

SOMMARIO DEL NUMERO 2/2012

Editoriale

ALDO SANDULLI	III
---------------------	-----

Saggi

LORENZO SALTARI, <i>Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento</i>	309
GIOVANNA MARCHIANÒ, <i>Sul grado di interazione tra sistema giuridico e sistema economico: il caso del promotore nella finanza di progetto</i>	339
ELISA D'ALTERIO, <i>La misurazione delle attività amministrative: un sistema senza qualità?</i>	389

Articoli

TOMMASO BONETTI, <i>Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea</i>	417
SERGIO MAROTTA, <i>Stato versus società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta</i>	439
MARCO CALABRÒ, <i>Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa e diritto europeo della concorrenza</i>	453

Commenti

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN, <i>Participation du public aux décisions environnementales et question prioritaire de constitutionnalité</i>	477
GIOVANNI COCOZZA, <i>La localizzazione degli impianti di energia: il difficile rapporto tra legge statale, legge regionale e giudicato amministrativo</i>	487
NOTIZIE SUGLI AUTORI	505

EDITORIALE

I servizi pubblici locali sono, ormai da tre lustri, terreno di scontro tra sostenitori del socialismo municipale e del liberismo comunale.

Tra le più recenti occasioni di conflitto vi è la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 (meramente riproduttivo dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, abrogato dal referendum del giugno 2011).

La sentenza n. 199/2012, che ha motivato in continuità con la sentenza n. 24/2011 (la quale aveva ammesso il quesito referendario in ordine all'art. 23-*bis*), ha, per certi versi, introdotto una cesura rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale in materia e, in particolare, rispetto a C. cost. n. 325/2010 (che aveva dichiarato legittimo l'art. 23-*bis*).

Con un paio di brevi frasi, la pronuncia della Corte ha inferto seri colpi al percorso che il legislatore nazionale sta continuando a sviluppare (sia pure in modo frammentario e schizofrenico) in direzione della liberalizzazione e della concorrenza (tra gli interventi più recenti, i d.l. n. 95 e n. 179/2012).

La sentenza citata interviene a parziale correzione di due recenti tendenze della legislazione nazionale. Da un lato, della spinta pro-concorrenziale più accentuata rispetto alle indicazioni della disciplina comunitaria; dall'altro, della dequotazione e svalutazione degli spazi di autonomia degli enti locali in materia di servizi pubblici locali (e non solo in tale settore, trattandosi di un processo di più vasto respiro, che travolge argini, anche costituzionali, con la forza delle gravi esigenze di risanamento della finanza pubblica).

L'impatto più significativo della pronuncia della Corte potrebbe aversi proprio su quest'ultimo versante. L'articolo di Tommaso Bonetti contenuto in questo fascicolo mostra molto bene come le politiche di liberalizzazione dei servizi pubblici locali e quelle legate all'individuazione di più estesi bacini ottimali di erogazione dei servizi siano chiaramente complementari, in quanto «la configurazione dei bacini risponde a logiche improntate alla differenziazione territoriale e socio-economica in vista della massimizzazione dell'efficienza dei servizi e dell'implementazione delle relative economie di scala».

Attraverso la sentenza n. 199/2012 si dovrebbe verificare, quindi, una parziale riespansione dei margini di autonomia degli enti locali; che tuttavia finirà probabilmente per influire in senso negativo sull'attivazione degli ambiti ottimali di erogazione dei servizi.

Peraltro, la valorizzazione dell'auto-determinazione degli enti locali potrebbe consentire di operare, nella direzione indicata dal diritto europeo, in

ossequio ai principi di adeguatezza e di differenziazione. Differenziazione tra tipi di servizi pubblici locali, nel senso che non tutti (quanto meno allo stato attuale) si prestano ad essere erogati in regime di concorrenza *nel o per* il mercato; e differenziazione tra contesti territoriali, nel senso che talune aree del territorio nazionale sono meno pronte di altre ad aperture al mercato. Occorre tener conto, pertanto, di necessità diverse dettate da specifici fattori ambientali, culturali, politico-sociali.

Al fine di sviluppare le condizioni per una graduale e diversificata apertura a forme concorrenziali, pare prioritario agire sul fronte della regolazione e della vigilanza.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato (VI, n. 5067/2012), relativa ai servizi idrici, ha dimostrato come attualmente, in tale settore, non vi siano le condizioni per affidare il servizio con gara: da un lato, le gare bandite vanno spesso deserte; dall'altro, i pochi operatori privati dalle dimensioni significative stringono intese per ripartirsi quote di mercato.

Fondamentale, perciò, in tema di servizi idrici, sarà il ruolo dell'Autorità per l'energia elettrica e gas, soprattutto per ciò che concerne la qualità dei servizi, la determinazione delle tariffe, la tutela dei diritti degli utenti.

Nel frattempo, a seguito della nuova espansione dell'autonomia degli enti locali, si potrebbe forse puntare lo sguardo verso nuove formule organizzative: soltanto a guisa di esempio, si può segnalare il modello (anglosassone) delle *Non profit utilities* (per un contributo sul tema, si rinvia all'articolo di Christian Iaione di prossima pubblicazione su questa rivista).

In definitiva, il quadro che scaturisce da tale rapido e frammentato esame induce ad auspicare che il legislatore nazionale si conceda un benefico letargo, lasciando spazio alla disciplina europea; bisognerebbe invece concentrare gli sforzi sull'amministrazione attiva.

Da un lato, operando dall'alto, attraverso l'implementazione dell'attività di regolazione e di vigilanza delle autorità indipendenti di settore (e, a livello regionale e locale, delle autorità d'ambito), consentendo la graduale formazione di reali condizioni concorrenziali; dall'altro, agendo dal basso, per il tramite della ricerca, da parte delle autonomie locali, di più adeguati modelli di gestione, cercando di valorizzare, laddove sia utile e possibile, l'apporto costruttivo delle forze sociali.

Insomma, alla contrapposizione ideologica, che conduce a rigidità, chiusura e prevalere degli estremi, occorrerebbe sostituire dinamiche sinergiche e flessibili, procedendo a piccoli passi e da direzioni opposte verso un medesimo traguardo: che non può che essere quello della qualità dei servizi e della tutela degli utenti.

Aldo Sandulli

LORENZO SALTARI

IL REGIME GIURIDICO DEI GIOCHI E DELLE SCOMMESSE. RAGIONI PER UN CAMBIAMENTO

SOMMARIO: 1. Il gioco e le scommesse come attività economiche. – 2. Attività riservate. – 2.1. Le riserve statali. – 2.2. Le (incerte) basi della “riserva originaria”. Dubbi antichi e nuovi. – 2.3. Articolare le riserve. Gestione, organizzazione e controllo. – 3. Presupposti e forme della “gestione diretta”. – 4. L’apparente varietà dei titoli abilitativi. – 4.1. Le concessioni. – 4.2. I nulla-osta. – 4.3. Le autorizzazioni. – 4.4. La prevalenza dello strumento concessorio. – 5. Contratti “accessivi”: struttura e finalità. – 6. Il potere di “abilitazione” e i suoi titolari nell’interazione coi privati. – 7. Un settore non deregolabile. – 8. Tutela dell’ordine pubblico, finalità (para)-fiscali. – 9. Verso una regolazione condizionale? – 10. Ragioni per un cambiamento.

1. Il gioco e le scommesse come attività economiche

La prospettiva dalla quale si guarderà ai giochi e alle scommesse è quella del regime giuridico di un’attività non libera ma regolata, che comunque i privati possono assumere in forma imprenditoriale. Lo scopo è mettere a fuoco su quali principi si regge la disciplina pubblica del settore che si sta segnalando per una dinamicità e redditività notevole¹.

A ragione, sovente si pone l’accento sul valore finanziario rappresentato dai giochi e dalle scommesse per lo Stato. Da queste attività, infatti, derivano introiti molto rilevanti per l’erario². Però, l’accesso a questo mercato

¹ Nel 2006, gli occupati nel settore erano seimila; nel 2009, quasi ventimila; la stima attuale è di centomila operatori dei quali il venti per cento direttamente impiegati e il restante ottanta operanti nell’indotto. Il comparto, nel primo trimestre del 2012, ha registrato una crescita del fatturato di poco meno del trenta per cento passando dai 18 miliardi di euro del 2011 a circa 23 miliardi (dati desunti dall’eccellente *Rapporto sui giochi* di *Affari&Finanza de la Repubblica*, giugno 2012).

² I dati analitici relativi alla raccolta derivante dal settore sono pubblicati dall’Amministrazione autonoma dei monopoli dello Stato (Aams) sul proprio sito internet.

(sarebbe più corretto declinare al plurale, quantomeno ogni gioco o scommessa è un mercato diverso³) è un'opportunità anche per i privati che vi riescono.

Diviene chiaro, allora, il perché porre al centro della riflessione il “regime dell'attività”, le modalità di ingresso dei privati, i titoli che abilitano a ciò, la interazione tra gli abilitati e le autorità pubbliche, l'intensità della concorrenza nel settore, i pericoli di “cattura” delle amministrazioni titolari del potere concedente che pone quest'assetto e una sua possibile evoluzione verso altre forme.

Invero, le non molte riflessioni giuridiche generali sui giochi e le scommesse concepiscono la riserva statale e la concessione come un dato⁴. Ciò non è per nulla frutto di una svista. Questo regime, infatti, è diffuso in modo pervasivo, e l'indagine intende ricostruire l'itinerario che ha condotto a questo assetto secondo le direttrici giuridiche. Si evidenzieranno, in altre parole, gli interessi e le ragioni che la normativa del settore è andata nel corso del tempo assumendo e tutelando.

L'analisi si presenta complessa.

Lo è principalmente perché la disciplina è molto ampia e pulviscolare; ancorata alla singola attività, quindi minuta; entrata in vigore in periodi differenti, anche molto distanti. Le fonti sono svariate. Lo scenario normativo che si presenta è caotico⁵. La rilevanza finanziaria del settore induce a pensare che ciò non sia frutto solamente del caso o della sciatteria del legislatore. Per questo, pare giunto il momento per ordinare il comparto con la raccolta in un testo unico della disciplina vigente, magari anteponeandola con una parte generale che racchiuda i principi cardine. La trasparenza e la certezza del diritto sono elementi essenziali per un mercato⁶ che si voglia

³ L'affermazione contenuta nel testo non è condivisa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per la quale il settore darebbe luogo ad un unico mercato rilevante, con l'evidente conseguenza che difficilmente sono ravvisabili soggetti che assumono una posizione dominante. Sul punto, un'interessante analisi è svolta da D. Agus, *La concorrenza e la selezione degli operatori, in Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. Battaglia e B.G. Mattarella, Ricerche Irpa, Roma, 2012 (dattiloscritto).

⁴ Una ricognizione sistematica della materia è svolta da T. Di Nitto, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 3141 ss. (dove vi è una completa bibliografia delle opere più risalenti sul tema) e anche da C. Bedelli, E. Vedova, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁵ Nell'ambito della revisione del sistema fiscale, il Consiglio dei ministri starebbe lavorando ad una delega legislativa per la costituzione di un testo unico sui giochi e le scommesse pubbliche.

⁶ Su questo, F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

organizzare in modo realmente aperto e, là dove sostenibile, concorrenziale e trasparente.

Si è così giunti alla domanda centrale.

Tornando al regime dell'attività, occorre rispondere al quesito se quello dei giochi e delle scommesse sia un mercato regolato dallo Stato secondo i principi di libertà d'iniziativa e di concorrenza o se invece le disposizioni pubblicistiche perseguono ancora altre e differenti finalità.

Per il momento si muova dalla seguente premessa. Queste attività, poiché non sono ancora armonizzate dall'ordinamento europeo⁷, sono tutt'ora riconducibili all'art. 43 Cost.⁸ In particolare, sarebbero da concepirsi come un "monopolio fiscale"⁹. Esse hanno, inoltre, rilievo sul piano dell'ordine pubblico per diversi motivi: per i rischi d'infiltrazione criminale finalizzata al riciclaggio, per il contrasto a fenomeni di ludopatia, per la protezione dei minori il cui approccio all'azzardo va tenuto sotto controllo attesa la loro imperfetta maturazione fisio-psichica¹⁰. Da queste esigenze deriva una regolazione pubblica finalizzata a "governare" in modo stringente il fenomeno dei giochi e delle scommesse che l'osservazione della realtà, giova ripeterlo, evidenzia in tumultuosa espansione.

Volendo concentrare l'attenzione sul regime giuridico dell'attività, appare lecito, a valle dell'analisi puntuale, discutere più in generale se l'assetto informato sulla riserva/concessione corrisponda ancora alla cura dell'interesse pubblico o se non sia andato nel tempo fuori centro. Tale domanda si giustifica anche dalla tendenza complessiva del sistema amministrativo a rendere l'istituto della riserva tendenzialmente recessivo per lasciare posto a regimi d'attività forgiati nell'ordinamento anglosassone e diffusi dalla disciplina sovranazionale. Il riferimento implicito è al regime condizionale rea-

⁷ Tra i vari contributi che hanno toccato il tema partendo dall'esame di pronunce del giudice sovranazionale il contributo che meglio mette a fuoco l'aspetto evocato nel testo è di F. Martines, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 849 ss.

⁸ Rispetto al regime scaturente dall'applicazione dell'art. 43 cost. non ha perso efficacia la riflessione di S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, n. 6, 1332 ss. Sul punto, si v. anche S. Fois, *Riserva originaria e riserva di legge nei principi economici della Costituzione*, ibidem, 476 ss. e F. Galgano, in *Commentario della Costituzione. Artt. 41-44 Rapporti economici*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, Zanichelli, 1982.

⁹ Così S.L. Rujū, *Monopolio fiscale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, 825 ss.

¹⁰ Si pensi al recente decreto voluto dal Ministro per la salute in cui si dispone che i luoghi di gioco e scommessa debbano avere una minima distanza da scuole e ospedali (art. 7, d.l. n. 158/2012, *recante disposizioni per lo sviluppo del Paese mediante il più alto livello di tutela della salute*).

lizzato da autorizzazioni generali ed anche dal rilascio di diritti individuali, con riferimento a risorse scarse¹¹.

Come si accennava, a oggi non c'è una disciplina organica del settore contenente l'esplicazione dei principi fondamentali della regolazione pubblica dei giochi e delle scommesse. Per questa ragione l'indagine empirica dovrà muovere dalla normativa specifica per provare a tracciare dai singoli settori linee comuni e prevalenti.

2. Attività riservate

2.1. Le riserve statali

Anzitutto, l'attenzione va posta sul *lotto*, gioco che affonda le sue origini in epoche antichissime¹². L'art. 1, l. n. 528/1982 dispone che «l'esercizio del lotto è riservato allo Stato. Il servizio del lotto è affidato all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato che lo gestisce». Questa norma va coordinata con l'art. 1, d.P.R. n. 303/1990 che, pur tenendo fermo l'assetto di riserva erariale, prevede la possibilità di affidare in concessione la gestione del gioco.

Di origini parimenti lontane sono le *lotterie*¹³. È da riferirsi ad una legislazione postunitaria (l. 27 dicembre 1863, n. 1483) la previsione in favore dello Stato di una riserva che fu poi resa ancor più vincolante con l'applicabilità di sanzioni penali per coloro che l'avessero aggirata (r.d.l. 21 novembre 1880). In realtà la disciplina vigente (art. 1, c. 1, l. n. 722/1955) dispone che per ogni anno è autorizzata l'effettuazione di un massimo di dodici lotterie nazionali, nonché di una lotteria internazionale. L'autorizzazione consiste in questo: alle manifestazioni è collegato lo svolgimento di lotterie. Esse sono individuate con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, sentito il parere delle competenti commissioni parlamentari. Rispetto ad ogni lotteria autorizzata, con apposito decreto del Mef, sono fissati il prezzo

¹¹ Su questo regime abilitativo, introdotto nel nostro ordinamento dal diritto europeo nelle comunicazioni elettroniche, che assumono valore paradigmatico, si v. *Diritto amministrativo speciale*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2006, 256; M. Clarich, A. Boso Caretta, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Milano, Giuffrè, 2004.

¹² U. Gualazzini, *Giocchi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 30 ss.

¹³ C.A. Funaioli, *La disciplina giuridica delle lotterie*, in *Riv. dir. sport.*, 1955, 265; G. Liccardo, *Lotterie e tombole (diritto tributario)*, in *Nss. D.I.*, Torino, Utet, 1963, 1087.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

del biglietto, il giorno di estrazione e la nomina del funzionario incaricato della redazione del verbale di estrazione e di abbinamento. L'organizzazione delle lotterie si basa sulla propaganda delle manifestazioni e la distribuzione e vendita dei biglietti. Questa attività è svolta per obbligo di legge dalle ricevitorie del lotto e dalle rivendite di generi di monopolio, nonché da concessionari appositamente incaricati.

L'organizzazione e la gestione delle *lotterie istantanee* è affidata all'Amministrazione dei monopoli di Stato che vi provvede sotto la direzione del comitato generale per i giochi. Diversa è la disciplina delle *lotterie locali*.

L'art. 1, d.lg. n. 496/1948 stabilisce che l'organizzazione e l'esercizio dei *concorsi pronostici*¹⁴ «per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato» e affidati al Ministero dell'Economia e finanze – Aams, che può gestirli direttamente o tramite concessionari. Tale riserva non ha carattere assoluto. L'art. 6 dello stesso decreto prevede che la riserva possa essere data al Coni o all'Unire con riferimento a concorsi a pronostici connessi a «manifestazioni sportive organizzate o svolte sotto il controllo degli enti predetti». I ricevitori possono essere costituiti sia dalle ricevitorie del lotto, sia da persone o da enti appositamente autorizzati. Per la giurisprudenza la possibilità di ricevere le giocate discende da un provvedimento concessorio non cedibile né trasferibile.

Anche l'organizzazione e la gestione delle *scommesse organizzate*¹⁵ sono riservate al Mef e al Ministero delle politiche agricole e forestali (art. 3, c. 73, l. n. 662/1996). L'esercizio delle scommesse avviene attraverso l'attribuzione del Mef-Aams di specifiche concessioni a persone fisiche e giuridiche, scelte attraverso una gara da espletare secondo la normativa comunitaria.

Il *bingo* è riservato al Ministero dell'economia e delle finanze che ne ha affidato il controllo all'Aams (art. 1, d.m. 31 gennaio 2000, n. 29). La gestione del gioco è effettuata da una rete di concessionari scelti sulla base di una gara pubblica.

Nonostante la pluralità e la diversità delle fonti regolatrici, il perno della disciplina è rappresentato dalla *riserva* del gioco o scommessa seguita da *concessione* della gestione e controllo. Il diritto sovranazionale, diversamente da altri ambiti economici in cui sono state imposte liberalizzazioni, lascia gli ordinamenti statali liberi di scegliere l'assetto da dare al settore. La

¹⁴ T. Di Nitto, *op. cit.*, 3160 ss.

¹⁵ T. Di Nitto, *cit.*, 3163 ss.

legittimità e l'opportunità delle riserve, allora, va verificata essenzialmente alla stregua del diritto interno, specie quello costituzionale.

2.2. *Le (incerte) basi della "riserva originaria". Dubbi antichi e nuovi*

Il sistema desunto dalla disciplina vigente crea, rispetto ai giochi e le scommesse, una situazione di monopolio legale o di diritto a favore dello Stato. Come accennato nella premessa, la scienza giuridica ha fatto rientrare tale situazione in quelle qualificate nei termini di "monopolio fiscale"¹⁶. Sarebbe, infatti, preminente il fine di conseguire entrate finanziarie per l'erario. Tuttavia, proprio questa letteratura negli anni Settanta dello scorso secolo ha sollevato un dubbio sulla legittimità costituzionale di tutti i monopoli fiscali. Dubbio che implicitamente si riverbera sullo stesso regime di privata sui giochi e le scommesse¹⁷.

I rapporti economici sono regolati costituzionalmente nei termini seguenti. La libertà d'iniziativa è libera (art. 41, c. 1, Cost.). Può essere condizionata per il conseguimento di finalità sociali e scopi collettivi (art. 41, c. 3, Cost.). La proprietà oltre che l'impresa non è prerogativa dei soli privati (art. 42 Cost.). La riserva d'attività che cancella il diritto d'impresa dei privati rispetto all'ambito che ne è toccato richiede la presenza di tre presupposti. La riserva deve riguardare "fonti di energia", "servizi pubblici essenziali" oppure una "situazione di monopolio". Avendo prevalso l'interpretazione oggettiva di servizio pubblico, la riserva sui giochi e le scommesse non avrebbe un chiaro e solido ancoraggio costituzionale.

Da altra angolatura, la legittimità della riserva si spiegherebbe perché essa non incide su un'attività altrimenti libera. Su di essa è posta una proibizione generale, giustificata da ragioni di ordine pubblico: il divieto del gioco d'azzardo dettato dall'art. 718 c.p. Ne deriva l'impossibilità di inquadrare attività generalmente vietate sia nei termini dell'art. 41 Cost. che fonda la libertà di iniziativa economica, sia in quelli dell'art. 43 Cost. che definisce i limiti nei quali il legislatore può derogare a questo principio sulla base di ragioni di utilità generale¹⁸.

Non convince pienamente nessuna delle precedenti ricostruzioni.

Il divieto colpito da sanzione penale rispetto al gioco d'azzardo è lo strumento attraverso cui lo Stato protegge dalle intrusioni la riserva d'atti-

¹⁶ S.L. Ruju, *Monopolio fiscale*, cit.

¹⁷ In questa prospettiva si pone la riflessione di S.L. Ruju, *Spunti critici in tema di costituzionalità dei c.d. monopoli fiscali*, in *Rivista di diritto finanziario*, 1971, 249.

¹⁸ Così S. Priasco, *Lotto e giochi organizzati*, in *D. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, 279.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

vità. Solo per fare un esempio sanzioni penali erano previste dal Codice postale nei confronti di chi avesse svolto nelle forme non ammesse il recapito degli invii postali. L'illecito penale è mezzo non presupposto. Dunque, pare una scorciatoia impercorribile ancorare la riserva sui giochi e le scommesse esclusivamente al Codice penale.

Anche la tesi dell'illegittimità costituzionale della riserva è debole. Intanto, c'è il fatto non trascurabile che questo punto di vista non è stato fatto proprio dalla Consulta. Come si è visto nel precedente paragrafo il regime di privativa è tutt'oggi dominante nel diritto vigente.

La riserva d'attività non può non trovare nell'art. 43 Cost. il proprio ancoraggio. Attraverso la riserva lo Stato intende esercitare su un'attività la più intensa influenza possibile. Diretta conseguenza di ciò è che la gestione può essere data a un organo pubblico in esclusiva cioè precludendo a tutti i privati l'accesso. Lo Stato, prima principalmente per le ragioni di ordine pubblico, poi per quelle finanziarie, ha inteso sottoporre il settore alla sua guida¹⁹. Per Sabino Cassese «si è in presenza di un'attività che può essere assunta, quanto all'esercizio, dallo Stato, oppure può essere conferita, con concessione, dallo Stato ai privati, i quali non hanno libertà di iniziativa economica privata in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione. In definitiva, i privati possono accedere grazie al possesso di una concessione. Poiché in questo settore diversamente da altri le concessioni sono “non esclusive”, ne discende «la presenza di più di un privato»²⁰.

¹⁹ «In questa prospettiva, l'esercizio esclusivo da parte dello Stato dell'attività di gioco e il potere di controllo ad esso spettante diventano funzionali al soddisfacimento dell'interesse che la collettività mostra di avere verso i giochi di sorte e, al contempo, consentono di prevenire eventuali “pericoli di turbativa dell'ordine pubblico”, assicurando “allo Stato entrate finanziarie da destinare a fini di utilità generale”» T. Di Nitto, *cit.*, 3147, il quale cita brani di S. Priasco, *op. cit.*, 281.

²⁰ Osserva S. Cassese, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, Relazione alla tavola rotonda su “*I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato*” organizzata dalla Scuola Superiore dell'economia e delle finanze – Ministero dell'economia e delle finanze, Roma, 10 maggio, Forum della pubblica amministrazione, consultabile in <http://archive.forumpa.it/forumpa2004/convegni/relazioni/810-sabino-cassese/810-sabino-cassese.pdf>, che vi sono tre categorie di giochi: «i giochi vietati, i giochi permessi, ma confinati e i giochi consentiti, ma sottoposti a riserva originaria. [...] Un'attività consentita e tuttavia sottoposta a riserva originaria è un'attività soggetta al regime dell'articolo 43 della Costituzione. Secondo questo, la legittimazione a svolgere talune attività è sottratta ai privati. Può svolgerla l'amministrazione pubblica, o i privati, ma previo un atto dello Stato, che normalmente, ma non sempre, è chiamato concessione».

Tuttavia, non è ancora chiaro quale sia il presupposto della riserva.

La gestione del gioco d'azzardo consentito è preclusa ai privati i quali, anche quando vengono ammessi, lo sono grazie ad una concessione traslativa che li rende organi indiretti. In altre parole, l'assetto, almeno quello formatosi nella tradizione, era volto a creare, rispetto ad un gioco o possibilità di scommessa, una situazione di monopolio. Situazione che appunto autorizza il legislatore a disporre la riserva. Del resto, tra le ragioni che la fondano, la "situazione di monopolio" è quella che ha dato maggiori difficoltà. Mentre i servizi pubblici essenziali e le fonti di energia, nozioni anch'esse assai controverse, sono «situazioni di fatto (l'operare in determinati settori economici)», la situazione di monopolio «fa riferimento all'aver svolto un'attività – *id est* aver posto in essere atti e comportamenti giuridicamente rilevanti – che conviene qualificare monopolio»²¹. Se la monopolizzazione è il presupposto della riserva, si potrà sottoporre a privata l'attività in monopolio solo contestualmente all'emanazione del comando giuridico che preclude il diritto di accesso ai privati.

Trasponiamo quest'ordine d'idee al tema indagato.

La riserva sui giochi e le scommesse è riconducibile all'art. 43 Cost., dunque rispettosa della legalità costituzionale, se le attività comportanti l'azzardo consentito vogliono essere organizzate in forme di monopolio pubblico per tenerle sotto penetrante guida e controllo e per limitarne il perimetro²², attese le esigenze di protezione dell'ordine pubblico.

Se, viceversa, l'area dell'attività dell'azzardo consentito si dilata e il numero dei privati che la svolgono cresce, divenendo le loro caratteristiche soggettive e imprenditoriali multiformi ed eterogenee, può ancora dirsi che il regime dei giochi e delle scommesse è informato all'art. 43 Cost.?

Posto che gli interessi coinvolti sono tali da non ritenere desiderabile la caducazione di una regolazione pubblicistica del settore, essa potrebbe aversi fuori dal modello della riserva seguita dalla concessione?

Potrebbe entrare nel cono d'ombra creato dall'art. 41, c. 3, che in questa fase legittima la regolazione in tutti quei settori dove sono state rimosse

²¹ S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, op. cit., 1349 s.

²² G. Di Gaspare, *Monopolio e riserva*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1996, *ad vocem*, sottolinea come la riserva d'attività enucleata dalla Costituzione costituisca uno strumento di direzione pubblica dell'economia. Per M. D'Alberti, *Conclusioni*, in *Concessioni e concorrenza*, a cura di Id., Roma, Ipzs, 1998, 166 e 162 s., solo la riserva giustifica la concessione. Con la concessione i poteri pubblici restringono l'accesso al mercato ad una o poche imprese concessionarie.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

le barriere legali all'accesso ma l'interazione delle imprese tra loro e con i loro utenti è sottoposta ad un assetto condizionale?

Questi interrogativi saranno ripresi nella parte conclusiva dello scritto nella quale si tenterà di formulare un'ipotesi *de jure condendo* dopo aver sottoposto l'attuale regime anche al vaglio di funzionalità, intesa come corrispondenza tra gli obiettivi pubblici premessi e quelli in concreto raggiunti.

2.3. Articolare le riserve: gestione, organizzazione e controllo

La riserva, come visto, è un istituto negativo: impedisce che i privati possano svolgere imprenditorialmente l'attività oggetto della privativa. Sebbene vi siano peculiarità legate al singolo gioco o scommessa, l'attività riservata consta generalmente di due momenti fondamentali: la "gestione" e l'"organizzazione".

La titolarità della *gestione* è pubblica. Normalmente viene data *ex lege* all'Aams. Essa costituisce un'attività accentrata e tendenzialmente unitaria. Anche la gestione, però, può essere oggetto di concessione a privati. In questo caso, dalla gestione si enuclea la funzione di "controllo" che rimane nelle mani del Mef-Aams.

L'*organizzazione*, invece richiede il coinvolgimento di più soggetti. Ciò perché in essa si esplica l'esigenza di rendere capillari i momenti dove effettuare i giochi e le scommesse consentiti.

Ne discende che l'immissione nell'attività riservata dei privati è duplice. La concessione può avere un'ampia caratura se riguarda la gestione generale. In questa circostanza il privato concessionario funge da vero e proprio "organo indiretto". Il coinvolgimento dei privati nella organizzazione del gioco (ad es. raccolta delle giocate, distribuzione dei biglietti, ecc.) avviene attraverso molteplici provvedimenti concessori che concernono una sfera limitata dell'attività ma che potenzialmente sono fonte di ricavi per i beneficiari.

L'analisi di due casi concreti consente di rendere l'inquadramento suggerito meno astratto: il lotto e le *slot machines*.

Nel 1993, il gioco del lotto viene automatizzato. Il relativo servizio è affidato in concessione ad una società per azioni²³ alla quale vengono «trasferiti i poteri pubblici del Ministero delle finanze» inerenti il servizio²⁴. In-

²³ La Lottomatica S.p.a di Roma.

²⁴ Art. 1, decreto del Ministero delle finanze del 17 marzo 1993, pubblicato in GU del 16 gennaio 1997, n. 12.

teressante è ripercorrere le considerazioni che hanno preceduto tale affidamento²⁵. Il Ministero ha valutato che la concessione del lotto automatizzato «risponde all'esigenza di garantire l'efficienza e la funzionalità del servizio». In particolare, «consente un'adeguata tutela degli interessi pubblici dell'erario, garantendo un incremento delle entrate speciali», derivanti dalla gestione. Inoltre, «la maggiore funzionalità operativa del sistema automatizzato, derivante dall'affidamento in concessione del servizio, può avere effetti favorevoli sull'ordine pubblico, determinando le condizioni che favoriscono la diffusione del lotto illegale». La società affidataria è stata scelta perché «a seguito di rilevanti investimenti effettuati dispone di un sistema organizzativo informatico, di una struttura ampiamente collaudata per l'installazione e la manutenzione del detto sistema, idonea a minimizzare gli oneri e i tempi per il processo di automazione del gioco del lotto, con rilevante interesse pubblico per i connessi benefici erariali».

In altre parole, i poteri pubblici decidono di automatizzare il lotto. L'attività ha complessità e onerosità cospicue. Si decide di avvalersi di un privato, una società di capitali, cui è data la gestione del gioco e il compito di creare la rete. Questa società è individuata in ragione dei suoi requisiti organizzativi e imprenditoriali. Si legge nelle considerazioni preliminari all'atto di concessione che essa «assicura, direttamente e tramite il coordinamento, l'integrazione ed il controllo dell'attività dei proprio consorziati, comprovata esperienza nella gestione dei sistemi complessi ad ampia caratterizzazione territoriale e fornisce idonee garanzie di affidabilità e di sicurezza in ordine alla consistenza patrimoniale ed alla struttura tecnico-organizzativa».

Effetto dell'affidamento della gestione a un privato è che il potere di controllo e di vigilanza sull'esecuzione della concessione «con specifico riguardo ai poteri pubblici trasferiti» è posto in capo al Ministero dell'economia e delle finanze²⁶, il quale dispone anche del potere di revoca del provvedimento abilitativo.

Nel 2004, le *slot machines* sono collegate ad una rete telematica dell'Aams per sottoporle ad un controllo più stringente²⁷. Intanto la rete telematica è più di una. Ciascuna è parte integrante della rete di proprietà di

²⁵ I presupposti per l'affidamento in concessione della gestione del lotto automatizzato si trovano nella delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica – Cipe del 18 febbraio 1993 nella quale sono stabilite le procedure per la trasformazione in società di capitali dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

²⁶ Art. 2-3, d.m. 17 marzo 1993.

²⁷ Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 12 marzo 2004.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

Aams. Ogni rete assicura le seguenti funzioni. Collega al sistema di elaborazione gli apparecchi e videoterminali di gioco. Raccoglie periodicamente i dati registrati negli apparecchi e videoterminali di gioco e li trasferisce al sistema centrale quotidianamente. Raccoglie su specifica richiesta di Aams i dati registrati dagli apparecchi e videoterminali di gioco trasferendoli immediatamente al sistema centrale. Rileva la conformità del funzionamento degli apparecchi e videoterminali di gioco alle prescrizioni per il gioco lecito mediante l'elaborazione dei dati. Trasmette al sistema centrale le rilevazioni di non conformità di funzionamento. Diagnostica a distanza gli apparecchi e videoterminali di gioco e trasmette periodicamente al sistema centrale i casi di malfunzionamento. Predisporre informazioni utili alla valutazione della redditività degli apparecchi e videoterminali di gioco da fornire periodicamente al sistema centrale. Cura la gestione amministrativa degli apparecchi e videoterminali di gioco. Contabilizza le somme giocate, le vincite e il prelievo erariale unico trasferendo queste informazioni al sistema centrale. Gestisce il gioco mediante apparecchi videoterminali. L'Aams può dare in concessione la gestione operativa di tali reti telematiche.

I concessionari, oltre ad assicurare che la rete telematica assolva le funzioni sopra precisate, segnalano all'Aams²⁸ ogni informazione relativa alla possibile non conformità di un apparecchio o videoterminale di gioco; interrompe immediatamente il collegamento alla rete telematica degli apparecchi e videoterminali di cui è rilevata la non conformità alla prescrizioni per il gioco lecito, dandone comunicazione ad Aams nonché agli organismi istituzionali ed agli enti, anche territoriali, indicati da Aams stessa; verifica che l'esercente intraprenda le procedure di blocco per gli apparecchi di gioco o videoterminali individuati come non conformi alle prescrizioni per il gioco lecito; assolve tutti gli adempimenti amministrativi relativi agli apparecchi di gioco ed ai videoterminali; effettua rilevazioni statistiche presso gli esercizi, al fine di reperire le informazioni richieste periodicamente da Aams; contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di Aams²⁹. In altri termini, quando l'Aams ha

²⁸ La segnalazione può essere data anche agli organismi istituzionali ed agli enti, anche territoriali, indicati dall'Aams stessa.

²⁹ I concessionari sono tenuti, altresì, ad effettuare tutte le altre attività strumentali e funzionali alla corretta ed efficace gestione telematica degli apparecchi nonché del gioco lecito effettuato anche mediante videoterminali di gioco. Inoltre, sono tenuti ad eseguire la manutenzione, ordinaria e straordinaria, della rete telematica affidata in concessione, secondo

deciso di mettere in “rete” le cd. “New Slot”, si è avvalsa dei privati per realizzare l’automazione, affidando loro contestualmente tutti i compiti di gestione.

3. Presupposti e forme della “gestione diretta”: un’ipotesi astratta?

La riserva è un istituto dicotomico. Consente di distinguere la titolarità dell’attività dalla gestione. I due momenti possono essere riferiti a soggetti diversi. Ne consegue che qualora la gestione non sia affidata in concessione, vi può provvedere l’amministrazione cui sia data la titolarità della riserva.

Nella normazione positiva si enunciano le condizioni da rispettare in questa circostanza³⁰. Anzitutto, occorre rispettare il vincolo di sostenibilità economico-finanziaria. Ancillare a questa esigenza è la separazione contabile. Non si vuole che la commistione contabile celi forme di sussidio incrociato affatto ingiustificabili nella misura in cui la gestione diretta di un gioco non può produrre perdite. Sebbene il regime sia analogo a quello tracciato dell’art. 43 Cost. per i servizi pubblici essenziali, i giochi e le scommesse non sono ad essi pienamente assimilabili: se i primi astrattamente possono generare oneri per lo Stato, i secondi no. La precisazione delle modalità della gestione diretta andrebbero dettati da un apposito regolamento governativo³¹.

Quella della gestione diretta sembrerebbe dunque più un’ipotesi teorica che una reale alternativa di gestione del settore. Del resto anche nei servizi pubblici essenziali, della cui vicinanza si è detto, si è assistito al progressivo passaggio a forme indirette di gestione: o tramite concessionari oppure enti pubblici economici che hanno reso il modello dell’azienda autonoma del tutto recessivo³².

Ne deriva un’osservazione importante. Nonostante la potenza retorica dell’istituto della riserva, ammantata dalla sovranità statale, l’immissione dei privati con compiti anche molto rilevanti (alle volte, come visto, quasi inte-

le modalità e i criteri stabiliti negli atti di concessione al fine di assicurare, per quanto di propria competenza, il mantenimento del valore tecnologico e di mercato della rete di proprietà di Aams.

³⁰ Il riferimento è alla disciplina delle lotterie istantanee.

³¹ Art. 17, c. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400.

³² S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, V ed.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

ramente sostitutivi dell'amministrazione di settore) non è un'opzione semplicemente ammessa, ma è una realtà consistente, anche se non derogata in assoluto.

Va però segnalato un interessante caso diverso.

L'espletamento delle gare e il controllo centralizzato del gioco del bingo sono affidati, «sulla base di una apposita convenzione» da concludersi nel rispetto delle normativa comunitaria e nazionale, anche a privati. Sulla natura concessoria di questa convenzione non è da dubitarsi trattandosi di un atto che trasferisce la parte più rilevante di un'attività oggetto della riserva statale. Il Mef, tuttavia, ha stabilito di attribuire questo incarico all'Aams³³. Sebbene il d.m. n. 29/2000 consenta di conferire questo incarico «ad un soggetto estraneo all'amministrazione», questa previsione viene intesa in modo da non escludere l'ulteriore facoltà di provvedere direttamente con i propri mezzi. La decisione di affidare a privati si fonda su carenze organiche o funzionali dell'amministrazione. All'Aams, invece, rispetto a questa circostanza sono riconosciute adeguate competenze tecniche e sufficienti risorse organizzative. Inoltre, si è ritenuto che lo svolgimento diretto del controllo avrebbe determinato notevoli risparmi sia «in termini di tempo», sia «in termini di economia di spesa, con riguardo all'aggio da corrispondere all'affidatario del controllo centralizzato».

La riserva, in altre parole, non preclude o comunque limita per ragioni di interesse pubblico l'accesso dei privati nell'attività che vi è soggetta. Anzi imprese private possono ricoprire ruoli gestionali e organizzativi assai rilevanti. Ad esse, infatti, è stato chiesto di modernizzare la gestione dei giochi attraverso l'impiego degli strumenti telematici. Tuttavia, questa inclusione è figlia di una decisione discrezionale dell'amministrazione che laddove lo reputi possibile e opportuno può provvedere direttamente a compiti di gestione dei giochi e delle scommesse. Del resto ciò è un effetto della riserva di attività.

4. L'apparente varietà dei titoli abilitativi

4.1. Le concessioni

L'ammissione dei privati all'area riservata, come ripetuto, avviene, anzitutto, mediante concessione. Il carattere sezionale e stratificato nel tempo

³³ Art. 1, dir. Mir. 12 settembre 2000, pubblicato in GU 18 settembre 2000, n. 18.

della disciplina del settore impedisce che vi sia uno schema di concessione dalle caratteristiche unitarie e stereotipate per tutti i giochi.

L'analisi empirica suggerisce un modo di ordinare una realtà articolata: costruire due modelli prendendo le mosse da altrettanti esempi concreti. Le concessioni che assolvono questa esigenza di ordine conoscitivo si riferiscono al lotto automatizzato e al bingo. La scelta è caduta su questi due tipi perché rappresentano punti estremi della spezzata con la quale si possono raffigurare le concessioni nei giochi e scommesse.

Della concessione della gestione del lotto automatizzato si è in parte scritto prima. Si tratta di un provvedimento conferito dall'amministrazione che si è avvalsa della propria discrezionalità nell'individuazione del soggetto rispondente alle finalità perseguite. La scelta della società beneficiaria non è avvenuta a seguito di una procedura concorsuale ma di una valutazione sulla idoneità del potenziale concessionario a svolgere le attività di gestione traslate. La concessione ha una durata estesa: nove anni rinnovabili tacitamente per un periodo equivalente³⁴. Al concessionario è inoltre riconosciuto un compenso il cui importo è risultante da aliquote, fissate dalla concessione, applicate sulle giocate effettuate sui terminali meccanizzati³⁵.

Occorre ricordare che questa procedura venne considerata compatibile col diritto sovranazionale. Difatti, a mo' di contrappeso, la concessione contiene disposizioni che limitano in modo significativo l'autonomia del beneficiario, attraendolo nel perimetro occupato dai pubblici poteri.

L'art. 4 della concessione, rubricato, "disciplina comunitaria", dispone che il concessionario nell'affidamento a terzi di opere, forniture e servizi che siano inerenti alla gestione del lotto è obbligato all'integrale applicazione della normativa interna e comunitaria dei contratti stipulati da pubbliche amministrazioni³⁶. Il concessionario, per l'espletamento delle gare per l'affidamento di opere e forniture, è tenuto preventivamente a trasmettere al Mef il relativo bando di gara. Il bando deve garantire l'assoluta trasparenza della gara, indicando tutte le condizioni di partecipazione, le prescrizioni tecniche ed economiche e lo svolgimento del procedimento di aggiudicazione. Nel bando deve essere specificato che la società è concessionaria del Mef. Le commissioni giudicatrici di queste gare indette dal concessionario sono nominate dal direttore generale dell'Aams. Il presidente ed i componenti delle commissioni sono scelti sulla base di specifiche competenze pro-

³⁴ Il rinnovo tacito è impedito dalla disdetta dell'Aams che va comunicata almeno sei mesi prima della data di scadenza della concessione stessa.

³⁵ Art. 21, d.m. 17 marzo 1993.

³⁶ Per i servizi non si considerano terzi i soci consorziati dalla società concessionaria.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

fessionali, correlate alla tipologia delle gare da espletare³⁷. Il Mef esercita il potere di controllo e vigilanza sul rispetto di questa regola da parte del concessionario.

Il concessionario assume inoltre impegni specifici che riguardano aspetti delicati della vita della società. Per tutta la durata della concessione, garantisce che le azioni parte del capitale non possano essere trasferite senza preventiva autorizzazione vincolante del Mef. I nuovi azionisti, in ogni caso, devono dare atto per iscritto di conoscere e vincolarsi a rispettare gli impegni assunti dal concessionario con la concessione. Il capitale sociale non può essere ridotto se non dopo l'autorizzazione del Mef. Al concessionario però è data la facoltà di quotarsi presso il mercato borsistico. Dal momento della richiesta di quotazione non si applicano le precedenti previsioni. Tuttavia, l'acquisizione del controllo della società ai sensi dell'art. 2359, n. 1, c.c. da parte di terzi, diversi dai soci della società al momento del rilascio della concessione, è comunque soggetta all'autorizzazione del Mef che provvede entro trenta giorni dalla data della richiesta. Anche la nomina del presidente, dell'amministratore delegato/direttore generale e del presidente del collegio sindacale è sottoposta al preventivo gradimento del Mef.

La regolazione del gioco del bingo è più recente. Risale al 2000³⁸. La gestione del gioco, da svolgersi in sale a ciò dedicate, è attribuita a concessionari con gare da espletare secondo la disciplina comunitaria e secondo i criteri previsti dalla disciplina del bingo. Il Mef, nel numero di volta in volta stabilito su direttiva del ministro, attribuisce in base al risultato delle gare le concessioni per la gestione del gioco a persone fisiche o società³⁹ con idonei e comprovati requisiti, anche in ordine alla solidità finanziaria, sulla base dei seguenti criteri: a) trasparenza dell'assetto proprietario ed efficienza della gestione delle singole sale dove il gioco si svolge; b) razionale e bilanciata distribuzione sul territorio, secondo parametri programmati e controllabili, della rete di sale destinate al bingo; c) garanzia della libertà di concorrenza

³⁷ Art. 5, d.m. 17 marzo 1993.

³⁸ Decreto del Ministero delle finanze 31 gennaio 2000, n. 29, pubblicato in GU 22 febbraio 2000, n. 43.

³⁹ Se il concessionario è costituito in forma di società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, le azioni aventi diritto di voto o le quote devono essere intestate a persone fisiche, società in nome collettivo o in accomandita semplice. È escluso il trasferimento per semplice girata di dette azioni o quote. Le imprese comunicano al Mef l'elenco dei soci titolari, con il numero delle azioni o l'entità delle quote da essi possedute e gli eventuali trasferimenti di titolarità. La società per azioni deve altrimenti essere quotata in borsa. L'inosservanza di queste disposizioni comporta la decadenza dalla concessione (art. 2, c. 4, d.m. n. 29/2000).

e di mercato mediante la previsione di parametri volti ad impedire l'abuso di posizioni dominanti, tenendo anche conto del numero delle concessioni attribuite a ciascuna persona fisica o società e del volume di gioco raccogliabile da ciascun concessionario; d) adozione parte dei concessionari e da parte del gestore di strumenti informatici necessari allo svolgimento e gestione del bingo che siano conformi alle specifiche tecniche stabilite con decreto del Mef al fine di assicurare la compatibilità col sistema informativo di controllo centralizzato⁴⁰.

Tali concessioni hanno la durata di sei anni e sono rinnovabili per una sola volta. Il trasferimento della concessione è consentito a soggetti in possesso degli stessi requisiti che ne condizionano il rilascio previo assenso del Mef. I concessionari hanno diritto ad un compenso che è pari alla parte dell'incasso lordo, dedotti il prelievo erariale⁴¹ sulle cartelle, i premi corrisposti e il compenso versato all'affidatario del controllo centralizzato del gioco. Dalla concessione si può decadere oppure essa può essere revocata. La decadenza è dichiarata dal Mef quando vengono meno i requisiti per l'attribuzione della concessione. La revoca è disposta nelle seguenti circostanze. In caso di interruzione dell'attività per cause non indipendenti da forza maggiore. Quando nello svolgimento dell'attività sono commesse violazioni delle disposizioni che regolano il bingo. Quando vengono accertati gravi irregolarità amministrative o il mancato rispetto degli obblighi fiscali⁴².

Diversamente dalla concessione per il lotto centralizzato sono più definiti i requisiti soggettivi e la procedura di attribuzione della concessione, la cui durata è di poco inferiore e specifiche sono anche le condizioni di decadenza e revoca. Ma a ben guardare la distanza rispetto al lotto automatizzato è meno ampia di quanto non sembri ad un primo esame. Si consideri, infatti, che l'espletamento delle gare e il controllo centralizzato del gioco, dei relativi flussi finanziari e delle procedure previste per la sua effettuazione nonché la stampa delle cartelle e ogni altro servizio non richiesto ai singoli concessionari sono affidati sulla base di apposita convenzione da

⁴⁰ Art. 2, c. 1-3, d.m. n. 29/2000.

⁴¹ Il prelievo erariale è fissato in misura del venti per cento del prezzo di vendita delle cartelle e viene versato dal concessionario all'affidatario del controllo centralizzato del gioco, insieme al compenso ad esso spettante. Ogni dieci giorni l'affidatario del controllo centralizzato provvede al riversamento delle somme relative al prelievo erariale alla tesoreria provinciale dello Stato e a presentare il relativo rendiconto al Mef (art. 5, d.m. n. 29/2000).

⁴² Art. 3, d.m. n. 29/2000.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

concludersi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria⁴³. In realtà, quest'insieme di attribuzioni si è scelto di conferirle all'Aams.

Anche la regolazione del bingo distingue due figure: il gestore delle sale e il responsabile del controllo centralizzato. Il primo è individuato con gara, deve possedere e mantenere numerosi requisiti pena la decadenza o la revoca del titolo abilitativo. Del secondo, al quale è corrisposto un compenso per la sua attività, non sono precisati requisiti soggettivi né è meglio chiarita la modalità di selezione. Peraltro, al di là della lettera della disciplina che parla di “convenzione”, all'affidatario del controllo centralizzato, cuore della gestione che dovrebbe svolgere il titolare della riserva, è conferita una concessione perché sono traslati poteri pubblici.

Anche sotto questo profilo può scorgersi la vicinanza tra i due esempi. Nel lotto automatizzato il concessionario è organo indiretto e per questo vincolato nella propria attività contrattuale. Nel bingo la gestione e il controllo sono addirittura rimasti in mano pubblica non essendo stata concretizzata la facoltà di concedere a privati tali compiti.

4.2. I *nulla-osta*

Oltre alla “concessione” e alla “convenzione”, la cui presenza nel diritto positivo si è da ultimo rilevato, tra i titoli abilitativi troviamo anche il “nulla-osta”. L'art. 110, c. 6, TULPS⁴⁴ infatti stabilisce che per l'installazione di apparecchi di gioco o videoterminali (si tratta delle cd. New slot e le VLT) occorre ricevere un nulla-osta da parte del Mef-Aams. Il soggetto al quale è rilasciato il nulla osta è chiamato a versare il prelievo erariale unico applicato alle somme giocate⁴⁵. La funzione di questo antico provvedimento è andata mutando nel tempo. Nasce per sottoporre al controllo pubblico la diffusione di simili apparecchi. Serve per verificare che tali apparecchi siano conformi alle regole di produzione autorizzate dai pubblici poteri⁴⁶.

A partire dal 2004, il regime tradizionale del nulla-osta si intreccia a quello concessorio a seguito della creazione delle reti telematiche che collegano gli apparecchi di gioco e i videoterminali.

⁴³ Art. 1, c. 3, d.m. n. 29/2000.

⁴⁴ Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza di cui al R.d. 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni e integrazioni.

⁴⁵ Art. 38, c. 5, l. 23 dicembre 2000, n. 38.

⁴⁶ La conformità è definita da un decreto del Mef-Aams, d'intesa con il Ministero dell'interno – Dipartimento della pubblica sicurezza, emanato ai sensi dell'art. 22, c. 1, l. 22 dicembre 2002, n. 289.

È disposto, infatti, che entro sessanta giorni dalla pubblicazione dell'elenco degli aggiudicatari della concessione per la gestione operativa delle reti, i titolari di nulla-osta diversi dai concessionari sono tenuti a richiedere il collegamento alla rete telematica per ciascun apparecchio. E i concessionari sono tenuti a collegare tali apparecchi presso il medesimo esercizio nel quale questi sono installati. Il concessionario per questo ha diritto a percepire un compenso che non può essere superiore al tre per cento delle somme giocate per ciascun apparecchio⁴⁷.

4.3. Le autorizzazioni

Con riferimento ai concorsi a pronostici, il d.P.R. n. 581/1951, contenente disposizioni comuni a questo ambito, all'art. 20 recava la previsione per la quale i ricevitori possono essere costituiti sia dalle ricevitorie del lotto, sia da «persone» o da «enti» appositamente "autorizzati". Essi, in base a quanto disposto dal regolamento del concorso, possono essere considerati «come rappresentanti del gestore o come agenti in proprio». È interessante notare però come la giurisprudenza amministrativa ha inteso la possibilità di ricevere le giocate come il frutto di un provvedimento di concessione non cedibile né trasferibile⁴⁸.

Anche per lo svolgimento del gioco del bingo a distanza occorre ottenere dall'Aams un'apposita autorizzazione. Però, coloro che ne possono fare richiesta – ed è questo l'aspetto da porre in rilievo – sono già concessionari del gioco del bingo ai sensi dell'art. 1, d.m. 29/2000, nonché gli altri soggetti individuati dall'art. 24, c. 13, della legge 7 luglio 2009, n. 88. Si tratta di soggetti cui l'Aams attribuisce una concessione novennale, se in possesso di stringenti requisiti.

4.4. La prevalenza dello strumento concessorio

Per concludere, può osservarsi che, indipendentemente da una certa eterogeneità formale o estrinseca, i titoli abilitativi ricadono nella sostanza del provvedimento concessorio⁴⁹. Ciò a riprova della circostanza che l'atti-

⁴⁷ Art. 6, d.m. 12 marzo 2004.

⁴⁸ Tar Veneto, 6 maggio 1985, n. 607, in *Riv. dir. sport.*, 1986, 44. Su questo, si v. T. Nitto, *I giochi e le scommesse*, cit., 3161.

⁴⁹ S. Cassese, *cit.*, osserva criticamente come nella disciplina del settore si ricorra ad un «uso improprio dei termini autorizzazione e concessione». M. De Benedetto, *Giochi e scommesse*, in *Concessioni e concorrenza*, cit., 132, rileva come le concessioni nel settore non si prestino ad essere facilmente ricondotte alle tipologie classiche di concessione amministrativa.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

vità – i giochi e le scommesse – è e rimane oggetto di riserva statale. Ne consegue che i compiti di gestione, variamente declinati, sono concessi ai privati, sebbene il loro apporto si configuri come materialmente non sostituibile.

Dunque, i privati che accedono al settore operano imprenditorialmente, ad esempio organizzando i fattori della produzione quali il capitale, il lavoro, la tecnologia e perseguendo lo scopo del lucro, grazie al provvedimento amministrativo ampliativo della loro sfera giuridica soggettiva. Il provvedimento attribuisce situazioni riservate in forma circoscritta per salvaguardare gli scopi fondamentali della riserva⁵⁰.

5. Contratti “accessivi”: struttura e finalità

Può ripetersi per i giochi e le scommesse che «il concessionario è un imprenditore creato dallo Stato. Questi, infatti, agisce nell’ambito di vincoli che sono determinati dall’autorità pubblica»⁵¹. Dunque, il rapporto di concessione in argomento può essere disciplinato mediante una convenzione o contratto⁵², la cui durata massima varia a seconda del gioco. Tale titolo lega il concessionario e l’Aams.

In particolare, l’amministrazione concedente, attraverso specifici vincoli inseriti in questi contratti o anche con l’adozione di carte dei servizi, assicura l’effettività ai vincoli assunti dal concessionario.

Nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non automaticità, a fronte di casi di inadempimento contrattuale imputabile al concessionario, possono predeterminarsi nel contratto sanzioni patrimoniali. La misura delle sanzioni è in funzione della gravità dell’inadempimento e della migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione. L’irrogazione della sanzione avviene nel rispetto

⁵⁰ D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1986, *ad vocem*; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993; S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.

⁵¹ S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, n. 5, 1996, 6.

⁵² In argomento, sebbene il centro della riflessione siano le convenzioni accessive a concessioni di servizi, si cfr. A. Pioggia, *La concessione di servizio pubblico come provvedimento a contenuto convenzionale determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 567 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

del principio di partecipazione e contraddittorio nonché di efficienza, efficacia ed economicità del relativo procedimento⁵³.

6. Il potere di “abilitazione” e i suoi titolari nell’interazione coi privati

Non è questa la sede per svolgere un’analisi organizzativa del Mef e dell’Aams, delle rispettive competenze e del regime delle interazioni tra i due apparati e con i concessionari⁵⁴. Tuttavia, non è possibile evitare un’incurSIONE su questo piano, dovendo sviluppare tutti gli aspetti, anche quelli più problematici, legati alla riserva e ai titoli abilitativi.

L’indagine ha evidenziato un punto importante.

L’affidamento della concessione della gestione dei giochi è stata largamente discrezionale, specie in passato. Ciò in linea con le caratteristiche dei provvedimenti concessori che traslano poteri pubblici⁵⁵. Nella disciplina più recente, si è visto come sempre più spesso si alluda a procedure di gara da svolgersi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria. L’avvento delle forme di gioco e scommesse a distanza, cioè tramite connessioni telematiche, hanno esposto il mercato nazionale alla concorrenza di soggetti stabiliti in altri paesi.

Dunque, in precedenza le fonti normative sono state laconiche circa i requisiti soggettivi che devono possedere i partecipanti alle gare e vaghi erano i criteri generali di scelta se le utilità concesse sono in numero inferiore ai partecipanti alla procedura selettiva.

Oggi è invece l’opposto⁵⁶. Può però osservarsi che tali requisiti riflettono le principali caratteristiche dei grandi operatori nazionali *incumbent*. Ciò naturalmente comporta l’effetto di erigere una barriera legale all’accesso. La finalità, insieme all’esigenza di porre ordine al fenomeno, è anche

⁵³ Si cfr. artt. 21 e 22, d.P.R. n. 303/1990.

⁵⁴ Sull’argomento, in particolare sulla riorganizzazione dell’Aams, si rinvia all’attenta analisi di M. Macchia, *L’organizzazione dell’amministrazione dei giochi*, in *Le regole dei giochi*, cit.

⁵⁵ Per S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, loc. cit., vi è la possibilità che «il servizio venga affidato in concessione ai privati. In tal caso, il servizio – dopo la riserva originaria – viene attribuito a privati per mezzo di una concessione, istituto che ha alcune caratteristiche tipiche della sovranità, in quanto è discrezionale, revocabile, onerosa (per ottenere la concessione deve essere pagato un canone)».

⁵⁶ Questa trasformazione della disciplina pubblica dei giochi e delle scommesse è molto ben ricostruita da T. Di Nitto, C. Cataldi, *I requisiti degli operatori privati*, in *Le regole dei giochi*, cit.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

quella di difendere il “monopolio fiscale italiano” con ciò creando protezioni per i “campioni nazionali” del settore⁵⁷. E come si accennava nelle battute iniziali, l’ordinamento europeo non volgendo ancora verso la creazione di un mercato europeo del settore sembra consentire queste strategie degli Stati.

Ciò nondimeno occorre considerare che vi sono canoni generali del diritto amministrativo che pongono vincoli anche in quest’ambito inderogabili. Anzitutto, vi è il principio di diritto comunitario della non discriminazione⁵⁸, da considerarsi certamente vigente e vincolante anche senza che vi sia stata la armonizzazione/liberalizzazione del settore da parte dell’Ue⁵⁹. In secondo luogo, non può trascurarsi un istituto generale del nostro procedimento amministrativo: l’attribuzione di vantaggi economici è subordinata alla predeterminazione ed alla pubblicazione dei criteri e delle modalità alle quali le amministrazioni devono attenersi. E ciò deve risultare dai singoli provvedimenti⁶⁰.

Si può dire che questo vincolo può bene essere rispettato nel momento della definizione del bando e del relativo capitolato di gara; che è ragionevole non ossificare elementi volatili come i requisiti e i criteri di selezione perché riferiti ad attività di contenuto assai diversificato. Se ciò non è confutabile in astratto, corre il rischio di incorrere in limiti e difficoltà concrete che discendono dal legame tra gli organi pubblici titolari del potere di abilitazione e le imprese private tradizionalmente inserite nel paradigma di gestione dei giochi e delle scommesse.

Si è visto che quando l’amministrazione pubblica ha deciso di realizzare evoluzioni tecnologiche nella gestione dei giochi (automazione, connessione telematica) per curare meglio l’interesse pubblico a contrastare il gioco illegale e l’evasione degli obblighi fiscali, si è avvalsa dei privati dotati delle necessarie capacità tecnico-professionali. Tanto che, in alcuni casi, ciò

⁵⁷ Sebbene non riferito alla nuova disciplina sui requisiti soggettivi degli operatori privati, in quanto precedente, sono interessanti le considerazioni tra il diritto e l’economia svolte da S. Gambuto, *Dalla concorrenza all’oligopolio nel settore del gambling in Italia: il cortocircuito della regolazione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, 334 ss.

⁵⁸ S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 291 ss.

⁵⁹ F. Martinez, *op. cit.*; G.P. Ruotolo, *Il regime italiano del gambling all’esame della Corte di giustizia: rien ne va plus?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 1397 ss.; V. De Falco, *Riserve statali nei servizi di gestione e raccolta di scommesse ippiche e fattori di convergenza con l’ordinamento comunitario*, *ibidem*, 2008, 247 ss.; M. Gnes, *Diritto comunitario e disciplina nazionale delle scommesse*, in *Giorn. dir. amm.* 2007, 836 ss.

⁶⁰ Art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241.

ha portato a configurare la società concessionaria della gestione, che automatizzava un importante gioco, quale organo amministrativo indiretto.

Il nodo dunque è questo. Poiché dalle concessioni i privati traggono profitti, che possono anche essere molto ingenti⁶¹, le procedure in base alle quali essi vengono scelti costituiscono un aspetto assai delicato. Il pericolo, che almeno astrattamente non può non profilarsi, è che i privati più forti possano “catturare” l’amministrazione titolare del potere di abilitazione. Tale pericolo è enfatizzato se le regole che in concreto presidiano il principio di non discriminazione e parità di condizioni sono decise direttamente *ad hoc* dall’amministrazione, cioè con riferimento alla singola gara da espletare.

Si torni a un esempio già fatto. Nella disciplina del bingo, requisiti soggettivi e criteri selettivi sono precisati per l’affidamento della concessione alla gestione di una sala. Stessa puntualità è assente per l’affidamento di un ruolo assai più rilevante: il controllo centralizzato del gioco, tanto che può essere dato a privati o all’amministrazione del settore (com’è attualmente).

Quest’aspetto problematico induce due domande.

La prima è se l’amministrazione di settore è dotata della sufficiente *expertise* e indipendenza dai regolati. Questo profilo merita una riflessione specifica, che tenga adeguatamente conto dell’involuzione dei regolatori indipendenti nel nostro paese.

La seconda concerne la validità del regime giuridico informato sulla coppia riserva-concessione. In particolare, la possibilità che vi siano assetti alternativi a questo che potrebbero assicurare un migliore equilibrio tra la tutela degli interessi pubblici e privati.

7. Un settore non deregolabile

La riserva d’attività, nel sistema amministrativo italiano, è entrata da tempo in una fase recessiva⁶². In suo luogo, spinta dal diritto sovranazionale, si è imposta la libertà d’iniziativa privata e la concorrenza. Se l’attività in precedenza riservata corrisponde ad un mercato pienamente contendibile, si afferma il principio della libertà d’accesso piena, al più condizionabile da

⁶¹ Questo elemento è inferibile indirettamente dai corsi azionari degli operatori del settore organizzati nella forma di società di capitali quotati nei mercati ristretti.

⁶² F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 78 ss.; *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2009.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

procedimenti autorizzatori, se permangono interessi pubblici che non possono essere protetti altrimenti⁶³. Se non è possibile la “concorrenza nel mercato”, attraverso procedure concorsuali può aversi una forma di “concorrenza per il mercato”. È questo, ad esempio, l’attuale assetto giuridico dei servizi pubblici locali nei quali, almeno astrattamente, potrebbero coesistere le due specie di competitività⁶⁴.

Le poche riserve superstiti nel nostro ordinamento sono perlopiù quelle che si riferiscono a peculiari beni pubblici come il demanio, le aree aeroportuali, le autostrade, ecc. Queste riserve, tuttavia, sono eterogenee rispetto a quelle in materia di giochi e scommesse sotto il profilo funzionale. Servono a regolare l’uso da parte di terzi di beni che permangono nella sfera proprietaria pubblica. Le riserve sui giochi e scommesse seguite da concessioni, invece, hanno la funzione di organizzare la gestione dell’attività riservata tutelando gli interessi che sono alla base della riserva stessa.

Dunque, la comparazione tra regimi, euristicamente più stringente, è con quelli di attività economiche in precedenza riservate, poi uscite dall’assetto di privativa statale e riportate alla libertà d’impresa⁶⁵. Prima di tentare questo confronto occorre ipotizzare un’evoluzione anche nel settore dei giochi e delle scommesse che la renda possibile.

La domanda a cui dare risposta è la seguente.

I privati che entrano nella gestione dei giochi e delle scommesse di quale situazione soggettiva sono titolari? È ancora vero che sono ascrivibili alla categoria degli «imprenditori creati dallo Stato»⁶⁶ in forza del provvedimento concessorio (art. 43 Cost.)? Oppure essi stanno esercitando il loro diritto soggettivo all’iniziativa privata, magari condizionato dai pubblici poteri per ragioni di interesse pubblico, ma in modo imparziale, trasparente e non discriminatorio (art. 41, c. 3, Cost.)?⁶⁷ Il vincolo sovranazionale della non

⁶³ L. Torchia, *La nuova costituzione economica*, in *L’amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1994, II ed., 137 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 1998; *Diritto amministrativo speciale*, a cura di G. Vesperi, Milano, Giuffrè, 2005, 256 ss.

⁶⁴ Artt. 3, 3-bis e 4, d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, come modificato dall’art. 25, d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012.

⁶⁵ Si riprende l’approccio seguito nella riflessione di S. Cassese, *cit.*, il quale accosta il regime del gioco e delle scommesse a quello delle telecomunicazioni liberalizzate nel corso degli anni Novanta del ventesimo secolo.

⁶⁶ S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, *cit.*, 5 ss.

⁶⁷ L’inquadramento teorico della transizione dall’art. 43 all’art. 41 Cost. nelle procedure che condizionano l’accesso al mercato, sebbene riferito al settore delle telecomunica-

discriminazione spinge verso la seconda delle alternative enunciate. Stante questa premessa si dovrebbe essere aperti all'idea per la quale il regime tradizionale di riserva anche nei giochi e nelle scommesse ha subito una trasformazione che l'ha spinto fuori dall'alveo dell'art. 43 Cost.

La principale obiezione all'ipotesi ricostruttiva appena formulata è che il settore in esame non rappresenta un mercato in senso proprio perché gli interessi che sono il presupposto della riserva statale d'attività non sono venuti meno, non si sono trasformati e lo impediscono. A conferma di ciò vi è la stessa posizione espressa dal giudice comunitario per il quale una normativa nazionale *ad hoc*, cioè che ponga condizioni all'accesso, trova giustificazione nella tutela del consumatore, nella prevenzione della frode e nella prevenzione dell'incitazione dei cittadini alla spesa eccessiva, collegata al gioco⁶⁸.

Questi tre profili possono trovare una formula di sintesi nella "tutela dell'ordine pubblico", la quale rappresenta, lo si ribadisce, uno scudo per la riserva statale e un ostacolo insormontabile ad una liberalizzazione del settore informata ai canoni della *de-regulation*⁶⁹.

8. Tutela dell'ordine pubblico, finalità para-fiscali

A ben guardare, gli interessi pubblici che permeano il regime giuridico dei giochi e delle scommesse sono due. Oltre alla tutela dell'ordine pubblico nei termini sopra precisati, vi è con sempre maggiore rilievo l'esigenza di trarre risorse finanziarie per le casse dell'erario. Tali interessi possono porsi almeno in parte in contraddizione l'uno con l'altro.

Il primo, la cui origine è più risalente – risente, infatti, dell'ideologia che assegna allo Stato una missione pedagogica –, si può estrinsecare nei seguenti termini. I pubblici poteri dovrebbero avere un disfavore nei confronti di queste attività per via delle spese che comportano alle persone specie se svolte in modo psichicamente compulsivo. L'impostazione più risalente è più o meno questa. Poiché sarebbe difficilmente praticabile una completa abolizione del gioco e delle scommesse (che continuerebbero nelle forme illegali), lo Stato se ne riserva la titolarità per tener il feno-

zioni, è esaurientemente sviluppato da F. Bassan, *La riforma italiana delle telecomunicazioni: profili generali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, 48 ss.

⁶⁸ C. giust. CE, in C-243/01, caso *Gambelli*.

⁶⁹ G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 629 ss.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

meno sotto controllo e, soprattutto, per governarne la diffusione e l'evoluzione.

Senonché, la crisi fiscale dello Stato ha determinato la straordinaria quotazione del secondo interesse. L'erario, in costante affanno, trae dal settore dei giochi e delle scommesse ingenti introiti. È questa la semplice ragione per la quale l'avvio di un nuovo gioco o l'ampliamento di uno vecchio è voluto dal Mef che lo inquadra in un preciso disegno avente una finalità (para)fiscale.

Può dirsi che questi interessi pubblici abbiano perso vigore?

Il valore retorico del quesito pare evidente. L'approccio paternalistico è certamente scemato con l'incremento delle libertà riconosciute agli individui. Rimane ferma l'idea di contrastare la sola ludopatia. Il diffondersi dei giochi e delle scommesse continua però a essere visto con disfavore. Vi sono i pericoli di infiltrazione della criminalità e di riciclaggio del denaro proveniente da attività illecite. La espansione e articolazione del fenomeno rende sempre più complesso impedire che persone non maggiorenti si accostino a questo ambito. Lo Stato continua ad avere un enorme bisogno delle entrate provenienti da esso. Ne consegue che quella dei giochi e delle scommesse non può concepirsi come un'attività economica assimilabile a tutte le altre, quindi, pacificamente assoggettabile ai principi e alle regole del libero mercato.

Dunque, ad un regime pubblicistico di regolazione stringente come quello attualmente vigente non c'è alternativa. Anche nel Regno Unito, precursore nell'organizzazione di queste attività e "culla" europea del liberismo, il settore del "gambling"⁷⁰ è sottoposto al regime di licenza, affidato ad un'autorità *ad hoc*, che condiziona tanto lo svolgimento dell'attività, quanto i requisiti professionali soggettivi per poter lavorare nel settore⁷¹.

Occorre però verificare se la riserva/concessione sia il sistema che ancora massimizza gli interessi pubblici che continuano ad essere immanenti nel settore. La comparazione con altri ordinamenti, come quello inglese ad esempio – paese antesignano nello sviluppo del settore – potrebbe suggerire altri modelli regolatori come quello dell'autorizzazione generale e del rilascio di diritto di uso in corrispondenza all'assegnazione dello sfruttamento di risorse scarse.

⁷⁰ La disciplina inglese del settore è dettata dalle seguenti fonti: il "Gambling Act 2005" e il "National Lottery etc Act 1993"; altri aspetti sono contenuti nel "Financial Services and Markets Act 2000".

⁷¹ Si cfr. Gambling Commission, *Guidance to Licensing Authorities*, 3rd edition, May 2009.

Ciò che del resto si è avuto anche nel campo dei servizi pubblici, un tempo terreno d'elezione delle riserve, poi liberalizzati, ma per nulla deregolati⁷².

9. Verso una regolazione condizionale?

È percezione comune che il perimetro dei giochi e delle scommesse si stia progressivamente allargando. Ciò risponde alle esigenze (para)fiscali dello Stato ma non è affatto contrario all'interesse delle imprese cui sono affidate le funzioni "core" della gestione dei giochi. Sembra, anzi, che l'espansione del settore segua le direttrici tracciate dai grandi operatori privati.

La finalità di rimpinguare le casse dell'erario è realizzata ed è in crescita costante. Di contro, le esigenze di controllo e contenimento del fenomeno e le garanzie di non discriminazione appaiono chiaramente sacrificate.

Il regime di riserva seguita da concessione, per un verso, conferisce ampi poteri di "governo" ai concessionari maggiori. Si ha la stessa inversione di forza del rapporto tra concedente e concessionario che si era avuta nelle *public utilities* prima della loro liberalizzazione. Per altro verso, adesso, tutela adeguatamente il diritto dei privati di accesso a forme di gestione del gioco e delle scommesse "non core".

È immaginabile un diverso regime che bilanci in modo più equilibrato i vari interessi in competizione? Gli spunti comparativi più fecondi provengono da ambiti nei quali le riserve di attività sono state abolite. Ma per delineare una prospettiva giuridica alternativa appare utile esporre un caso che sia emblema dei problemi che un regime modificato potrebbe risolvere almeno in parte.

Ha trovato spazio nella stampa quotidiana la notizia secondo la quale l'Aams starebbe per assegnare, senza ulteriori oneri, nuove concessioni per *slot machines*⁷³. Nel 2011, la raccolta delle *slot machines* ha fruttato 42 miliardi di euro. Ad essa contribuiscono le piccole "new slot", disseminate in bar, tabaccherie, ecc., che consentono vincite fino a 100 euro, e le più grandi VLT, presenti in apposite sale, che permettono vincite fino a 500 mila euro. Queste seconde sono state introdotte con un decreto del 2010. Nel 2004, per far

⁷² S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR*, 2002, evidenzia come il passaggio dalla riserva seguita a concessione ha fatto incrementare enormemente quantità e qualità delle regole cui sono sottoposti i privati operanti nel mercato in precedenza riservato.

⁷³ Si cfr. M. Lillo, *Nuove licenze per le slot machine Un regalo ai "soliti" dieci concessionari*, in *Il Fatto quotidiano* 28 dicembre 2011, consultabile nelle pagine web del giornale.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

emergere il sommerso è stato affidato a dieci concessionari il compito di collegare le *slot* in rete con l'elaboratore centrale perché fosse controllato il rispetto delle regole. Queste dieci concessioni scadevano nel 2008, ma sono state prorogate gratis tre volte, fino ad aprile 2012. Anche le VLT sono state affidate ai dieci concessionari senza gara, nella misura (assai discrezionale) di 14 VLT ogni 100 slot piccole detenute dal singolo concessionario. Questo meccanismo permette agli *incumbent* di proiettare sul nuovo mercato, quello delle VLT, la quota detenuta nel vecchio. Lo scorso ottobre c'è stata una gara per nuove concessioni. I nuovi entranti sono stati solo tre perché il meccanismo privilegiava chi era già in possesso di concessioni. Peraltro, i *new entrants* hanno l'obbligo di creare la rete di piccole slot per vedersi assegnate le nuove e più remunerative VLT (sempre nella proporzione di 14 su 100). Tra altri, il motivo per il quale le VLT danno maggiori profitti è che su di esse il prelievo fiscale è del 4% (fino a poco fa era del 2%), mentre sulle vecchie slot è del 11,5%. La stima è che per 7 anni i concessionari incasseranno 1 miliardo di euro l'anno al netto delle tasse dalle VLT, e 600 milioni di euro dalle slot piccole. Nell'arco di durata delle concessioni, gli introiti potrebbero quindi superare i 12 miliardi di euro. A questa cifra vanno detratti i costi di gestione (affitto sale, manutenzione, personale, ecc.). Tuttavia, i ricavi per i concessionari rimangono assai elevati.

Lo Stato, titolare della riserva, starebbe concedendo questo lucrativo titolo abilitativo senza oneri ulteriori rispetto al Preu, attraverso una (pseudo) gara informata alla *grandfather's rule*. Inoltre, il sistema di accesso non è tale da dividere tra più imprese il mercato esistente, ma induce l'ampliamento del mercato, ossia la moltiplicazione delle slot tra piccole e grandi.

Quali interessi favorisce in concreto questo assetto giuridico? Dalle *slot machines* derivano entrate fiscali importanti. Tuttavia, il vero vantaggio è ottenuto dai beneficiari delle concessioni, specie i primi dieci. La riserva/concessione, in questo caso, ha raggiunto gli scopi che la giustificano? Primo, l'obiettivo di contenere il fenomeno, considerato con disfavore, non può dirsi realizzato: la diffusione delle slot si incrementa costantemente nel tempo. Secondo, l'obiettivo di impinguare le casse dell'erario si realizza ma solo in parte: le concessioni, che come visto valgono moltissimo, ma sono assegnate in cambio del solo Preu.

Questo assetto, come si anticipava *in nuce*, eleva il pericolo di cattura dell'amministrazione concedente da parte dei concessionari. Questi ottengono abilitazioni a condizioni finanziarie favorevoli e un assetto di mercato molto protetto (oligopolistico).

Quali i correttivi?

Obiettivo dello Stato dovrebbe essere limitare la diffusione delle *slot*

machines e, comunque, dalla loro installazione trarre il massimo introito possibile per l'erario. A ben vedere sono presenti tutti gli elementi che condizionano il rilascio ai privati di diritti individuali di sfruttamento di risorse scarse. I poteri pubblici predefiniscono, quindi limitano, le risorse da assegnare allo sfruttamento dei privati i quali dal loro impiego trarranno profitti anche ingenti. È il caso delle frequenze radio nella telefonia mobile⁷⁴, ma potrebbe essere lo stesso ad esempio per i diritti di installazione di una VLT. Se la domanda supera l'offerta – questa la circostanza fisiologica quando il diritto concesso è redditivo – i privati beneficiari sono selezionati con una procedura d'asta aperta trasparente e non discriminatoria. Lo Stato per il tramite dell'Aams riprende il pieno controllo del settore. L'accesso in esso avviene rispettoso dell'interesse privato alla tutela effettiva della parità di condizioni. L'erario incamererebbe risorse aggiuntive rispetto al Preu.

In altre parole, il regime che mutui, ad esempio da quello delle comunicazioni elettroniche, l'autorizzazione allo sfruttamento di risorse scarse, non scalfisce l'esigenza di una programmazione pubblica del settore necessaria perché innestata nella definizione delle politiche di entrata. Al contempo, però, tale regime introduce un freno all'estensione del fenomeno perché contrarrebbe il margine operativo degli operatori privati affidatari di compiti di gestione *core*, che sono i maggiori artefici del dilagare dei giochi e delle scommesse. Senza trascurare che le procedure d'asta oltre ad incrementare le risorse per lo Stato innalzerebbero le garanzie di non discriminazione.

10. Ragioni per un cambiamento

È proprio l'esperienza dell'ordinamento britannico che suggerisce il superamento della riserva seguita da concessione. Anche nel diritto inglese il gioco d'azzardo è vietato penalmente. Quello consentito è sottoposto a una regolazione condizionale valida *erga omnes*. La *Gambling Commission* elabora e pubblica le direttive che segnano le trasformazioni del *licensing*. Del resto, per quale ragione si vuole mantenere in vita un regime di riserva d'attività, se esso non è preordinato a limitare l'ammissione dei privati e a creare situazioni di monopolio guidate in modo pervasivo dai pubblici poteri?

Anche coll'affidamento concorsuale dei titoli abilitativi, l'influenza degli *incumbent* non pare attenuata in modo decisivo. È anzi l'ipertrofia delle

⁷⁴V. Zeno-Zencovich, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inform.*, 2002, 713 ss.

il regime giuridico dei giochi e delle scommesse

procedure di gara a suscitare perplessità. Le condizioni e i vincoli per i gestori dovrebbero essere stabiliti in sede generale (in fonti regolamentari dell'autorità di settore) e non prevalentemente nei bandi e nei capitolati di gara. Aumenterebbe la trasparenza, l'imparzialità, la certezza e la prevedibilità del quadro normativo. Inoltre, decrescerebbe la negoziazione occulta tra autorità amministrativa e privati divenendo più estrinseca la formazione delle regole⁷⁵. Ciò sulla falsariga dell'esperienza delle *public utilities* dove le autorità *ad hoc* forgiano e sviluppano previsioni condizionali cui sono sottoposte tutte le imprese⁷⁶.

Se l'accesso dei privati va limitato per motivi oggettivi, la gara è imprescindibile. Anche qui è però opportuno prendere spunto dai sistemi di attribuzione di risorse scarse pubbliche. Il meccanismo di asta è da preferirsi. Impingua meglio il gettito erariale. Può essere congegnato per ridurre i margini di redditività dell'attività⁷⁷, smorzando almeno in parte gli incentivi all'accesso nel settore e, quindi, il suo ampliamento.

Non può sottacersi che questa espansione costituisce un problema per i pubblici poteri. Rende, infatti, più complessa la tutela delle esigenze di ordine pubblico. Le cronache riferiscono di autorità inquirenti costrette a moltiplicare le inchieste sull'infiltrazione delle organizzazioni criminali nell'ambito in esame.

Da altra prospettiva, porre un limite al fenomeno pare desumibile dai principi e valori della Costituzione. Pur non immaginando la riesumazione dello Stato-pedagogo, i giochi e le scommesse stanno sempre più chiaramente assumendo i tratti di "tassa occulta", pagata in modo disomogeneo dalle classi sociali fuori da qualsiasi progressività. Potrebbe ben replicarsi che giocare o scommettere attiene al libero arbitrio soggettivo. Non per questo i pubblici poteri sono sollevati dalla responsabilità di scoraggiare condotte potenzialmente dannose per gli individui e per la collettività.

⁷⁵ S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; Id., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

⁷⁶ G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2006; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁷⁷ G. Napolitano, M. Abbrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009.

Abstract

Gaming and betting are a profitable business with a different legal regime in each EU country. In Italy, an individual administrative measure called “concessione” (licence) allows entry into market. In fact, the State has special and exclusive rights («riserva originaria di attività») whereby it can directly regulate gaming and betting or do it through private entities. This particular legal framework, which is typical of other public utilities, has been consolidating when public authorities wanted both to control and limit gaming and betting. The current scenery is quite different, with the tumultuous expansion of these activities under public authorities approval. As a matter of fact, private management has taken a central role. Indeed, the traditional legal regime is no more convenient: it does not permit an effective control of such activities, it does not maximize the income of the State, then, it favors the incumbents. Despite this, a deregulation to promote competition cannot be proposed. Strong law enforcement is still necessary to struggle against compulsive gambling or criminal organizations infiltration. A regulation creating conditions to maintain and strengthen public oversight, increasing transparency, and equalizing conditions within competition undertakings should be promoted.

GIOVANNA MARCHIANÒ

SUL GRADO DI INTERAZIONE TRA SISTEMA GIURIDICO
E SISTEMA ECONOMICO:
IL CASO DEL PROMOTORE NELLA FINANZA DI PROGETTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Approcci teorici tra sistema giuridico e sistema economico. – 3. Il metodo economico quale parametro dell'efficienza delle norme giuridiche. – 4. L'unitarietà del procedimento del *project financing* quale "programma negoziale". – 5. Il ruolo del promotore e il diritto di prelazione quale conseguenza di una strategia economica. – 6. L'incidenza del diritto di prelazione sul procedimento di selezione del progetto migliore.

1. Premessa

Il presente lavoro si pone come obiettivo l'individuazione dei motivi fattuali in base ai quali nel nostro Paese si è introdotto, successivamente modificandolo in modo schizofrenico, l'istituto della finanza di progetto, *rectius: project financing*, partendo da una prospettiva giuseconomica che consente di indagare sulle ricadute che tale istituto ha avuto ed ha sugli operatori pubblici e privati, nonché le modifiche apportate dal legislatore per un più coerente adeguamento del sistema normativo all'esigenze del mercato dei lavori pubblici¹.

¹ M. Rutigliano e L. Faccianciani, *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico-finanziario*, in *Riv. Dottori comm.*, 2012, 127. Gli autori rilevano che «per comprendere quale sia stata la diffusione delle operazioni di PPP si ritiene interessante far riferimento ai principali contenuti dello studio di Kappeler e Nemoz, i quali si sono proposti di analizzare quale sia stato l'andamento nel periodo 1990–2009 dei PPP nei Paesi dell'Unione europea. Fino al manifestarsi della crisi finanziaria, vi è stato un trend di crescita sia nel numero sia nel valore dei progetti conclusi; negli anni 2008 e 2009 si è invece verificato un declino causato principalmente dall'avvenuta sospensione o limitazione dei programmi di PPP da parte delle autorità pubbliche e dalle difficoltà incontrate nell'ottenere i prestiti necessari per finanziare i progetti. Nonostante la crescita che si è verificata, è tuttavia da rimarcare che attualmente nell'Unione Europea, la diffusione dei PPP è ancora estremamente limitata, rappresentando solo una ridotta quota degli investimenti pubblici totali (Commissione delle Comunità Europee, III, 2009)».

In questa prospettiva non si intende quindi, sviluppare un'analisi giuridica dell'intera tematica del *project*, bensì sottolineare quegli aspetti che più di altri sono espressione dell'interdipendenza tra diritto ed economia, come ad esempio il procedimento di selezione delle proposte e il ruolo del promotore.

A fronte delle motivazioni economiche che sono alla base del ricorso alla finanza di progetto da parte dei pubblici poteri, ovvero la ricerca di capitali privati per finanziare le opere pubbliche, questi ultimi devono dare assicurazione del dipanarsi di un percorso procedurale che garantisca il rispetto del principio della *par condicio* fra tutti gli operatori economici: il legislatore ha infatti il compito di ricercare una soluzione che rappresenti il punto di equilibrio tra le esigenze di approntare meccanismi economici finanziari e al contempo salvaguardare i principi che informano la materia della domanda pubblica e in definitiva del mercato².

La procedura in parola è stata modificata in modo organico, dal d.l. 11 settembre 2008, n. 152, laddove si propongono tre possibili modelli di selezione: una procedura ad iniziativa pubblica, con gara unica, previo bando e senza prelazione del promotore (art. 153, c. 1-14); una procedura ad iniziativa pubblica, a doppia gara, previo bando e con la prelazione, c.d. *bifase* (art. 153, c. 15) ed una procedura ad iniziativa privata, con doppia gara, previo avviso ed esito alternativo.

In ogni caso, si rammenti che l'istituto in esame non è riconducibile ai modelli di contrattualistica in senso tradizionale, trattandosi in verità di un diverso *modus* di realizzazione delle opere pubbliche e dei servizi che tuttavvia si modella nei "criteri di scelta" alla contrattualistica pubblica.

Si osservi che la caratteristica principale del procedimento in esame, è rintracciabile in un anticipato coinvolgimento degli operatori privati rispetto alle tradizionali procedure pubblicistiche; sia che sia stata operata la programmazione delle opere o servizi da parte della pubblica amministra-

² L'amministrazione inoltre nell'approntare un'opera pubblica subisce una asimmetria informativa, rispetto all'imprenditoria privata, perché sovente non ha il personale e gli strumenti per poter accedere correttamente alle informazioni sulle novità di carattere tecnico e sulle soluzioni innovative in merito alla realizzazione e al funzionamento delle oo.pp. D'altronde, per le stesse pubbliche amministrazioni, dotarsi di tecnici esterni o di commissioni tecniche che valutino le varie soluzioni risulta non conveniente da un punto di vista economico. Da qui l'interesse, alle forme di partenariato pubblico e privato in termini di acquisizione di innovazioni da parte dei committenti pubblici, proprio in riferimento ad una maggiore conoscenza delle più recenti soluzioni connesse agli interventi da realizzare da parte degli operatori privati.

il caso del promotore nella finanza di progetto

zione sia attraverso la possibilità dell'integrazione della stessa da parte della pubblica amministrazione³.

L'apporto degli operatori economici privati è, infatti, esteso sino a contribuire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione degli interventi. Ciò comporta che, a differenza dei contratti in generale, nell'ambito della finanza di progetto ogni stazione appaltante, *rectius* concedente, viene ad agire come una *authority*, esercitando tutta la discrezionalità che ad essa viene riconosciuta, anche nella scelta dell'intervento, e, quindi, delle proposte presentate dai privati.

Proprio per l'intrinseca natura dell'istituto in esame, l'analisi dello stesso attraverso canoni economici, risulta particolarmente rilevante, tenendo presente che, tale tipo di analisi, implica applicare al diritto parametri economicistici tra cui l'efficienza nell'allocazione delle risorse, l'equità nella distribuzione dei redditi e della ricchezza e le relazioni di queste con il mercato⁴. Tutti temi che possono essere assunti, per verificare l'efficienza delle disposizioni normative.

2. Approcci teorici tra sistema giuridico e sistema economico

Prima di procedere ad una analisi del ruolo del promotore, nell'ambito della finanza di progetto, appare opportuna, sia pure nei limiti del presente lavoro, una disamina dei rapporti fra *diritto* ed *economia*, che riporta all'annosa questione relativa all'utilizzazione del metodo economico⁵ sul dato

³ M. Ricchi, *App. e lav. pubbl.* 2008, 1390; si veda dello stesso autore, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllori equità*, in *Atti del convegno: strumenti di finanza innovativa negli enti locali*, Roma, 8 maggio 2006. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 37.

⁴ Non si può in questa sede richiamare la vasta letteratura formatasi sul punto. Ci si limita pertanto, in linea generale a G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2006, 299 ss. Si rinvia altresì a F. Denozza *Norme efficienti*, Milano, Giuffrè, 2002, 102.

⁵ In via di massima approssimazione, «per l'analisi economica del diritto, che ragiona a ritroso e con metodo induttivo, il punto di partenza non è costituito, come invece per la scienza giuridica tradizionale, dalle fonti del diritto, le quali, in possesso dei loro caratteri formali previsti dall'ordinamento, producono appunto le norme giuridiche. Il punto di partenza è costituito proprio dall'effettività: contenuto e forma delle fonti del diritto dipenderebbero dalla loro idoneità a raggiungere concretamente gli obiettivi che esse si pongono [...]». Purtuttavia occorre tener presente che l'efficienza della regola giuridica è rappresentata dalla massimizzazione del benessere complessivo da parte dei soggetti che la applicano. «In altre parole, l'analisi economica del diritto deve innanzitutto rispondere al quesito se la

giuridico, non solo per gli atti di natura civilistica, ma anche gli atti amministrativi che incidono direttamente sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

È noto che l'applicazione degli studi economici alle materie pubblicistiche si è sviluppata soprattutto in quest'ultimo periodo, pur nella consapevolezza che nel campo del diritto pubblico, più che negli altri, il ricorso all'analisi economica sovente rimane vittima di preconcetti o si ferma alla definizione di modelli astratti. Viceversa, proprio nel settore del diritto pubblico, essa può offrire una rilevante chiave di lettura del sistema giuridico, sia per gli effetti interpretativi della norma, sia per gli effetti di natura prescrittiva⁶. Quand'anche si volesse aderire alla critica sul ricorso a tale tipo di analisi nell'ambito del diritto pubblico – critica che sostanzialmente si basa sul fatto che nel diritto pubblico si può avere un “dominio di valori” che non può essere scalfito da considerazioni utilitaristiche – tuttavia, è indubbio che attraverso l'utilizzo di tale metodo si possa garantire un intervento da parte dei pubblici poteri efficacemente correttivo dei fallimenti del mercato.

Il vero è che dall'impiego del metodo in questione, possono scaturire soluzioni giuridiche in ambito amministrativo «solo se gli effetti di tali soluzioni sono disponibili da parte dei soggetti che agiscono nel mercato»⁷.

norma in esame sia efficace, ovvero se sia in grado di raggiungere gli obiettivi per cui è posta, secondo le procedure collettive di scelta, i cui principi sono fissati a livello costituzionale [...]. L'errore metodologico in cui si rischia di incorrere [...] è quello di scambiare lo strumento (la nozione di efficienza) utilizzato come modalità per il raggiungimento di un certo obiettivo (la redistribuzione, la riduzione degli incentivi [...]) con il fine stesso delle norme poste per realizzarlo», in G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 184-185. Per un quadro riassuntivo dell'analisi economica applicata al diritto pubblico si rinvia a G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 299 ss.; F. Fracchia, *Il diritto dell'economia alla ricerca del suo spazio nell'era della globalizzazione* in *Dir. ec.*, I, 2012, 12 ss.

⁶ S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010, 20-23. Si veda come l'A. abbia proposto una lettura critica circa l'adesione incondizionata all'analisi economica del diritto, che considera i destinatari della norma giuridica, come agenti economici dinamici, che formulano strategie, che agiscono sulla base di aspettative relative al comportamento dei soggetti con cui interagiscono, con la conseguenza che l'orientamento giuridico diventa uno dei dati del gioco che si svolge tra gli agenti.

⁷ F. Merusi, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 434; ove, dopo aver illustrato le differenze tra la Scuola di Chicago (Coase) e la Scuola di Yale (Calabresi) l'A. così rileva: «cambia il presupposto o, se si vuole, l'oggetto della ricerca (non la concorrenza ipostatizzata degli economisti classici, ma un mercato reale), ma il metodo analitico in cui gli istituti giuridici sono studiati per i loro effetti economici rimane lo stesso o meglio, per essere accademicamente più precisi, i due metodi si sono sviluppati (e hanno

il caso del promotore nella finanza di progetto

Gli studi economici del diritto si concentrano sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali⁸. In altre parole il testo del dato giuridico non può più prescindere dal suo contesto, talché il sistema del diritto non può non «interferire» con le altre regole, siano esse economiche, sociali, politiche, la cui influenza risulta in verità decisiva nell'applicazione del dato normativo: così i precetti giuridici devono essere esaminati per la loro congruenza con la funzione⁹, atteso che, come osservato da Hayek, «non può esservi una scienza del diritto che sia una scienza delle sole norme e non tenga conto dell'ordine dei fatti ai quali essa tende»¹⁰.

avuto poi proseliti) parallelamente [...] Dall'analisi economica del diritto cioè dalla dimostrazione della maggior efficacia di determinati istituti giuridici o dal miglior effetto redistributivo di determinate soluzioni giuridiche, possono anche derivare soluzioni operative, cioè soluzioni giuridiche, ma solo se gli effetti di tale soluzione sono disponibili da parte dei soggetti che agiscono sul mercato». Si rinvia altresì al saggio *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 7 ss. R.H. Coase, sottolineava che l'analisi economica viene a creare un ponte tra diritto ed economia: «là dove i costi di scambio sul mercato siano pari a zero l'assegnazione iniziale dei diritti di proprietà e di uso è irrilevante dal punto di vista dell'efficienza perché, ove tale assegnazione iniziale risulti insufficiente, le parti la modificheranno concludendo un accordo correttivo». (*La struttura istituzionale della produzione*, 1991, ora in R.H. Coase, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 1955, 337). Quanto ai metodi per raggiungere una riduzione dei costi, G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 1986. Un esame relativo allo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico) nonché per un esame delle esternalizzazione (trasferimenti su altri) di costi o benefici, S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2006, 597.

⁸ Il tema del diritto come sistema sociale cognitivamente aperto, autopoliticamente chiuso è di N. Luhmann e R. De Giorgi, *Teoria della società*, VIII, Milano, Franco Angeli, 1996, 9-60; 247-260. N. Luhmann, *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, 35-101, 169-242.

⁹ G. Napolitano e M. Abrescia, *op. cit.*, 187. Si è osservato che partendo da tale prospettiva non rileva il fatto che le regole, ad esempio etiche o derivanti da precetti religiosi, siano costituite in maggior parte da doveri, quanto piuttosto il fatto che esse incidano sulla intenzione dei soggetti agenti, mirando ad obiettivi trascendenti quali la perfezione dell'individuo o la salvezza dell'anima. Se ed in quanto interferiscano con le norme giuridiche, intese come quelle norme che riguardano le sole azioni rilevanti per la disciplina di una data organizzazione sociale, [...], questi precetti ulteriori costituiscono fattori da considerare nel prevedere il comportamento dei soggetti di diritto. Delle trattazioni sistematiche dell'analisi economica del diritto si rinvia, oltre a quella di F. Denozza, *op. cit.*, quelle di R. Posner, esponente di spicco della scuola di Chicago, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston-Toronto, 1986; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e R. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999; L.A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003; D.D. Friedman in, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.

¹⁰ F.A. Von Hayek, *Droit, législation et liberté*, I, *Règles et ordre*, tr. fr.; R. Andomin, Paris,

Si deve porre come obiettivo quello di comporre l'ordine legale con l'ordine fattuale, giungendo a considerare le norme come un sistema in continuo movimento¹¹. In tal modo le disposizioni giuridiche non vengano interpretate solo per ciò che esse “dicono”; viceversa, si deve considerare il “precetto” giuridico come un insieme di incentivi rivolti ai consociati affinché adottino un comportamento positivo o negativo.

In questa prospettiva, l'adeguatezza dei precetti giuridici non può misurarsi sulla base di astratti criteri di giustizia sociale, dovendo invece rispondere a criteri di efficacia delle norme nel cogliere l'obiettivo da esse posto. È in questa premessa che gli studi economici mostrano la loro utilità e non piuttosto il loro limite, come da taluni osservato¹².

Occorre sottolineare, a tal proposito, come proprio in particolare per la disciplina degli appalti, stante il rilievo dell'efficienza delle procedure e l'effetto “economico” che la contrattualistica pubblica riverbera sul mercato, l'analisi economica di tali procedure ha l'indubbio compito e valore di aiu-

Puf, 1983, 137 e 127 (di quest'opera c'è anche una traduzione italiana, *Legge, legislazioni e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986, 365 ss.).

¹¹ In generale sul ruolo necessario dell'intervento pubblico, si veda G. Corso, *Attività amministrativa e mercato* in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss; G. Minda, *Teorie post-moderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2002, 141; S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 341; F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 380 e 384. S. Ambrosino, *La struttura delle rivoluzioni economiche. Profili generali*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2010, Suppl. n. 3, 3.

¹² M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Saresi*, XVIII, 1940, 133 ss., ripubblicato in *Quad. fior.*, 1973, 179 ss. (la citazione è a p. 88 dell'estr. da Studi Saresi). S. Cassese, *Il sorriso del gatto [...], op. cit.*, 16. «Se, dunque il giurista deve impadronirsi con maggior sicurezza degli approcci e delle tecniche sperimentati dagli studi del diritto compiuti da non giuristi, uscendo dal chiuso del proprio metodo, quali sono, in particolare, i più significativi di tali approcci e tecniche? Il primo insegnamento che viene da tali studi è quello di tenere un atteggiamento meno deferente verso la disposizione normativa [...]. Il secondo insegnamento che viene dagli studi non giuridici del diritto è quello di concentrarsi (anche) sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali. Non bisogna solo chiedersi se le norme rispondono a certi requisiti formali (ad esempio, al metro costituzionale) ma anche se riescano ad adempiere le funzioni che si è voluto e si vuole assegnare ad esse. Un'analisi della funzionalità economica delle norme, e dei sistemi giuridici in generale, comporta, ad esempio, una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione o distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazione (trasferimenti su altri) di costi o benefici. Infine, essa comporta di essere attenti alla alternativa tra proibizione (prevenzione specifica attraverso un meccanismo di sanzioni) e disincentivo (prevenzione generale, attraverso il meccanismo del mercato, consistente nel rendere più o meno costoso un bene o una attività)».

il caso del promotore nella finanza di progetto

tare a trovare la soluzione più efficiente per il mercato ma anche la soluzione legittima per il giudice amministrativo¹³.

Il metodo di proiezione economica della norma diventa così componente essenziale del parametro di legittimità dell'atto amministrativo cosicché il giudice, nel valutare la legittimità di un provvedimento, non può non rifarsi alla “diagnosi economica” desumibile dallo stesso atto, rispetto al fine che si vuole conseguire. Il giudice quindi, valuta il solo nucleo di legittimità dell'atto non anche il merito, in quanto il profilo economico è da considerarsi elemento essenziale dell'atto amministrativo¹⁴.

Alla luce di quanto fin qui detto, proprio la disciplina della *finanza di progetto*, permeata non tanto e non solo da regole “di valore”, quanto piuttosto dall'idoneità delle procedure a perseguire l'obiettivo che si intende cogliere, si pone come espressione della compresenza dei due aspetti della analisi, quello giuridico e quello economico.

Il punto di partenza di ogni riflessione sul tema diventa la presa di coscienza di come il giurista, soprattutto nel rapporto pubblica amministrazione-operatore privato, non possa più chiedersi soltanto se le norme ri-

¹³ F. Merusi, *op. loc. cit.* Si aderisce alla tesi prospettata da Merusi, *op. cit.*, 438, il quale così rileva «così le aperture tipiche del diritto amministrativo nel sindacato di legittimità: al di là dell'analisi economica del contenuto del singolo provvedimento rileva se esso persegue o raggiunge il fine di rendere il mercato concorrenziale, con la conseguenza che se le finalità e gli effetti sono meramente dirigistici (magari per correggere precedenti errori di regolamentazione) il provvedimento può essere censurato per eccesso di potere, per sviamento. Da tempo vado predicando che nella regolamentazione si intravede una nuova fruttuosa stagione per lo sviamento, a condizione naturalmente che gli amministrativisti ricostruiscono analiticamente, con gli strumenti dell'analisi economica, le singole situazioni e i giudici, come già sta accadendo, si abituino all'analisi economica non solo micro (riferita al contenuto del solo atto) ma anche macro (riferita agli effetti concorrenziali sul mercato)».

¹⁴ F. Merusi, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, cit., 436. L'A. dopo aver sottolineato come dall'analisi economica del diritto, cioè dalla dimostrazione della maggiore efficacia di determinati istituti giuridici o del migliore effetto redistributivo di determinate situazioni giuridiche, rileva come possono derivare diverse soluzioni giuridiche sia pure solo se gli effetti di tale soluzione siano disponibili da parte dei soggetti che agiscono sul mercato. Il che si verifica sicuramente nel diritto privato ma anche nel diritto amministrativo lì dove sia possibile individuare spazi di disponibilità. Ciò può accadere nel diritto privato ma anche nel diritto amministrativo in quanto anche nel diritto amministrativo possono rinvenirsi spazi di disponibilità soprattutto per gli istituti di diritto comune nel settore della responsabilità della pubblica amministrazione e nel settore della contrattualistica pubblica. «Lo stesso dicasi per la contrattualistica pubblica, in particolare per la disciplina degli appalti, per la quale ha un'importanza decisiva l'efficienza delle procedure e l'effetto economico sul mercato dello Stato contraente. L'analisi economica di tali procedure non solo può aiutare a trovare la soluzione più efficiente per il mercato, ma anche la soluzione legittima per il giudice amministrativo».

spondano a certi requisiti formali, quanto piuttosto se esse riescano ad adempiere la funzione che si è voluto loro assegnare¹⁵.

Invero un approccio economico aiuta il giurista e ancora prima il legislatore, da un lato, a prevedere i comportamenti degli operatori economici e, dall'altro, a capire quali siano i "costi" dei diversi assetti giuridici, al fine di soddisfare l'interesse primario della collettività¹⁶.

3. Il metodo economico quale parametro dell'efficienza delle norme giuridiche

A ben vedere, la conoscenza della "realtà regolamentata" diventa condizione imprescindibile perché il giurista possa svolgere la sua attività di in-

¹⁵ S. Cassese, *op. ult. cit.*, 5-7. In tal senso l'approccio economico delineato da Friedman fornisce uno strumento utile al fine di valutare le norme giuridiche sulla base della loro efficacia nel raggiungere un dato obiettivo e, nello stesso tempo, consente, in sede interpretativa, di dedurre quale sia l'obiettivo reale che la norma, di fatto, persegue. A.M. Petroni, *L'analisi economica del federalismo e la sua applicazione alla struttura costituzionale dell'Unione europea*, in *Modelli giuridici ed economici per la costituzione europea*, a cura di A.M. Petroni, Bologna, Il Mulino, 2001, 193; L. A. Franzoni, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., 15; D.D. Friedman, *L'ordine del diritto*, cit.

¹⁶ Tutto ciò ha comportato e comporta, l'evocazione della c.d. "teoria dei giochi", un linguaggio dotato di formule matematiche, per studiare i contesti in cui più soggetti interagiscono scegliendo strategie. In linea di estrema sintesi, si osservi come la teoria dei giochi, come noto, assume come oggetto di indagine le decisioni individuali prese in situazioni in cui vi sono interazioni fra i diversi soggetti, in modo tale che la decisione dell'uno influisca sui risultati conseguibili dall'altro, secondo un meccanismo di reazione anticipata, dato dalla previsione del comportamento altrui. In questo quadro, il ruolo delle norme è quello di influenzare il comportamento dei giocatori, tenendo conto delle scelte strategiche che si porrebbero in assenza di regole e cercando di favorire tramite il diritto il prevalere di condotte cooperative. F. Merusi, *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 430. Osserva l'A. «nei modelli matematici della teoria dei giochi si adotta l'ipotesi che i giocatori seguano una condotta razionale, cioè che sappiano selezionare le strategie migliori per il raggiungimento di un determinato risultato[...] L'esito del gioco dipende in maniera decisiva dalle ipotesi che riguardano la conoscenza che si ritiene i giocatori abbiano del gioco, la convenienza e la possibilità di stringere rapporti fra loro, nonché lo svolgimento del gioco nell'arco del tempo[...] I modelli matematici della teoria dei giochi, riferibili a decisioni interattive, trovano applicazione nella ricerca operativa in generale, nell'economia, nella strategia militare e, potenzialmente, in tutte le scienze sociali». È evidente che nel diritto amministrativo le prime applicazioni alle quali uno pensa sono le decisioni discrezionali, cioè aperte in maniera più o meno diversificata, ma comunque prevedibili e perciò predeterminabili alle interrelazioni con gli altri giocatori.

il caso del promotore nella finanza di progetto

interpretazione delle norme prevedendone gli effetti. Se i pubblici poteri devono, *motu proprio*, agire per fini pubblici, le forme di regolamentazione che da essi scaturiscono devono adattarsi il più possibile al dato fattuale: ovvero, l'intervento dei pubblici poteri, nel momento regolatore, deve garantire il c.d. minimo sacrificio della collettività, in modo che risulti compatibile con il raggiungimento del massimo interesse generale. L'analisi di tale compatibilità non può prescindere da canoni di natura economica anche qualora l'intervento regolatore sia rappresentato da una norma pubblicistica, salvo che non si tratti di una norma di principio. È su questa linea che si sviluppa la c.d. tecnica del bilanciamento quale verifica della ragionevolezza sui mezzi e sui fini delle decisioni assunte. Così il ricorso al metodo economico si giustifica alla luce del fatto che esso guida "il decisore pubblico" verso l'introduzione, nell'ordinamento, di norme che aumentino il benessere del maggior numero di soggetti, o che raggiungano i propri obiettivi con il minore costo sociale¹⁷.

Il nodo da sciogliere, nell'utilizzo dell'analisi economica del diritto, se si vuole, attiene allora ai limiti dell'applicazione alla norma giuridica del c.d. criterio consequenzialista ("*consequentialist argument*"), vale a dire il criterio in base al quale, per interpretare la norma, occorre fare riferimento alle conseguenze delle diverse soluzioni interpretative ("*argomentazione orientata alle conseguenze*")¹⁸ del metodo di analisi tra diritto ed economia¹⁹.

¹⁷ Sotto questo profilo si richiama la teoria economica dell'*ottimo paretiano* che invoca il necessario bilanciamento tra gli interessi in gioco, al fine di evitare il maggior reciproco sacrificio. F. Galgano, *Diritto dell'economia*, in *Enc. giur.*, XI, 1989. «Espressione del primo atteggiamento è la tesi che ritiene come la legge si ponga rispetto al mercato non come la forma di un contenuto economico a se stante, bensì come componente essenziale di esso». A. Gambaro, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in G. Alpa, P. Chiassoni A. Pericu, F. Pultini, S. Rodotà e F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, 461-462. Si veda anche P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pultini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di) *Analisi economica del diritto privato*, cit., 507-508.

¹⁸ L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss.; si rinvia altresì alla raccolta di saggi di questo autore, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 91 ss. L'A. si è approcciato in un confronto con le posizioni di Gadamer, Karl-Otto Apel e Habermas, sicuramente tra le più autorevoli per aver dato un'impronta determinante al dibattito sull'ermeneutica giuridica e sul suo contributo nel produrre la concretezza del diritto. Dell'impostazione gadameriana Mengoni condivide, anzitutto, la premessa secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata "pre-comprensione".

¹⁹ Al riguardo, di fronte al rapporto fra diritto ed economie, nei giuristi, si tende ad isolare due atteggiamenti che si riflettono sul metodo impiegato per l'interpretazione delle

In linea di estrema sintesi, si deve osservare come anche i cultori del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare, focalizzando la loro attenzione sul “*procedimento amministrativo*”, si sono posti il quesito di quali siano le condizioni di un giusto procedimento, non solo con riguardo alle tematiche più strettamente giuridiche, bensì anche e soprattutto all’efficienza allocativa delle risorse. Ecco che la teoria espressa da Pareto, relativa all’identificazione e al raggiungimento dell’“*ottimo*”, può offrire, a tutt’oggi, una chiave di lettura non solo in riferimento all’istituto *ex se* ma anche al procedimento da seguire per l’assunzione dell’atto amministrativo²⁰.

Nel rapporto tra amministrazione e privato cittadino, la ricerca dell’“*ottimo paretiano*” può servire a raccogliere i dati necessari perché l’atto raggiunga i fini di carattere generale, senza con ciò vanificare le posizioni giuridiche di cui è titolare il privato cittadino: una volta individuata la soluzione che massimizzi gli utili (latamente intesi) al netto dei costi, bisognerebbe rimettere i risultati al soggetto pubblico chiamato alla decisione finale, affinché li valuti e li contemperi con tutti quegli altri elementi che inevitabilmente influiranno sulla decisione ultima²¹. Col che si dimostra come la

norme: da una parte, vi è chi tende ad *enfaticizzare il ruolo del diritto* e la sua capacità di conformare a sé la realtà economica, ed è portato, conseguentemente, a privilegiare un’interpretazione ispirata a criteri logici e sistematici, tratti dal sistema giuridico; dall’altra, vi è chi ritiene che in materia economica il diritto abbia il compito di *orientare e regolamentare un’attività* che risponde ad una propria logica ed è portato, conseguentemente, a *prestare attenzione alle interazioni fra diritto ed economia*.

²⁰ Si rammenti che per Pareto un sistema è efficiente quando è possibile aumentare il benessere di un individuo senza diminuire il benessere di qualcun altro: finché tale situazione di efficienza non è raggiunta sarà sempre possibile un “*miglioramento paretiano*”, ovvero sarà possibile migliorare la situazione di un soggetto senza che questa sia assunta in spregio ad altri.

²¹ P. Chiassoni, *L’analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pultini, S. Rodotà e F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, cit., 507-508, «Non si può negare che la crisi finanziaria globale del 2008 abbia segnato un evidente ridimensionamento degli orientamenti più fiduciosi nelle capacità di autoregolazione del mercato. Per questi motivi si invita ad una riflessione sulla utilità che il giurista potrebbe ricavare dall’adozione del metodo dell’analisi economica del diritto, nell’elaborazione di soluzioni giuridiche che potrebbe suggerire, o nella previsione degli effetti delle regole giuridiche, con strumenti come l’analisi costi-benefici, senza alcuna pretesa circa l’assolutezza delle soluzioni medesime». P. Chiassoni, R. Posner, *Pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. Zanetti (a cura di) *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, 187. G.F. Ferrari, *Il diritto pubblico dell’economia oggetto, metodi ed evoluzione storica*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2010, 15.

il caso del promotore nella finanza di progetto

tecnica del bilanciamento rappresenti o dovrebbe rappresentare il fulcro di ogni decisione pubblica²².

Gli strumenti che risultano necessari nella ricerca dell'efficienza della norma sono molteplici, ma quello prioritario si concentra sullo scambio fra i soggetti interessati, ovvero sulle transazioni (secondo la terminologia anglosassone)²³. Il compito del diritto nei rapporti tra amministrazione e cittadino (se si vuole operatori pubblici e operatori privati) diventa quindi anche quello di facilitare le transazioni abbattendo, per quanto possibile, i relativi costi²⁴.

²² Infatti «l'analisi economica del diritto ha agevolato la riflessione sul ruolo del mercato nel mondo del diritto, sulle tecniche di interpretazione delle norme, sulla progettazione di nuovi interventi legislativi e regolamentari; soprattutto, ha indotto il giurista a considerare il substrato economico come un fattore indefettibile della legislazione e della applicazione della legge»; G. Alpa, Prefazione, in G. Alpa, P. Chiassoni, *op. cit.*, IX. G. Napolitano, *Analisi Economica del diritto pubblico*, cit., 302.

²³ R.H. Coase, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, 1 ss., riprodotto nel volume di R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1988, 95 ss. Non a caso l'idea di fondo sostenuta nel saggio di Ronald Coase, *Il problema del costo sociale*, che ha creato le basi dell'analisi economica del diritto, è dimostrare che, una volta definiti chiaramente i diritti di proprietà sulle risorse, la contrattazione fra i soggetti interessati alle risorse porti alla soluzione più efficiente, all'equilibrio sociale, indipendentemente dal modo in cui i diritti sono assegnati, purché i diritti siano liberamente trasferibili e i costi di transazione siano trascurabili. Tale saggio pone così quello che è uno dei problemi più importanti con cui l'analisi economica del diritto si deve misurare: quello dei costi di transazione, vale a dire dei fatti che ostacolano la stipulazione di transazioni, rendendo difficile ai soggetti di sapere quali contratti, a quali condizioni e con quali soggetti stipulare per soddisfare nel modo migliore i propri bisogni; ostacoli che vengono ricondotti principalmente alle categorie della "limitata razionalità" dell'"opportunismo". S. Holmes, R. Cass Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000. Diritti quali il diritto di proprietà, la libertà contrattuale, i diritti della persona, le libertà fondamentali dell'individuo non si realizzano ad opera esclusivamente del loro titolare ma dipendono dalla cooperazione della comunità. Dunque senza la protezione fornita dalla comunità quei diritti resterebbero diritti di carta, in altre parole le libertà dell'individuo sono anche un valore pubblico.

²⁴ Si vedano sul punto le interessanti considerazioni di F. Denozza, *op.cit.*, 38 ss. Appare difficile negare che la legge non persegue solo fini di efficienza allocativa, ma anche in misura maggiore o minore finalità di equità, cioè la legge non persegue solo lo scopo di aumentare le risorse disponibili, aumentando le dimensioni della torta, ma anche quello di redistribuire le risorse disponibili fra i consociati. Il che avviene anche nel diritto privato in particolare tutte le volte che la legge si propone di proteggere il soggetto più debole: si pensi come caso limite al regime delle locazioni. Di fronte a questa realtà i cultori dell'analisi economica del diritto hanno assunto atteggiamenti assai differenziati e contrastanti. Tutti concordano che nell'analisi delle norme si debbano tenere distinti gli effetti riguardanti l'effi-

Da tempo ci si interroga sull’impatto che anche “i costi amministrativi”, indubbiamente rilevanti, hanno sul mercato²⁵; in questo quadro, non va dimenticato che i pubblici poteri intervengono sul sistema economico per sanare il fallimento del mercato, così che la regolamentazione viene ad avere ad oggetto il contenuto, o il risultato economico, previsto dagli strumenti giuridici.

Il fallimento del mercato, come noto, giustifica l’intervento dello Stato che, in una prospettiva economica, risulta essere il soggetto che ha il potere di vietare, obbligare, incentivare o disincentivare i comportamenti degli

cienza da quelli distributivi. Ma, mentre una parte dei cultori della materia si accontenta di ciò, la parte maggioritaria ritiene che il diritto privato non debba occuparsi di finalità distributive o perché le soluzioni efficienti sarebbero (per lo più) anche le più eque e/o perché tale compito dovrebbe essere assolto con gli strumenti offerti da particolari rami del diritto e in particolare dal diritto tributario. D. Friedman, *op. cit.*, 51 ss.; L.A. Franzoni, *op. cit.*, 27 ss. Le due posizioni vengono usualmente ricondotte alle due principali scuole o correnti di pensiero che si sono formate all’interno della disciplina: la scuola di Chicago, il cui esponente più noto e radicale è R. Posner nel segno di una radicale critica alle forme di intervento pubblico e di una fiducia nelle naturali capacità di autoregolazione del mercato. Sul punto vedi R.A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1981. Il nucleo essenziale della questione non è sapere cosa bisogna fare col diritto, bensì interpretare il diritto come ci viene dato dalle fonti alla luce degli effetti che sarà in grado di produrre. Ciò ha condotto ad approfondire gli istituti fondamentali del diritto comune, quali il contratto e la proprietà, intesi come pilastri della concezione capitalistica della giustizia e la scuola di Yale, il cui esponente più noto è G. Calabresi la quale si caratterizza, invece, per l’attenzione riservata ai profili di equità, accanto a quelli di mera efficienza, che emergono soprattutto nello studio della responsabilità e dell’assicurazione come strumenti connessi o alternativi alla regolamentazione amministrativa. L’efficienza diviene fine e il diritto strumento per correggere i fallimenti del mercato. Per un quadro generale sulle diverse impostazioni si rinvia a G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 299 ss.

²⁵ Un’interessante applicazione dell’impatto della regolamentazione dei costi e dei benefici sugli studi di analisi economica del diritto sembra essere il progetto dello *Standard Cost Model*, il quale si propone di misurare “oggettivamente” gli oneri amministrativi a carico delle imprese, ovvero gli oneri connessi con la comunicazione da parte delle imprese di informazioni alla P.A. o a soggetti terzi. Questa metodologia è stata elaborata ed applicata con sistematicità nei Paesi Bassi. Essa prevede in prima battuta l’identificazione di oneri informativi a carico delle imprese contenuti nei diversi atti regolamentari. Successivamente l’onere informativo viene tradotto in una serie di attività amministrative. Di seguito la procedura prevede la stima, attraverso un’indagine sul campo, del tempo necessario ad una impresa-tipo per effettuare ogni singola attività amministrativa. Solo dopo il metodo perviene ad una stima dell’onere amministrativo attraverso l’applicazione del costo del lavoro al tempo stimato per ogni attività con l’aggiunta eventuale dei costi aggiuntivi connessi all’uso di strutture e strumentazioni diverse. Un prezioso contributo è dato da G. Coco, *La misurazione degli oneri amministrativi tramite Standard Cost Model*, 5, in www.partitodemocraticoveneto.org/public/documenti/oss_fed/14COCO_misurazioneOneriAmm.vi.

il caso del promotore nella finanza di progetto

operatori economici, in funzione degli interessi che di volta in volta si intendono perseguire²⁶.

L'approccio in esame si mostra utile strumento per l'analisi della regolamentazione del mercato, proprio alla luce del rapporto tra *costi* e *benefici*²⁷,

²⁶ F. Merusi, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, op. cit., 346. L'A. rileva come, ora che i provvedimenti amministrativi sono sostituibili con contratti di diritto pubblico, la sostituibilità non può essere guidata dall'arbitrio, ma giustificata da motivi di opportunità risultanti da un'analisi economica delle possibili soluzioni. «E qui, nella teoria dei giochi, l'analisi del diritto può venire in rilievo come componente per determinare la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale». Si veda altresì E. Cassese, *Introduzione all'analisi economica del diritto e alla teoria della regolazione amministrativa*, 6. Le conseguenze che ne derivano, in termini di eccesso di carichi "regolativi" (*regulatory cost*) e di complessità degli adempimenti burocratici (*compliance cost*) costituiscono fattori negativi, ai fini della competitività dei sistemi economici e dello sviluppo sociale. La misurazione e riduzione degli oneri amministrativi è quindi una delle attività prioritarie di cooperazione dei Paesi europei". Si veda l'articolo di G. Tremonti, *Troppe leggi (spesso sbagliate). È questa la tirannia da abbattere*, in *www.corriere.it*, 12.01.2011, dove si legge «non ci sono reali alternative: la cappa delle regole che pesa sull'economia, una cappa che è cresciuta a dismisura negli ultimi tre decenni, e aggrovigliata nella moltiplicazione delle competenze [...] è ormai divenuta tanto soffocante da creare un nuovo medioevo. Dietro la follia regolatoria c'è in specie qualcosa che in realtà va nel profondo dell'antropologia culturale: una visione dell'uomo che è o negativa o riduttiva». Pur tuttavia, può apparire che la misurazione degli oneri da regolamentazione sia solo una parte, sia pur molto rilevante, di una completa analisi costi-benefici dell'impatto della regolamentazione. In questa visuale la prima difficoltà che l'uso dello *Standard Cost Model* pone, riguarda invero la propria utilità a fronte di strumenti che dovrebbero contemplare, al loro interno, anche una valutazione degli oneri amministrativi. Infatti, se da un lato, lo *Standard Cost Model* ha il pregio di consentire una comparazione immediata degli oneri amministrativi da regolamentazione a carico delle imprese tra differenti ambiti regolamentari e soprattutto in contesti (nazionali) diversi, dall'altro problemi emergono nel caso in cui attraverso tale strumento si voglia surrogare una completa analisi di impatto della regolamentazione. La mancata considerazione del lato dei benefici (e di una classi di costi) potrebbe essere fuorviante.

²⁷ F. Denozza, *op. cit.*, 11. Tale possibilità esiste se e nella misura in cui nell'interpretazione della legge è legittimo tenere conto delle conseguenze di più soluzioni normative consentite dai metodi interpretativi per preferire quella che risulta essere più efficiente. la risposta è cautamente affermativa: come ha detto F. Denozza, «là dove sono possibili più interpretazioni della stessa norma [...] l'analisi economica si configura come uno degli strumenti che l'interprete può utilizzare allorché compie, e motiva, la sua scelta in favore dell'una o dell'altra possibile interpretazione». O meglio, se e nella misura in cui l'interpretazione della norma condotta con gli argomenti letterali, logici e sistematici consente di ritenere che la norma persegue (anche) lo scopo dell'efficienza, è legittimo preferire fra le varie soluzioni normative ricavabili dalla norma, quella che risulta essere la più efficiente. Ciò significa che, come dice Mengoni «l'argomento pragmatico tratto dalle conseguenze immediate è risolutivo solo se può essere trasformato in una giustificazione in base a principi, ossia in un argomento sistemico». Insomma, «andrà pur sempre verificata la compatibilità dell'interpretazione in questione con le indicazioni ricavabili dalla lettera della legge, dai principi generali o dalla dogmatica tradizionale».

trovando così un proprio campo di applicazione anche nelle materie di natura pubblicistica, laddove sia avvertita l'esigenza di una valutazione dei comportamenti degli operatori rispetto agli obiettivi da raggiungere²⁸.

4. L'unitarietà del procedimento del *project financing* quale "programma negoziale"

L'applicazione del metodo economico si rinviene altresì nel settore del diritto pubblico laddove, da un'amministrazione su atti, si è passati ad un'amministrazione per obiettivi, nella quale il *focus* della norma è volto non tanto a disciplinare i rapporti tra due soggetti, l'uno pubblico l'altro privato, quanto piuttosto a regolare contratti di matrice pubblicistica. L'istituto del *project financing* ne è l'esempio, perché risponde a tecniche di finanziamento di un'opera pubblica (dunque *extra* giuridiche) pur utilizzando modelli procedurali pubblicistici (dunque strumenti propriamente giuridici).

Le modalità operative del *project financing*, secondo uno degli schemi più in uso (il c.d. *Bot Build Operate Transfer* di derivazione anglosassone), prevedono infatti che l'operatore privato si assuma il compito di realizzare l'opera e di gestirla nel corso del periodo di concessione, sfruttandola eco-

²⁸ G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven-London, 1970, e in *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economica-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975. L'A. rinvia al caso della normativa *antitrust* che almeno nel diritto europeo e nazionale si articola sostanzialmente in due divieti, il divieto delle intese che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza e il divieto dell'abuso di una posizione dominante, e nel controllo delle operazioni di concentrazione per impedire che esse comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato rilevante. Ed infatti in questa materia l'analisi economica del diritto e in particolare quella facente capo alla scuola di Chicago ha potuto elaborare criteri di valutazione delle intese e delle pratiche abusive basate rigorosamente sul paradigma dell'efficienza allocativa. Un altro campo in cui l'analisi economica del diritto ha potuto trovare proficua applicazione è quello della responsabilità civile, anche questo caratterizzato da ampie clausole generali. Qui le elaborazioni assai sofisticate della dottrina, fra le quali campeggiano gli studi di G. Calabresi esponente della scuola di Yale ha influenzato anche in Europa sia la legislazione che la giurisprudenza: si pensi che la normativa europea sulla responsabilità del produttore tiene conto in larga misura dei risultati cui era pervenuta l'analisi economica del diritto. Così A. Gambaro, *op. cit.*, 457, riassume il giudizio espresso da Trimarchi nelle conclusioni generali formulate nel *Convegno Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, 227 ss. come ha osservato Trimarchi, vi è tutta una vasta letteratura che «veicola solo esercitazioni di formalismo matematico in cui le variabili si riferiscono ad entità concettualmente quantitative, ma praticamente non misurabili».

il caso del promotore nella finanza di progetto

nomicamente per ripagare l'investimento per poi trasferirla, decorso tale periodo, all'amministrazione pubblica.

Nato quindi come tecnica di finanziamento, il *project financing* si connota, e in parte ancora oggi si connota, per due fondamentali peculiarità: la prima è data dal fatto che le iniziative suscettibili di essere realizzate con tale tecnica sono quelle in grado di generare nel tempo flussi di cassa (c.d. *cash flow*), sufficienti a ripagare il finanziamento compiuto, nonché a produrre un guadagno certo per gli investitori²⁹.

Già sotto questo profilo l'aspetto economico dell'istituto viene a travalicare lo schema giuridico relativo alle opere da realizzare attraverso tale forma di finanziamento, sicché la distinzione "*opere calde*" / "*opere fredde*" viene superata a favore di opere che creino flussi di cassa o servizi imprenditoriali. Pertanto, la fattibilità ed il successo dell'iniziativa sono legate non tanto alle capacità economico-finanziarie di coloro che intendano promuovere la realizzazione dell'opera pubblica o del servizio, quanto, piuttosto, alla capacità dell'opera o del servizio di produrre reddito³⁰.

La seconda peculiarità dell'istituto in esame è costituita dalla c.d. "autonomia economico-finanziaria del progetto rispetto alle attività degli investitori" (c.d. *Ring fence*), in ragione della quale viene ordinariamente costituita un'entità economica separata dai promotori (in genere una apposita so-

²⁹ In questo senso il *project financing* è risultato essere lo strumento più idoneo nel quadro del partenariato pubblico-privato con cui realizzare sia le cosiddette "*opere calde*", ovvero le opere dotate di un'intrinseca capacità di produrre reddito, sia le cosiddette "*opere tiepide*", nelle quali, accanto ai ricavi da utenza, è necessario l'impiego di risorse pubbliche per la remunerazione degli investimenti privati iniziali. È appena il caso di rammentare che la tecnica del *project financing* è stata poi estesa alle cosiddette "*opere fredde*", ad es. scuole, ospedali ed altre opere che in genere non producono ricavi da utenza, in quanto la tecnica di finanziamento è risultata idonea anche qualora la tariffa sia a carico di un'amministrazione.

³⁰ Una diversa ma sostanzialmente simile distinzione, viene prospettata da M. Rutigliano e L. Faccincani in *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico-finanziario*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 127, ove si distinguono, a) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso i ricavi da utenza, ovvero iniziative, effettuabili ad esempio nel settore dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni, capaci di produrre ricavi commerciali prospettici certi che consentono di recuperare integralmente i costi di investimento (c.d. opere calde); b) progetti che richiedono una contribuzione pubblica, in quanto i ricavi commerciali di utenza non sono sufficienti per generare adeguati ritorni economici. L'erogazione del contributo è giustificata dal fatto che la realizzazione dell'infrastruttura produce rilevanti externalità positive in termini di benefici sociali (c.d. opere tiepide); c) progetti in cui il soggetto privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione: si tratta di opere pubbliche, quali carceri, ospedali e scuole, per le quali il partner privato trae la remunerazione, in maniera esclusiva o principale, dai pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione o da enti locali (c.d. opere fredde).

cietà) denominata *social purpose vehicle* con l'unico scopo di realizzare e gestire l'opera o il servizio. Ciò consente di rendere la realizzazione del progetto insensibile alle vicende economico-finanziarie del promotore, aumentando così il grado di affidabilità, e quindi di bancabilità, del progetto stesso³¹.

Se queste sono le coordinate retrostanti all'istituto in questione, nell'avvicinarsi allo studio della disciplina del *project financing*, ciò che maggiormente colpisce è "l'instabilità" normativa dovuta alla ricerca continua dell'ottimizzazione delle risorse che rappresenta la *ratio* intrinseca degli effetti economici dell'istituto. Tuttavia sulle ragioni di tale instabilità spesso ci si richiama agli interventi che la Commissione Europea ha imposto all'Italia nella modifica del procedimento *de quo*³².

Pare però potersi affermare che il motivo dominante di tale susseguirsi di norme sia intrinseco: ad un istituto di natura squisitamente economica si cerca di applicare la disciplina degli appalti pubblici che risponde a criteri di formalismo, pur garantendo il principio di imparzialità. Principio quest'ultimo ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 7/2011 nella quale il Giudice delle leggi, dichiarando illegittima la l.r. Liguria, 28 dicembre 2009, n. 63, ha rilevato che la scelta del promotore debba essere idoneamente pubblicizzata, ovvero debba essere pubblicizzata la programmazione triennale dei lavori, consentendo a tutti gli operatori che abbiano interesse a partecipare di aver conto delle opere realizzabili attraverso il *project*. «Tutte le predette modalità di individuazione del contraente, ivi compresa quella ad iniziativa privata, presuppongono che la valutazione di pubblica utilità dell'opera sia già stata preventivamente effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice a monte, in sede di programmazione triennale di cui all'art. 128 del Codice dei Contratti»³³.

³¹ In particolare G.F. Cartei, *op. cit.*, 225 ss. L'A. mette in evidenza come «la natura anticipata della finanza di progetto, sospesa a metà tra le garanzie che presidono alle gare pubbliche e la necessità che la procedura non inasprisca i canoni dell'evidenza pubblica, ma consenta di individuare la migliore proposta e di verificare fino a che punto l'interesse privato possa corrispondere al pubblico interesse [...]. Di conseguenza, in tutte le ipotesi in cui le proposte presentate appaiano suscettibili di essere sviluppate secondo modalità diverse – per quanto equivalenti sotto il profilo della gestione contenuta nel piano economico finanziario – [...] l'amministrazione non dovrebbe limitarsi a chiarimenti su meri profili di irregolarità formale, ma dovrebbe poter formulare richieste su eventuali modifiche al piano originario che non mutino i caratteri essenziali dell'opera».

³² F. Merusi, *op. cit.* A giudizio dell'A. in realtà l'intervento dell'Unione implica un'applicazione della regolazione a tutti i Paesi membri, a tal punto che oggi la regolamentazione non è vista più al fine di garantire le soluzioni più efficienti nel mercato «ma per ripristinare il potere diseconomico o per giustificare l'uso del diritto contro l'economia».

³³ A. Carullo e V. Maccolini, *op. cit.*, 260. Si è tuttavia avuto modo nella parte intro-

il caso del promotore nella finanza di progetto

Il vero è che l'applicazione della norma deve essere inquadrabile nelle finalità dell'istituto stesso nel quale convivono due opposte esigenze: da un lato, quella di non rinchiudere in vincoli procedurali troppo rigidi l'iniziativa che gli imprenditori privati possono proporre alla P.A. con interventi di *project*; dall'altro quella di evitare che le esigenze di interesse collettivo, a cui si vuole pervenire tramite gli interventi nel settore delle opere o nei servizi pubblici non vengano "offuscate" da imprenditori privati, determinati alla sola realizzazione di interventi che siano per loro redditizi³⁴.

Ci si è interrogati, a tal proposito, se la procedura di selezione possa condurre alla c.d. *selezione avversa* o all'*azzardo morale*, laddove l'effetto della *selezione avversa* la si individua nel fatto che essa può offrire condizioni contrattuali che ne consentirebbero l'appetibilità solo a contraenti di cattiva qualità³⁵. Il rischio del c.d. *azzardo morale* è in verità connaturato alla tipo-

duttiva, di rilevare come una delle caratteristiche del *project*, sia rappresentata dal coinvolgimento degli operatori privati fin dalla stessa programmazione dei lavori, almeno sul piano fattuale.

³⁴ G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, 429; dove l'A. mette in evidenza come due siano sostanzialmente i motivi della instabilità normativa: la prima è individuabile nell'esigenza di assicurare la compatibilità della disciplina della finanza di progetto ai principi e alle norme dell'ordinamento comunitario; l'altra «è ancora più importante ragione dell'instabilità di istituto consiste nel fatto che [...] l'apertura alla collaborazione e al dialogo con gli operatori economici privati di cui s'è detto, non comporta affatto un'integrale superamento del modello del decisore imparziale. In astratto, la soluzione ottimale per realizzare un dialogo siffatto sarebbe senz'altro un sistema di scelta del contraente impostato secondo gli schemi della trattativa privata c.d. pura, in cui l'amministrazione si comporta come un soggetto privato, e, pertanto, si rapporta ai privati senza alcun formalismo».

³⁵ Per una definizione dei fenomeni di selezione avversa e di *moral hazard* si vedano i manuali di micro economia, tra i quali H.R. Varian, *Microeconomia*, 1988, cap. 35. In estrema sintesi si definisce effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale «hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti che meno possiedono le qualità preferite. Il c.d. *azzardo morale* (*moral hazard*) è un fenomeno causato dall'informazione imperfetta. Può sostanzialmente essere definito come la mancanza di incentivi volti ad impedire un effetto dannoso». Sul punto si rinvia a G. Fidone, *op. cit.* L'A. rileva che in sostanza «il promotore ha tutta la convenienza che la successiva messa in concorrenza abbia una base di partenza quanto più vicina possibile ad una situazione di massimo vantaggio per l'operatore economico. Si noti che tale eventualità non deve far presupporre un comportamento doloso o fraudolento da parte del promotore, ma è solo frutto di un calcolo di convenienza, poiché trattasi di un operatore relazionale. Egli, quindi, potrà semplicemente non far attenzione, nell'accezione già ricordata con riferimento al *moral hazard* cioè non avrà alcun incentivo a dedicare una maggiore cura alla predisposizione della proposta in quanto le conseguenze della sua scarsa attenzione [...] non ricadrebbero su di lui, potendo egli successivamente adeguare la propria proposta a quella eventualmente migliore».

logia di procedura, perché altrimenti ragionando si dovrebbe svolgere una gara tra promotori che offrano all'amministrazione diverse soluzioni. Più semplicemente, si può asserire che adottando tale ultima procedura si giungerebbe all'aggiudicazione nei confronti dell'operatore economico che abbia presentato la proposta migliore; tuttavia se si vuole incentivare il ricorso del privato alla finanza di progetto e tenuto conto che le amministrazioni peraltro non hanno quella informazione *rectius* conoscenza necessaria per valutare la qualità di più proposte, ne consegue che, pur consci dell'eventualità dell'azzardo morale, la posizione di privilegio attribuita al promotore consente non solo una maggiore appetibilità dell'istituto, ma consente altresì all'amministrazione, in funzione di controllo e di soggetto regolatore della materia, di potersi attrezzare ed intervenire per valutare al meglio la proposta dell'operatore.

Così, attraverso l'ordinario procedimento a valenza pubblicistica si mira a prevedere il comportamento dei giocatori/operatori economici affinché gli stessi, mediante le proprie "offerte", esprimano l'interesse primario della pubblica amministrazione, cosicché la norma giuridica diventa "mezzo" attraverso il quale ampliare o diminuire l'applicazione della tecnica di finanziamento dell'istituto in esame. Tant'è che, a ben vedere, tutta la procedura di selezione del promotore, per quanto realizzata attraverso sub-fasi (quali ad esempio la scelta del progetto e le gare per la scelta del promotore), proprio per la sua natura economico-finanziaria, è improntata sulla unitarietà della funzione della realizzazione dell'opera o del servizio pubblico. Infatti accanto alla valutazione di ogni singolo atto si pone l'esigenza di una valutazione globale dell'intervento, in relazione al quale i diversi elementi del progetto assumono rilievo quali manifestazioni di un medesimo "programma negoziale". Si tratta di un unico atto, frutto di una convergenza tra gli interessi delle parti coinvolte, che ha come fine quello di suddividere i rischi derivanti dalla realizzazione del *project financing* e di consentire allo stesso di generare un *cash flow* tale da rimborsare l'iniziale investimento. Il che mostra, anche sotto questo profilo, come il metodo economico sia di ausilio alla norma giuridica nel perseguimento degli obiettivi voluti dal legislatore.

A sostegno della tesi dell'unitarietà della procedura in esame, si è espressa la giurisprudenza più recente, sottolineando come nella disciplina del *project financing*, delineata dagli artt. 153 e ss., d.l. n. 163/2006, non si possano individuare *sub-stadi* procedimentali collegati e autonomi (cioè la fase della selezione del promotore e quella della procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente), quanto piuttosto una fattispecie a formazione progressiva. Lo scopo finale dell'ag-

il caso del promotore nella finanza di progetto

giudicazione si realizza in due momenti non solo funzionalmente collegati, ma biunivocamente interdipendenti, così che il primo non è logicamente e giuridicamente concepibile senza il secondo e viceversa³⁶.

La procedura da adottarsi, in via di estrema sintesi, si snoda attraverso l'individuazione di un'opera pubblica, o di un servizio pubblico, la proposta del promotore, una gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dei soggetti che offrono all'amministrazione migliori condizioni rispetto a quelle proposte dal promotore ed infine la procedura di gara tra *promotore* e il cosiddetto *antagonista del promotore*.

Solo dopo che si sono svolte tutte le fasi sopra richiamate si provvederà a formalizzare la scelta del contraente per la realizzazione dell'opera.

La procedura è un evidente coacervo di interessi ed allocazioni di risorse alla ricerca della "massimizzazione dei risultati" tra l'interesse dei privati ad investire capitali nei lavori pubblici e la volontà dell'amministrazione di attingere dai privati risorse per realizzare opere pubbliche nonché, in ultima analisi, della collettività stessa la quale ha interesse alla loro realizzazione per poterne usufruire. Si deve pertanto condividere quanto affermato dall'Autorità di vigilanza³⁷ «con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo e autosuffi-

³⁶ Il *project financing* prevede un procedimento di concessione sostanzialmente unitario anche se composto di due fasi, la prima, volta alla selezione del promotore e la seconda, consistente nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente. Di conseguenza, data l'unitarietà della procedura e non qualsiasi atto endo-procedimentale – come la scelta del promotore – che determini un danno di un concorrente o un arresto procedimentale in quanto l'attualità e la lesività del *vulnus* potrà apprezzarsi solo all'esito del procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione, Tar Lazio, Roma, sez. III, 28 luglio 2010, n. 28920. Nelle procedure di *project financing* è legittima la esclusione del progetto presentato da una società promotrice sulla base della valutazione negativa anche di uno solo dei parametri indicati nel bando, trattandosi di una valutazione comparativa delle varie proposte, con applicazione di principi che reggono le procedure concorsuali nel caso che si presentino più proposte, nel corso della quale l'amministrazione deve valutare ogni singola proposta ed eventualmente scartarla se essa, singolarmente considerata, non sia rispondente ai parametri di valutazione indicati dal bando, essendo compito dell'amministrazione di valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori possa avere attuazione, Cons. St., sez. V, 25 giugno 2010, n. 4084. Nel *project financing* la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione, non possono essere considerate come autonome e distinte, costituendo momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari, Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155.

³⁷ Autorità di vigilanza sui lavori pubblici *Atto di regolazione* del 26 Ottobre 2000, n. 51.

ciente per il project financing, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione delle opere pubbliche, innestandolo su quello proprio della concessione, come risultante dalle modifiche alla legge stessa intervenuta nel corso degli ultimi anni».

Il ricorso al metodo del finanziamento privato trova giustificazione nella scarsità dei fondi pubblici: il legislatore pertanto ha posto in essere una normativa che sia di stimolo per i soggetti privati, rendendo così conveniente tale procedura in luogo di investimenti alternativi. Al contempo le amministrazioni ricercano dai soggetti privati buone proposte e condizioni contrattuali favorevoli nell'interesse della collettività che rappresentano. La scelta del concessionario di lavori o servizi è il risultato della comparazione fra la proposta del promotore e la soluzione più conveniente per l'amministrazione pubblica.

Così nell'istituto della finanza di progetto viene a modificarsi, rispetto agli schemi della contrattualistica pubblica, il ruolo dell'amministrazione la quale, per gestire la complessità del procedimento di aggiudicazione³⁸, assume contemporaneamente *i poteri del decisore e del regolatore*.

Il procedimento di affidamento del *project* non può essere letto solo sulla base delle singole disposizioni di legge bensì nel suo insieme, ove si intrecciano inevitabilmente aspetti giuridici ed economici come già evidenziato nei punti precedenti.

5. Il ruolo del promotore e il diritto di prelazione quale conseguenza di una strategia economica

Uno degli aspetti che negli ultimi anni ha trovato una sua disciplina prima nel codice degli appalti, poi nel relativo Regolamento di esecuzione, da ultimo con il decreto Salva Italia nonché nell'emendamento alla manovra in fase di conversione, è rappresentato dal ruolo del promotore.

Le modifiche in materia di lavori pubblici intervenute hanno inciso su due punti di snodo di particolare rilievo e che rappresentano elementi determinanti per comprendere, in una prospettiva economica, l'allocazione delle risorse che il dato legislativo persegue attraverso l'utilizzo della finanza di progetto. Il primo è rappresentato dalla figura del promotore; il secondo

³⁸ F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2002, 11. M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. app.*, 2008, 1390.

il caso del promotore nella finanza di progetto

dalla procedura per la scelta del contraente. Una volta verificata la fattibilità dell'offerta del promotore, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono ad indire una gara informale in cui viene invitato anche il promotore, la cui proposta diventa, quindi oggetto di confronto concorrenziale per la selezione. Pur trattandosi di una gara improntata sui principi cardini della contrattualistica, rimane sempre una gara informale, con la conseguenza che il criterio selettivo che meglio risponde all'esigenza di consentire l'esperimento della procedura di affidamento, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in considerazione della flessibilità e del carattere non meccanico che la connotano³⁹.

Nell'ottica che rileva nella presente indagine, occorre osservare quanto sia emblematica la normativa in tema di riconoscimento al promotore del diritto di prelazione sul progetto. Il riconoscimento di tale diritto, secondo il criterio consequenzialistico, se da un lato potrebbe determinare una limitazione alla concorrenzialità (garantendo al promotore selezionato l'adeguamento della propria proposta a quella dell'antagonista), dall'altro porterebbe a sollecitare i privati all'uso di tale strumento, creando un incentivo all'iniziativa privata. Pertanto tra la volontà di incentivare l'utilizzo del "project" da parte del mercato e la necessità che lo strumento in esame non alteri il mercato stesso, il legislatore nazionale ha ritenuto di dover via via modificare i benefici riconosciuti in prima istanza al promotore.

Sia pure con le dovute cautele, la scelta del legislatore può inquadarsi nella c.d. teoria consequenzialistica. Si tratta di un esempio sintomatico dell'atteggiamento di chi, nello studio del diritto, vuole prestare «una maggiore

³⁹ Tar Puglia, Bari, n. 3879/2004 e n. 1946/2006; Tar Piemonte, n. 2608/2005.

Si osservi come di recente il Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843, ha ribadito seguendo in questo la precedente giurisprudenza che la scelta del *promotore* è caratterizzata da un altissimo livello di discrezionalità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che nel valutare le proposte tiene conto del carattere economico e tecnico non sindacabili in sede giurisdizionale se non sotto il profilo di manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà. Tale ultima sentenza riprende sostanzialmente quanto già statuito nell'adunanza plenaria del Cons. St., 15 ottobre 2010, n. 2155, dove i giudici amministrativi hanno sottolineato che occorre tener distinte le fasi preliminari dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione. Mentre quest'ultima presenta i caratteri di gara soggetta ai principi comunitari e nazionali dell'evidenza pubblica, la scelta del promotore, ancorché "procedimentalizzata", è connotata da un'ampissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base dei criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore.

attenzione ai dati dell'esperienza pratica ed alle esigenze dell'economia»⁴⁰, (si rinvia in quella parte della dottrina⁴¹) secondo la quale il metodo economico suggerisce un'analisi del comportamento degli operatori sulla base di elementi fattuali *extra* giuridici⁴². L'analisi economica del diritto diventa quindi un "mezzo" per valutare l'efficienza delle norme giuridiche⁴³: le norme devono essere interpretate non tanto in ragione del loro contenuto giuridico e della natura giuridica degli strumenti impiegati per determinati fini, quanto essenzialmente per i loro effetti sul comportamento dei consociati e quindi per la loro idoneità a rappresentare incentivi o disincentivi nelle scelte dei soggetti ai quali sono destinate.

In questa prospettiva si può osservare come le norme possano essere "concepite come meccanismi di allocazione di risorse", facendosi riferimento, con tale termine, non solo ai beni materiali o immateriali, ma anche a qualsiasi situazione o attività suscettibile di soddisfare bisogni umani, potenzialmente in conflitto con altre situazioni o attività di cui siano titolari altri operatori del mercato⁴⁴.

L'obiettivo di tale impostazione, diventa quindi, valutare in che modo le norme contribuiscano alla massimizzazione del benessere collettivo, assumendo la nozione di efficienza non solo nel senso di idoneità dei mezzi adottati a raggiungere, al costo minore, i fini perseguiti dal legislatore, bensì anche nel senso di miglioramento allocativo delle risorse.

⁴⁰ F. Galgano, *Diritto dell'economia*, in *Enc. giur.*, XI, 1989; «Espressione del primo atteggiamento è la tesi che ritiene come la legge si ponga rispetto al mercato non come la forma di un contenuto economico a se stante, bensì come componente essenziale di esso».

⁴¹ G. Santini, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979, nel quale l'A. propone lo studio del commercio, «non solo tenendo conto delle norme giuridiche e del loro sistema chiuso [...]; ma anche tenendo conto che l'intero sistema di norme [...] gravita attorno ai fenomeni economici, ossia a scelte pratiche precise, che costituiscono anch'essi un sistema, più reale, eventualmente, di quello ricavabile dal codice (o da categorie astratte da questo tradizionalmente ricavate)».

⁴² L. Mengoni, *op. cit.*, 3, ove l'A. traccia i caratteri e gli effetti del metodo interpretativo di cui si discute «la specie più importante dell'argomentazione impostata sulle conseguenze» è l'analisi economica del diritto, un metodo che studia il diritto con gli strumenti dell'analisi economica che è stato elaborato a partire dagli anni sessanta e che si è affermato negli Stati Uniti, tanto da venire ampiamente utilizzato sia dai giuristi teorici che dai giudici, in *primis* da quelli della Corte Suprema, e che sta avendo una diffusione sempre crescente anche in Europa e in Italia. Si tratta di un metodo, che ha assunto il carattere di una vera e propria disciplina, che ha le sue basi nell'analisi economica condotta partendo dai presupposti teorici di una particolare corrente di pensiero nell'ambito dell'economia neoclassica, elaborato e praticato tanto da economisti quanto da giuristi.

⁴³ F. Denozza, *op. cit.* V. anche *ante*, le opere citate alla nota 9.

⁴⁴ F. Denozza, *op. cit.*, 4 ss.

il caso del promotore nella finanza di progetto

È indubbio che, quanto più risultano maggiori i vantaggi riconosciuti al promotore, tanto più il privato imprenditore ha interesse a concorrere all'istituto *de quo*⁴⁵.

Il rilievo dell'istituto in esame, soprattutto in momenti di crisi economica, si rinviene nella estensione prevista dall'art. 287, d.P.R. n. 207/2010 al settore dei servizi nella parte in cui, sulla falsa riga di quanto stabilito per i lavori, si prevede che «le amministrazioni aggiudicatrici rendano pubblica la possibilità della gestione dei pubblici servizi affidati secondo le modalità del presente articolo pubblicando un avviso secondo le modalità di cui all'art. 153, comma terzo, del Codice».

Ma vi è di più. Con un emendamento al d.l. n. 201/2011 la finanza di progetto è stata modellata per poter essere usata anche nelle grandi opere infrastrutturali, le c.d. infrastrutture strategiche della Legge Obiettivo, sempre nel tentativo di coinvolgere l'impresa privata nella realizzazione di opere pubbliche.

Il vero è che in quanto espressione della logica economica, l'istituto in esame non ha rinvenuto da subito nel nostro ordinamento una regolamentazione autonoma, risultando disciplinato all'interno della Legge quadro sui lavori pubblici, quasi a volerlo riportare nell'alveolo della contrattualistica pubblica tradizionale, scevro da palesi contaminazioni economiche.

Invero la l. n. 415/1998, nel disegnare la prima versione della disciplina dell'istituto, al fine di rendere più appetibile alle imprese la presentazione di proposte di infrastrutture da realizzare con capitali privati, aveva previsto l'attribuzione di un diritto di prelazione al promotore, il quale veniva, per così dire, compensato non solo tramite il rimborso delle spese sostenute per la progettazione dell'intervento medesimo, ma anche con il riconoscimento del diritto ad essere preferito, a parità di condizioni, a tutti gli altri soggetti aspiranti alla realizzazione dell'opera. Nel frattempo la Commissione Europea era intervenuta a censurare la normativa interna (del 1998) in base alla considerazione che essa si poneva in contrasto con il principio della *par condicio* tra le imprese e, quindi, era suscettibile di cagionare una indebita alterazione del funzionamento del mercato, soprattutto lì dove, indipendentemente dalla procedura adottata, l'attribuzione al promotore del diritto di prelazione consentiva allo stesso di adeguare la propria proposta a quella ri-

⁴⁵ G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il d.l. n. 152/2008*, cit., 139. Secondo l'A. i diversi assetti normativi derivano dalla combinazione di questi due "fattori" ai quali va aggiunto un terzo fattore, costituito dagli strumenti tesi a rendere possibili e auspicabili le proposte da parte dei privati nel settore dei lavori pubblici.

tenuta più vantaggiosa dall'amministrazione. Tale posizione favorevole per il promotore, ha posto la questione della compatibilità tra il diritto di prelazione ed i principi di parità di trattamento tra i partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica, sia pure di natura informale.

In particolare, la Commissione Europea aveva rilevato che tutti i soggetti che intendono proporsi come promotori avrebbero dovuto essere a conoscenza del vantaggio competitivo connesso a detta qualifica, ossia dell'esistenza del diritto di prelazione. Tale informazione, secondo la Commissione, unitamente alla predisposizione di criteri quanto più oggettivi possibile nella valutazione della proposta, doveva essere portata a conoscenza degli operatori economici fin dall'avviso con il quale l'amministrazione rendeva nota la presenza, nel programma triennale di lavori, di interventi suscettibili di gestione economica e quindi realizzabili attraverso il *project financing*⁴⁶.

Delle censure della Commissione si era tenuto conto nel c.d. *secondo correttivo* del *Codice dei contratti*, il già citato d.l. n. 113/2007, che aveva soppresso il diritto di prelazione. La conseguenza negativa si rinviene nella circostanza che, come registrato da talune rilevazioni statistiche, ci sia stato un decremento significativo delle proposte da parte dei privati.

Evidentemente il disconoscimento del diritto di prelazione a favore del promotore non può essere letto se non come causa di tale regressione.

Tuttavia il minore utilizzo della tecnica *de qua* da parte degli operatori economici privati per la realizzazione di opere pubbliche può imputarsi ad una pluralità di motivi, quale ad esempio la minore disponibilità degli istituti di credito (a cui l'odierna crisi finanziaria sembra consigliare atteggiamenti decisamente più cauti di quelli avuti in passato) a fornire le garanzie necessarie per la realizzazione degli interventi nel settore pubblico, fermo restando che l'elemento fondamentale del mancato utilizzo, dopo il 2007,

⁴⁶ La Commissione europea si è occupata del tema del partenariato pubblico privato in vari documenti a partire dal duemila con la "Comunicazione interpretativa sulle concessioni del diritto comunitario". In tali atti la Commissione ha affrontato diverse tematiche, si è soffermata ad analizzare le caratteristiche dei contratti di concessione di lavori pubblici e di servizi rispetto ai tradizionali all'appalto pubblico ad elaborare linee guida per favorire il buon esito dei PPP; a specificare il trattamento dei contratti di concessione dei lavori pubblici nazionali dei contratti di partenariato. Con il libro verde relativo ai PPP la Commissione ha avviato una consultazione pubblica sui partenariati riportando successivamente i risultati della consultazione in un rapporto. Nel 2005 con la Comunicazione sui PPP e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni la Commissione ha ricevuto conclusioni legislative dirette a chiarire, completare o migliorare il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

il caso del promotore nella finanza di progetto

del *project financing* debba gioco forza imputarsi ad una mancanza di appetibilità da parte dei privati alla partecipazione ad una gara per la realizzazione di un'opera pubblica.

È forse per tale ragione che il *terzo correttivo* del Codice dei contratti, d.l. n. 152/2008, ha parzialmente reintrodotta il controverso diritto di prelazione. A ciò ha contribuito il fatto che il ricorso promosso avanti la Corte di Giustizia della Comunità Europea nei confronti dello Stato italiano, per censurare il diritto di prelazione, sia stato respinto con sentenza del 21 febbraio 2008⁴⁷.

Il d.l. Salva Italia, con la modifica operata all'art. 175, d.l. n. 196/2006, se per un verso ha fornito un maggior dettaglio nelle procedure di affidamento delle concessioni su proposta del promotore relativamente alle opere suddette, per altro ha definitivamente riconosciuto il diritto di prelazione al promotore, allineando le previsioni relative alle opere strategiche a quelle per le opere ordinarie.

Il che dimostra che nella legislazione italiana ha prevalso la logica dell'incentivazione dell'iniziativa privata per la realizzazione di opere pubbliche e/o strategiche, indirizzando gli attori economici ad investire nel settore in esame e limitando il rischio di veder vanificato il proprio investimento iniziale, peraltro pubblicizzando i lavori, i servizi e, oggi, anche le grandi opere suscettibili di attuazione mediante la finanza di progetto.

6. L'incidenza del diritto di prelazione sul procedimento di selezione del progetto migliore

Il d.l. n. 152/2008, terzo correttivo al Codice dei contratti, ha introdotto sostanziali modifiche alla disciplina dell'istituto, così da rispondere a talune obiezioni sollevate dagli imprenditori privati circa la loro convenienza a partecipare ad un *project financing*.

Il primo dato che rileva nelle disposizioni sul tema è rappresentato dalla compresenza di una pluralità di procedure, laddove l'art. 153 del Codice dei contratti prevede ben quattro schemi di selezione, in cui le tre va-

⁴⁷ Erroneamente la decisione in parola è stata interpretata come la rimozione di un ostacolo alla reintroduzione dell'istituto anche se, con tutta probabilità, la Corte di Giustizia in realtà era giunta alla reiezione del ricorso non perché lo ritenesse infondato quanto piuttosto per un motivo meramente formale, dato che le osservazioni della Commissione sono state ritenute irricevibili per la mancata "precisa" indicazione delle norme comunitarie che si assumevano violate da questo aspetto dell'istituto della finanza di progetto.

riabili, ovvero il principio di concorsualità, la programmazione dei lavori pubblici e le proposte degli operatori privati, si intersecano in modo parzialmente diverso.

La compresenza di una pluralità di procedimenti di selezione è ascrivibile alla consapevolezza del legislatore dell'impossibilità di trovare un'unica soluzione valida per tutte le fattispecie concrete, pertanto si è scelta la via di una maggiore adattabilità e flessibilità, del procedimento in rapporto alla funzionalità dell'utilizzo dell'istituto.

Riemerge anche sotto questo profilo l'imprescindibile interdipendenza del dato giuridico con il dato economico: il che implica una sorta di allontanamento da schemi giuridici assunti quali postulati e valevoli per tutte le tipologie contrattuali, così da scegliere invece un procedimento di selezione improntato sugli effetti da questo posti in essere. A ben vedere le procedure di selezione dettate dalle norme tendono a predeterminare i comportamenti dei giocatori/imprenditori privati a cui sono destinate, incentivandoli o disincentivandoli nel coinvolgimento della finanza del progetto.

L'intenzione del legislatore, nel prevedere una pluralità di procedure, rappresenta la sintesi della ricerca della massimizzazione dei benefici degli attori pubblici e privati, al fine di assicurare un ritorno dell'investimento posto in essere a beneficio della collettività.

In definitiva, il procedimento per la scelta del promotore deve perseguire l'obiettivo della ricerca dell'unione degli interessi dell'operatore privato con quelli della pubblica amministrazione, ciò viene reso operativo in virtù della discrezionalità *ex lege* di cui gode il soggetto pubblico, discrezionalità quanto mai opportuna nel *public procurement*, dove la competenza dell'amministrazione su contratti complessi e di consistente valore, «impone delle regole negoziali negli snodi più delicati a garanzia della stessa pubblica amministrazione»⁴⁸.

La fase della formazione della volontà della pubblica amministrazione si sostanzia nell'emanazione di strumenti di programmazione, cui farà seguito la fase della scelta del concessionario, diversamente articolata a seconda della tipologia di procedura che il soggetto pubblico intende esperire. In particolare, i lavori pubblici che rilevano per la finanza di progetto devono essere inseriti nel programma triennale tra gli strumenti di programmazione assunti dall'amministrazione aggiudicataria, da cui deve in sostanza emergere la volontà esplicita di procedere alla realizzazione degli interventi

⁴⁸ M. Ricchi, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, I, 2011, 143.

il caso del promotore nella finanza di progetto

con risorse a carico dei privati. Pertanto l'amministrazione, già nella fase di programmazione, in ottemperanza ai principi di *par condicio* e pubblicità, è tenuta a predeterminare il sistema di esecuzione dei lavori pubblici e, di conseguenza, a scegliere se procedere alla realizzazione degli stessi tramite l'apporto di capitali privati.

Non a caso, in particolare nell'ambito degli appalti di servizi, il vero nodo da sciogliere è rappresentato dal fatto che dal tenore letterale del Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti, si evince che la programmazione sia una fase solo eventuale. Si ritiene che un'interpretazione sostanziale del meccanismo della finanza di progetto non possa prescindere da una programmazione a monte degli interventi da parte delle amministrazioni, pena la violazione del principio di concorsualità e delle logiche di mercato fermo restando la facoltà di introdurre proposte presentate dai privati.

Il coinvolgimento del privato, fin dalla fase della programmazione, risulta accentuato rispetto alla previgente disciplina con l'anticipazione dell'inserimento di tali interventi anche nell'elenco annuale dei lavori, ossia nel documento contenente l'indicazione degli stessi, da eseguire in ciascun anno solare e in cui si articola la programmazione triennale dell'ente pubblico. Si osservi che sempre al fine di incentivare lo strumento in parola, l'art. 128 del Codice dei contratti prevede che, indipendentemente dall'importo dei lavori finanziabili con risorse private, l'inclusione degli stessi nell'elenco annuale è subordinato solo alla previa approvazione di uno studio di fattibilità e non più ad un progetto preliminare, come prescritto dalla normativa previgente.

Anche sotto questo profilo emerge il *focus* della finanza di progetto che coinvolge il settore privato (promotore e altri soggetti) alla definizione dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dei lavori, consentendo l'inserimento nell'elenco annuale di interventi dei quali sia stato approvato il solo studio di fattibilità⁴⁹.

⁴⁹ Si fugge, così, ogni dubbio circa la possibilità di includere in detto elenco quei lavori realizzabili interamente con capitali privati. Alla medesima conclusione era possibile giungere, anche nel vigore della precedente disciplina, avendo riguardo al fine del modello di programmazione adottato dal legislatore, ossia quello di assicurare una complessiva ed efficiente gestione, non solo sotto il profilo finanziario, degli interventi con finalità pubbliche. Così ragionando, è, quindi, possibile giungere a ritenere che, nonostante l'approvazione dell'elenco annuale avvenga unitamente a quella del bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, l'inserimento di un intervento nell'elenco annuale presuppone l'individuazione dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione del medesimo, ma anche l'individuazione

La previsione in parola ancora una volta ha come obiettivo di alleggerire gli oneri amministrativi quale costo sopportato dall'impresa proponente nell'adempimento degli obblighi informativi generali previsti dalla regolazione dell'istituto⁵⁰.

Quindi, la valutazione delle proposte non è composta da due fasi autonome di cui una preliminare di valutazione e l'altra di ammissibilità del progetto, dovendosi considerare nella sua inscindibile globalità quale esito unitario di un esame che, invece, per esigenze istruttorie, deve riguardare ciascuno dei vari profili nei quali la proposta si articola, in connessione alle varie esigenze al cui soddisfacimento è mirata⁵¹.

Si tratta quindi di sottoporre "l'acquisizione" delle proposte formulate dall'imprenditore privato ad una preventiva analisi dei costi e benefici, ben più onerosa rispetto a quella comunemente imposta all'amministrazione relativa alla mera applicazione della disciplina del procedimento amministrativo, secondo cui l'amministrazione è tenuta solo a motivare i propri provvedimenti o ad illustrare le finalità dell'intervento proposto.

La valutazione dei costi e dei benefici implica che i vantaggi e gli svantaggi siano ridotti ad una misura numerica attraverso elaborazioni di dati informati dalla dinamica del mercato, dalle preferenze dei fruitori dell'opera e dall'incidenza dei fattori esterni. La scelta degli elementi valutativi sulla proposta, deve essere coerente con i caratteri e le finalità della selezione delle proposte, intesa come una valutazione globale della fattibilità delle medesime sotto una pluralità di profili che rispecchiano la complessità degli ele-

della tipologia dei lavori stessi e l'elencazione di tali mezzi di cui all'art. 128, c. 9, abbia carattere tassativo dell'elencazione di cui all'art. 128, c. 9, in relazione agli interventi realizzabili interamente con capitali privati può essere individuata non soltanto una possibilità, quanto piuttosto un obbligo di inserimento nell'elenco in parola. V. Maccolini e A. Carullo, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante del terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 237 ss.

⁵⁰ G. Coco, *La misurazione degli oneri amministrativi tramite standard Cost Model*, in *Riv. ec. pubbl.*, 2007, 2.

⁵¹ Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877. Si legge in tale pronuncia che «nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati; ma del pari, nulla le impone di farlo. E lo stesso giudizio di fattibilità potrebbe ancorarsi, quindi, ad una valutazione non estrinseca in pesi numerici, oppure, più opportunamente, e come accaduto nel caso di specie, ad un'articolazione a cura della commissione tecnica, degli elementi assoggettati a valutazioni in sottovoci, tese ad enucleare gli aspetti di maggior incidenza cui aggregare punteggi a ovvi fini di delimitazione della discrezionalità valutativa della commissione tecnica e di una maggiore trasparenza».

il caso del promotore nella finanza di progetto

menti da considerarsi sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo economico, sia sotto il profilo finanziario⁵².

Rispetto agli altri strumenti di controllo di cui l'amministrazione dispone, l'analisi costi/benefici presenta il vantaggio di una selezione delle proposte che tende ad una lata oggettività: si fa osservare come lo strumento in parola dovrebbe suscitare un forte interesse nelle amministrazioni poiché tale tipo di analisi tenderebbe ad aumentare la capacità di supervisione e/o di regolazione in capo all'amministrazione. Ciò in quanto in astratto si può definire l'utilità della pubblica amministrazione di fronte all'istituto della finanza di progetto derivante da un lato dalla quantità di capitali privati che il settore pubblