n. 105: «in conseguenza della sospensione delle SSIS, in virtù di espressa previsione legislativa a partire dall'anno accademico 2008-2009, e della loro sostituzione, soltanto a decorrere dall'anno accademico 2011-2012, con i TFA, in assenza di una clausola di salvaguardia attualizzata, l'impugnata previsione della *lex specialis* ha, di fatto, impedito la partecipazione al concorso a tutti i candidati, segnatamente ai più giovani di età, in possesso di diploma di laurea acquisito a decorrere dall'anno accademico 2008-2009, ai quali è rimasto interdetto qualsiasi percorso abilitante, non avendo gli stessi, a causa della sospensione legislativa delle SSSI ed in attesa dell'attivazione dei nuovi TFA, avuto possibilità alcuna di acquisire l'abilitazione necessaria per la partecipazione al concorso a cattedre».

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

cita in ambiti ben determinati, correlati specificamente alla classe di concorso. Appare invero anomalo limitare la spendibilità dei titoli di abilitazione acquisiti alla sola mobilità professionale, e non alla mobilità per “merito” connessa al pubblico concorso; difficile ravvisare motivazioni diverse dalla mera limitazione numerica della platea concorsuale a giustificare una tale deroga al principio del *favor participationis*; complesso invocare un interesse pubblico preminente e giuridicamente affermabile o chiamare in soccorso i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa.

Se, da un lato, i requisiti per l’accesso ai pubblici concorsi devono essere fissati da norme di rango primario *ex art. 51 Cost.*, cionondimeno l’esclusione potrebbe prefigurare una lesione ai principi di eguaglianza e buon andamento, stante che l’aspirazione dei docenti di ruolo alla partecipazione è al contrario, secondo la sentenza Tar Lazio, sez. III-*bis*, n. 12071/2015, «conforme all’interesse pubblico di efficienza e buon andamento perseguito con la procedura concorsuale, che è primariamente volta a selezionare i migliori per le posizioni da ricoprire, per cui la limitazione della platea dei candidati è certamente poco consona al perseguimento della finalità concorsuale appena richiamata (cfr. pure, in generale, sulla impossibilità di discriminare tra lavoratori a tempo indeterminato e non, Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2138)».

Quanto ai cosiddetti laureati e diplomati d’annata, cui il citato d.i. n. 460/1998 assicurava la partecipazione alle procedure concorsuali pur in assenza del titolo, va precisato come nulla osti all’abrogazione di una simile disposizione transitoria. La domanda, casomai, riguarda la mancata previsione di una fase di transizione *medio tempore*. Di fatto, i soggetti in questione non avevano, sino alla l. n. 107/2015, l’obbligo di conseguire il titolo. In questione non è tanto l’obbligo introdotto, ma l’assenza dei tempi tecnici per ottemperarvi in tempo per la partecipazione alle procedure concorsuali in parola, con una possibile lesione del principio del legittimo affidamento.

Simile, ma non identico, è il caso degli insegnanti tecnico pratici. In occasione del bando 2012, preso atto della mancata attivazione di percorsi ordinamentali di abilitazione, la deroga ai diplomati d’annata fu estesa e fu concessa la partecipazione agli aspiranti in possesso del solo titolo di studio. La disposizione della l. n. 107/2015 restringe, di fatto, la platea esclusivamente ad aspiranti che, in un concorso antecedente al 2012, siano risultati collocati nelle graduatorie di merito (c.d. idoneità concorsuale) o che abbiano conseguito l’abilitazione attraverso procedure riservate, il cui accesso era consentito sulla base dei titoli di servizio<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Sui primi esiti del contenzioso, M. Bruschi, *I primi esiti del contenzioso amministrativo*,

Diversamente invece si pone la questione sulle GAE. Il d.P.R. *de quo*, all'art. 3, c. 4, stabilisce che «i docenti non di ruolo in possesso dell'abilitazione o idoneità per l'accesso ad una delle classi di concorso accorpate, di cui alla Tabella A ed alla Tabella B, hanno titolo per l'accesso a tutti gli insegnamenti compresi nella nuova classe di concorso risultante dall'accorpamento, ai fini delle procedure concorsuali, nonché di altre procedure di reclutamento previste dalla legislazione vigente».

Ora, l'unica altra procedura di reclutamento è costituita dalle GAE. Ma la disposizione, limitandosi a dettare un principio generale, non articola come tale diritto potrà essere garantito. Vale la pena sottolineare come questa falla sia stata a suo tempo sottolineata dal Consiglio di Stato nel citato parere, ove si sottolineava «come la attuale formulazione dello schema di regolamento, al di là delle argomentazioni contenute nella relazione integrativa trasmessa dall'amministrazione, non sembri adeguatamente garantire la salvaguardia delle posizioni e dei titoli acquisiti per effetto dei percorsi normativi sino ad ora in vigore, né di conseguenza le posizioni degli insegnanti attualmente inseriti nelle graduatorie. Non sembra, invero, sufficiente ad assicurare tale salvaguardia la previsione, indicata dall'Amministrazione, della possibilità da parte dei docenti accorpate di poter insegnare nella nuova classe di concorso e, di conseguenza, di poter partecipare alle prossime procedure concorsuali, non facendosi cenno nel provvedimento di quale sorte subiranno le posizioni dei docenti già inseriti in valide graduatorie al momento della entrata in vigore del regolamento. Appare, quindi, necessario che, sotto tale profilo, l'Amministrazione integri il provvedimento nei termini più appropriati al raggiungimento dell'obiettivo indicato».

Le GAE sono attualmente configurate a partire dalle previgenti classi di concorso. Il problema non si pone per i casi che possiamo definire «retti», ovvero ove vi sia una corrispondenza univoca tra vecchia e nuova classe di concorso: per fare un esempio, la classe di concorso A-12, Discipline lette-

in *Nuova Secondaria*, aprile 2016, <http://www.edu.lascuola.it/riviste/NS/Archivio/concorso2016/bruschi-3.pdf>. Con Ordinanza 1836/2016, nell'aprire di fatto le porte del concorso ai ricorrenti insegnanti tecnico pratici privi di abilitazione, il Consiglio di Stato ha rilevato «che la normativa primaria di riferimento del tutto legittimamente richieda (oltre al titolo di studio previsto per ciascuna classe di concorso) il possesso dell'abilitazione all'insegnamento quale ulteriore requisito necessario per essere ammessi ai concorsi di cui all'art. 400 del cit. d.lgs. n. 297/1994, e perciò anche a quello di cui qui trattasi, bandito il 26 febbraio 2016 ai sensi del c. 114, l. n. 107/2015 e che possa prescindere da tale requisito solo nel caso in cui per quella specifica classe, non sia stato attivato e compiuto almeno un percorso abilitativo "ordinario" (nei sensi, sopra chiariti, di percorso aperto a tutti i soggetti muniti del titolo di studio richiesto)».

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

rarie negli istituti di istruzione secondaria di II grado, ha diretta corrispondenza con la previgente classe di concorso 50/A, Materie letterarie negli istituti di istruzione secondaria di II grado. Anche l'eventualità di una variazione negli insegnamenti attribuiti è, per così dire, a livello di immissioni in ruolo, neutra.

Le cose cambiano in due casi specifici.

Primo, in caso di accorpamento tra due o più classi di concorso previgenti: ad esempio, la nuova classe di concorso A-40, Scienze e tecnologie elettriche ed elettroniche, che accorpa le previgenti classi di concorso 34/A, Elettronica e 35/A, Elettrotecnica. A quale delle distinte GAE attualmente vigenti attribuire il posto?

Secondo, in caso di classi di concorso di nuova istituzione che prevedono la confluenza di personale abilitato su altre classi di concorso: tipico caso, la classe A-55, Strumento musicale negli istituti di istruzione secondaria di II grado, che è istituita con aspiranti collocati nelle GAE per le classi di concorso 31/A, 32/A, 77/A. A quale GAE attribuire il posto?

Si aggiunga che l'aggiornamento delle GAE è stato rinviato, attraverso l'art. 1, c. 10-*bis*, decreto «milleproroghe»<sup>32</sup>, nell'anno scolastico 2018/19, con decorrenza delle nuove GAE a decorrere dall'anno scolastico 2019/20<sup>33</sup>.

La fase transitoria, lunga e delicata, non potrà dunque che avvenire attraverso atti amministrativi.

Tre le possibili soluzioni.

<sup>32</sup> D.l. 30 dicembre 2015, n. 210, recante «Proroga di termini previsti da disposizioni legislative» convertito, con modificazioni, dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21, art. 1, c. 10-*bis*. «Il termine per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento di cui all'art. 1, c. 605, lett. c), l. 27 dicembre 2006, n. 296, già aggiornate per il triennio 2014/2017, è prorogato all'anno scolastico 2018/2019 per il triennio successivo. Conseguentemente, le prime fasce delle graduatorie di istituto di cui all'art. 5, c. 5, del regolamento di cui al decreto del Ministro della pubblica istruzione 13 giugno 2007, n. 131, per il conferimento delle supplenze ai sensi dell'art. 4, c. 5, l. 3 maggio 1999, n. 124, sono aggiornate a decorrere dall'anno scolastico 2019/2020. Restano fermi i termini per l'aggiornamento delle graduatorie di istituto di seconda e di terza fascia».

<sup>33</sup> La disposizione evita che l'eventuale aggiornamento delle GAE, previsto per l'anno scolastico 2016/2017 a valere a partire dal 2017/18 impatti sui numeri previsti per il concorso a cattedra, stante il novellato art. 400 t.u. che prevede graduatorie limitate al fabbisogno. In sede di definizione dei contingenti, pur non potendo prevedere l'impatto della mobilità territoriale e professionale sulle effettive disponibilità regionali, si è ovviamente tenuto conto delle GAE esaurite a livello regionale, assegnando al concorso il 100% dei posti prevedibilmente vacanti e disponibili. In caso di aggiornamento, le GAE esaurite si riempirebbero di aspiranti provenienti da altre regioni.

La prima, apparentemente più semplice, potrebbe consistere nella trasposizione automatica delle GAE attualmente vigenti sui nuovi codici. Per restare agli esempi citati, le attuali GAE della provincia di Napoli relative alle Classi di concorso ex 34/A e 35/A potrebbero essere trasfuse in una GAE A-40. Al di là della praticità della soluzione, le difficoltà sono evidenti. Manca, nel d.p.r. 19/2016, qualsiasi delega all'amministrazione in merito, con criteri precisi di scelta e modalità da non incidere sul legittimo affidamento dei soggetti: questo perché, all'atto della presentazione dei titoli valutabili, gli aspiranti hanno compiuto delle scelte, in merito ad esempio ai titoli di servizio, sulla base del quadro previgente.

Per restare al nostro caso, Tizio, Caio e Sempronio hanno, ciascuno svolto un anno di servizio sulla 34/A e un anno di servizio sulla 35/A. Tizio avrebbe potuto decidere di caricare tutti i titoli di servizio sulla previgente 34/A, ivi compreso il servizio svolto sulla 35/A, che in questo caso gli sarebbe stato valutato la metà, per un totale di 18 punti (12 per il servizio specifico, 6 per l'aspecifico) sulla 35/A e zero sulla 34/A. Caio avrebbe potuto fare l'inverso, e dunque si ritroverebbe con 18 punti sulla 34/A e zero sulla 35/A. Sin qui, nessun problema. Nella graduatoria della A-40, Tizio e Caio avrebbero lo stesso punteggio. Ma Sempronio avrebbe potuto invece aver deciso di caricare sulle due graduatorie il rispettivo punteggio specifico: e dunque si troverebbe con 12 punti sulla 34/A e 12 sulla 35/A. A parità di servizio svolto, Sempronio sarebbe svantaggiato. E se invece i punteggi di servizio fossero sommati, sarebbe al contrario avvantaggiato, ritrovandosi in GAE 24 punti a fronte dei 18 dei suoi concorrenti. E questa è solo una delle possibili situazioni che chi comprende l'alchimia dei punteggi ben conosce.

La seconda soluzione, alquanto macchinosa, potrebbe prevedere una sorta di doppio binario nella definizione delle cattedre. Da un lato, i graduati da concorso avrebbero la disponibilità delle cattedre nuove; dall'altro, gli aspiranti inseriti in GAE manterrebbero la possibilità di "scorrere" solo sulle cattedre afferenti al codice originario. Come decidere quali istituzioni scolastiche possano avere il nuovo codice e quali istituzioni scolastiche il vecchio, sulla base di quali criteri e senza copertura giuridica, con un atto meramente gestionale, appare impresa rischiosa. Senza contare che, a decorrere dall'anno scolastico 2016/17, le immissioni in ruolo non avvengono più con assegnazione diretta sulle istituzioni scolastiche, ma attraverso gli ambiti territoriali, dai quali le istituzioni scolastiche sono chiamate ad attingere.

La terza soluzione è la meno traumatica, ma non esente da pecche. Può essere prevista una salomonica divisione delle cattedre destinate alle GAE tra le graduatorie previgenti, con eventuali compensazioni tra le GAE esaurite. Il meccanismo può funzionare *de plano* in una situazione ottimale ove, po-



## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

niamo, nell'anno 2017/2018 nell'ambito X siano previste quattro cattedre, due per il concorso e due per le GAE. Le due cattedre per il concorso andrebbero alla procedura per la A-40 e le due cattedre per le GAE andrebbero destinate una alla previgente 34/A e una alla previgente 35/A. Nel caso in cui i posti fossero solo tre, di cui uno destinato all'assunzione da GAE, non è chiaro su quali presupposti l'ambito territoriale potrebbe esercitare la sua discrezionalità, e tantomeno lo è nei casi delle classi di concorso, ad esempio, per le discipline artistiche, contraddistinte dalla confluenza di un numero elevato di previgenti classi di concorso e da un numero limitato, per la loro specificità, di immissioni. Sulla base di quali motivazioni privilegiare, poniamo, la classe 6/A rispetto alle classi 7/D, 8/D, 9/D, 22/D nel caso di assegnazione di una sola cattedra da GAE per la nuova classe di concorso A-03, Design della ceramica?

Il d.P.R. avrebbe potuto, in sostanza, prevedere una disciplina transitoria, disponendo, ad esempio, un aggiornamento delle GAE limitato alla sola ridichiarazione dei titoli da parte degli aspiranti già inseriti nelle GAE previgenti sulla nuova GAE. Non averlo fatto, espone l'Amministrazione, in tutti e tre i casi citati, al contenzioso. E resta comunque l'ineludibile necessità che, in occasione dell'aggiornamento delle GAE il decreto ministeriale di attuazione, lungi dal limitarsi alla mera riproposizione delle disposizioni esistenti, tenga conto dello *iusnovum*, ad esempio disponendo i casi in cui si rende necessaria la ridichiarazione dei titoli, soprattutto di servizio.

L'ossessiva preoccupazione del *quieta non movere* ha indotto a difendere col silenzio le situazioni consolidate, col risultato di ottenere l'esatto contrario e quasi di vanificare il *lex semper dabit remedium*.

Quanto all'attribuzione delle supplenze, essa è, attualmente, disciplinata dal d.m. n. 131/2007<sup>34</sup>. Per quanto concerne l'attribuzione delle supplenze da GAE, le riflessioni sono identiche a quelle compiute *supra*.

Per quanto concerne le graduatorie di istituto, le considerazioni sono in parte analoghe, se non ch  l'aggiornamento delle graduatorie di istituto   previsto per il prossimo anno scolastico 2016/17, a valere sulle supplenze

<sup>34</sup> Decreto del Ministro della pubblica istruzione 13 giugno 2007, n. 131 recante « Regolamento per il conferimento delle supplenze al personale docente ed educativo ai sensi dell'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124». Il regolamento appare decisamente obsoleto, costringendo i docenti a una scelta del tutto casuale di 20 istituzioni scolastiche, e del tutto disallineato rispetto alla costituzione degli ambiti territoriali *ex l. n. 107/2015*. Si imporrebbe, pertanto, una sua riscrittura, per la quale sussistono i tempi tecnici, ma per la quale manca una fonte primaria, ottenibile attraverso un intervento di novella della citata l. n. 124/1999.

da attribuirsi a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018. La nottata, dunque, dovrebbe durare un solo anno.

Sussiste, però, un problema che coinvolge i soggetti, attualmente presenti nelle GI di III fascia, in possesso di titoli di studio non più previsti dal regolamento, o con titoli aggiuntivi incompleti. Se i titoli mancanti, nel corso di un anno accademico, possono essere conseguiti, diverrebbe difficile tanto prevederne l'esclusione, *ex abrupto*, quanto una loro inclusione, soprattutto qualora l'assenza della possibilità di abilitarsi li dovesse collocare in una sorta di limbo.

#### **4. Le conseguenze giuridiche sui percorsi di abilitazione**

Il d.P.R. n. 19/2016 ha previsto, all'art. 5, c. 1, che «coloro i quali, all'entrata in vigore del presente regolamento, sono iscritti a uno dei percorsi, che costituiscono titolo di accesso alle previgenti classi di concorso, come ridefinite nelle Tabelle A e B del presente regolamento, conseguito il titolo e gli eventuali titoli aggiuntivi richiesti, possono partecipare alle prove di accesso ai relativi percorsi di tirocinio formativo attivo di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 10 settembre 2010, n. 249». La predetta disposizione non potrebbe che estendersi ovviamente ai docenti già in possesso dei predetti titoli, stante la manifesta irragionevolezza di una eventuale interpretazione che favorisca, paradossalmente, coloro i quali sono iscritti a un percorso rispetto ai soggetti che quel percorso hanno già concluso e hanno pertanto maturato un diritto soggettivo.

Evidentemente, a un certo livello cronologico di stesura del testo, si era pensato da un lato di tutelare, sulla base del principio del legittimo affidamento, nella parte tabellare, tutti i possessori dei titoli che, ai sensi del d.m. n. 39/1998, del d.m. n. 22/2005 e del d.m. 9 luglio 2009, davano accesso alle vecchie classi di concorso confluite nelle nuove; dall'altro, di operare una drastica riduzione dei titoli di accesso per tutti coloro che non risultassero, all'atto di emanazione del provvedimento, iscritti a uno dei percorsi depennati. Lo schema di regolamento presentato, per il prescritto parere, al Consiglio di Stato, ricomprendeva tutti i titoli previgenti e, anzi, in taluni casi eliminava alcune assurde storture dalle motivazioni inesplicabili<sup>35</sup>. Non

<sup>35</sup> Sulla base del d.m. n. 39/1998, ai laureati in Scienze politiche dopo il 2001/2002 era precluso l'accesso alla classe di concorso ex 19/A, Discipline giuridiche ed economiche. Il motivo è misterioso. Al contrario, proprio i percorsi in scienze politiche, stante l'equa ripartizione tra le discipline giuridiche e quelle economico politiche, si rivelano i più equili-

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

a caso, l'analisi tecnico normativa presentata alle commissioni di Camera e Senato per la discussione del provvedimento, il punto 5 della parte terza (Elementi di qualità sistematica e redazionale del testo), alla voce «Individuazione di disposizioni dell'atto normativo aventi effetto retroattivo o di riviviscenza di norme precedentemente abrogate o di interpretazione autentica o derogatorie rispetto alla normativa vigente» afferma che «le disposizioni contenute nell'intervento non prevedono effetti retroattivi, non determinano la reviviscenza di norme precedentemente abrogate né effetti di interpretazione autentica o di deroga alla normativa vigente».

In maniera ben più inequivocabile, l'art. 15, c. 1, d.m. n. 249/2010 prevede che «conseguono l'abilitazione per l'insegnamento nella scuola secondaria di primo e secondo grado, mediante il compimento del solo tirocinio formativo attivo di cui all'articolo 10: a) coloro che alla data di entrata in vigore del presente regolamento sono in possesso dei requisiti previsti dal decreto del Ministro della pubblica istruzione 30 gennaio 1998, n. 39, e dal decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 9 febbraio 2005, n. 22, per l'accesso alle Scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario e i possessori di laurea magistrale che, secondo l'allegato 2 al decreto del Ministro dell'università e della ricerca del 26 luglio 2007 e successive modificazioni, è corrispondente ad una delle lauree specialistiche cui fa riferimento il decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 9 febbraio 2005, n. 22; b) coloro che, alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino all'attivazione dei percorsi formativi previsti dall'articolo 3, commi 2, lettera b), e 3, sono iscritti a uno dei percorsi finalizzati al conseguimento dei titoli di cui alla lettera a); c) per le classi di concorso A029 e A030, i soggetti in possesso del diploma rilasciato dagli istituti superiori di educazione fisica (ISEF) già valido per l'accesso all'insegnamento di educazione fisica».

Per quanto dunque riguarda la parte dispositiva, seppure con qualche contorcimento, il combinato disposto delle norme citate apparirebbe in grado di tutelare il legittimo affidamento di tutti coloro i quali, non abilitati, possiedono i titoli di accesso delle classi di concorso previgenti, come confluiti nelle nuove.

Invece, così non è.

La parte tabellare, rispetto al testo presentato al Consiglio di Stato e approvato in prima lettura, presenta modifiche frutto di due tipi di interventi.

Da un lato, è stata allargata la platea di titoli ammessi a titoli non pre-

brati. L'attuale A-46, Scienze giuridico economiche, prevede le lauree in scienze politiche tra i titoli di accesso.

visti dal d.m. n. 39/1998 e dal d.m. n. 22/2005, dall'altro sono stati esclusi alcuni titoli di studio senza prevedere alcuna la validità transitoria, se non per i diplomati ISEF. Inoltre, sono stati introdotti in alcuni casi esami/cfu aggiuntivi non previsti dall'assetto precedente.

Sussiste, in sostanza, una evidente discrasia tra parte normativa e parte tabellare del d.P.R. n. 19/2015. Là ove si considerasse esclusivamente la parte tabellare, ciò sarebbe probabile fonte di contenzioso tanto nelle procedure di accesso al TFA III ciclo, quanto nelle procedure di rinnovazione delle graduatorie di istituto di III fascia.

Per quanto concerne il TFA, il rischio che il contenzioso veda l'amministrazione soccombere è elevato, in quanto l'irragionevolezza della restrizione al *favor participationis* appare manifesta, tanto più in assenza di criteri oggettivi di esclusione dei titoli previgenti conseguiti o in via di conseguimento e di inclusione di altri titoli, senza peraltro che dette disposizioni trovino riscontro nei pareri delle commissioni parlamentari<sup>36</sup>, le quali se da un lato hanno subordinato il parere positivo a una generica «revisione complessiva della congruità dei titoli di accesso alle diverse classi concorsuali, nonché dei crediti formativi universitari e accademici uniti al possesso di specifiche lauree magistrali o lauree specialistiche»<sup>37</sup>, dall'altro, specie il Senato, hanno indicato casomai l'ampliamento dei titoli di accesso.

Inoltre, anche la richiesta di titoli aggiuntivi, pur magari congrua rispetto alle discipline oggetto di insegnamento<sup>38</sup>, apparirebbe del pari illogica e irragionevole in quanto tardiva, dato che manca il tempo sufficiente agli aspiranti per conseguirli.

Questo aspetto, dal punto di vista giuridico, è delicato. Come è noto, la irretroattività delle disposizioni non è principio costituzionale, fatto salvo quanto previsto all'articolo 25, secondo comma<sup>39</sup> in materia penale, mentre

<sup>36</sup> I pareri sono rinvenibili sui siti web rispettivamente della Camera dei Deputati, all'indirizzo <http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2015& mese=11&giorno=18&view=&commissione=07#data.20151118.com07.allegati.all00030>; e del Senato della Repubblica, all'indirizzo <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=950925>.

<sup>37</sup> Nel parere reso dal Senato si fa, altresì, riferimento esplicito alla necessità di adeguare il regolamento al parere reso dalla Cabina di Regia della rete nazionale Qualità e sviluppo dei licei musicali e coreutici, di cui però non si è tenuto conto.

<sup>38</sup> I pareri resi da Camera e Senato hanno, ad esempio, richiesto l'aggiunta di ulteriori crediti di latino per la classe di concorso A-12 e A-22.

<sup>39</sup> «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

risulta sancita dall'art. 11 delle Preleggi<sup>40</sup>, in base al quale «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

Ma parte integrante dei principi giuridici che sorreggono il “buon diritto” italiano è la «buona fede» tra i contraenti, eredità del diritto romano, uno dei cardini del Codice civile<sup>41</sup>. *Bona fides exigit ut quod convenit, fiat*. Tanto più se uno dei due contraenti è lo Stato, garante del diritto. Il correlato principio del «legittimo affidamento»<sup>42</sup>, sia pure in Italia non codificato, è altresì riconosciuto dal diritto internazionale<sup>43</sup> e dalla Corte di giustizia europea, con orientamento inequivocabilmente consolidato a partire dalla 3 maggio 1978, decisione C-12/77 (*Topfer*), nella quale si sancisce che «il principio di tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario»; e costantemente applicato dalla giurisprudenza costituzionale., secondo la quale «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto»<sup>44</sup>.

Nella giurisprudenza amministrativa, e nella stessa giurisprudenza costituzionale, è però da rilevare come detto principio risulti per così dire relativizzato e temperato al principio di ragionevolezza ed interesse pubblico. La stessa Corte di giustizia, del resto, pur ferma nel considerare applicabile il principio dell'irretroattività delle leggi, ha ammesso limitate

<sup>40</sup> R.d. 16 marzo 1942, n. 262, recante «Approvazione del testo del Codice civile», Disposizioni sulla legge in generale, e successive modificazioni.

<sup>41</sup> S. Romano, *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol.V, 1959, 677. Ma cfr. anche, in riferimento alla validità del precetto come guida per l'azione amministrativa F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>42</sup> Trattasi di «principio che presiede all'esercizio della discrezionalità amministrativa e mira a tutelare le aspettative ingenerate dalla p.a. con un proprio atto o comportamento», M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 151.

<sup>43</sup> Si fa riferimento, tra gli altri, ai principi propugnati da UNIDROIT, Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, ad esempio nei Principi dei contratti commerciali internazionali. Secondo l'art. 1.8 (*Nemo venire contra factum proprium*) «Una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un'intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio».

<sup>44</sup> C. Cost. 17 dicembre 1985, n. 349, del considerato in diritto, punto 5: «Osserva la Corte che nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Dette disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto (v. sentt. n. 36/1985 e n. 210/1971)».

deroghe qualora supportate dal pubblico interesse in un effetto retroattivo: «è illegittimo per eccesso di potere il provvedimento contrastante con un precedente atto emesso dalla medesima amministrazione a breve distanza dal primo, ove il secondo non sia sorretto da una ampia e puntuale motivazione idonea a giustificare il diverso orientamento adottato; il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà è configurabile quando sussistano valutazioni tra loro incompatibili tra atti o comportamenti adottati dall'amministrazione in circostanze del tutto analoghe e nell'esercizio del medesimo potere e la diversità di determinazione non sia giustificabile in base al principio di coerenza logica»<sup>45</sup>.

È dubbio, ad esempio, che possa essere giudicato coerente, per limitarsi a un solo caso specifico, l'annoverare, tra i titoli di accesso alla classe di concorso A-12, la LM 10, Conservazione dei beni architettonici e ambientali e la LM 89, Storia dell'arte e il cancellare la LM 65, Scienze dello spettacolo e produzione multimediale, e la LM 64, Scienze delle religioni, posto che nessuna delle quattro lauree ha, tra gli obiettivi specifici dell'ordinamento didattico, il conseguimento di particolari competenze nel campo della lingua e letteratura italiana, della storia o della geografia .

Se appare difficile sostenere, dal punto di vista culturale, l'esclusione pro futuro di alcune classi di laurea magistrale a fronte del permanere di titoli che certo non forniscono, del pari, i fondamenti epistemologici delle discipline oggetto di insegnamento, a maggior ragione risulta manifestamente e giuridicamente illogica una esclusione retroattiva dei titoli<sup>46</sup>; se può essere disposta l'inclusione di esami non previsti, ciò diventerebbe illegittimo nel momento in cui non si consentisse agli aspiranti un tempo sufficiente, quan-

<sup>45</sup> Cons. St. sez. IV, 13 luglio 1998, n. 1090.

<sup>46</sup> Cfr, in proposito, il parere reso sul provvedimento dal CUN: le «proposte contengono richieste di modifica dei titoli di accesso con l'obiettivo di assicurare che tali titoli siano tutti quelli che garantiscono il possesso delle conoscenze necessarie per insegnare in quella classe di concorso. Saranno quindi indicate classi di laurea magistrale (LM-XX) e/o di laurea specialistica (XX/S) che, eventualmente con il possesso di requisiti aggiuntivi, possono fornire tali conoscenze, e segnalate quelle classi di laurea magistrale o specialistica che invece non possono, neppure richiedendo requisiti aggiuntivi, fornire tali conoscenze. Distingueremo fra due tipi di richieste. Il primo tipo è compatibile con i titoli di accesso attualmente in vigore, eventualmente ampliando la platea dei possibili candidati ma mai riducendola; il secondo tipo propone invece modifiche che vanno a incidere anche sui titoli di accesso attualmente in vigore, titoli che presentano anch'essi delle criticità. Il secondo tipo di richieste potrebbe essere applicato ai candidati che si iscriveranno a una laurea magistrale a decorrere dall'A.A. 2017/2018, per dar loro il tempo di scegliere il proprio percorso in funzione di queste modifiche». Il parere è reperibile al link <https://www.cun.it/uploads/6107/Analise-proposteCUNclassidiconcorso2015.pdf?v=>.

## la buona scuola: il nuovo ordinamento delle classi di concorso

tificabile in almeno un anno accademico pieno, per conseguirli.

Qualora il bando di accesso alle procedure di abilitazione non contemplasse, in via interpretativa, la possibilità di partecipazione ai soggetti in possesso dei titoli di studio oggi espunti, più che il rischio di attivazione dell'ennesimo contenzioso seriale appare palese la certezza di soccombenza dell'amministrazione.

Quanto ai titoli di studio aggiuntivi, potrebbe essere consentito, almeno in occasione dell'imminente bando, l'accesso pur in assenza dei titoli introdotti, ovvero consentire l'accesso pur in assenza dei titoli aggiuntivi introdotti, ma subordinare l'esame di abilitazione al conseguimento dei titoli medesimi, da disporre parallelamente ai percorsi di TFA a cura degli atenei, come del resto a suo tempo previsto per le SSIS.

### *Abstract*

*The Ministry of Education, University and Research has reduced through the new regulation, issued after 8 years, the number of qualification classes (what a teacher can teach on the basis of his titles) and recognized the essential value of the qualification itself. But the regulation also has considerable impact on the right to participate in contests, the rankings for substitute teachers and qualification procedures, the so-called "TFA". In fact, the new regulation, in some cases, does not seem to have taken into account, properly, of past situations and carefully weighing the possible violations of the principle of "bona fides" and legitimate expectation. The main goal of this paper is to show the legally critical areas and to propose some solutions, taking into account the jurisprudence of the courts. The notes examine also the first rulings of the administrative courts concerning the 2016 teachers competition.*





## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MAX BRUSCHI è ispettore presso il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e docente a contratto di diritto scolastico presso l'Università Bicocca di Milano e l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

CLAUDIO CATALDI è avvocato del Foro di Roma.

GIOVANNI D'ANGELO è ricercatore a tempo indeterminato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

MONICA DELSIGNORE è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca.

VALENTINA GIOMI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

MASSIMO LUCIANI è professore ordinario di diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza.

ANDREA MARCHETTI è assegnista di ricerca in diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

GIUSEPPE PIPERATA è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Pianificazione e progettazione in ambienti complessi dell'Università di Venezia IUAV; è abilitato alla prima fascia di docenza.

GIOVANNA PIZZANELLI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Pisa.

EDOARDO C. RAFFIOTTA è ricercatore a tempo indeterminato di diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna; è abilitato alla seconda fascia di docenza.

GABRIELE TORELLI è dottore di ricerca in diritto amministrativo e assegnista di ricerca presso l'Università di Roma Tre.

VALERIO TURCHINI è dottorando di ricerca in diritto dei mercati europei e globali presso l'Università della Tuscia.

Finito di stampare nel mese di giugno 2016  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli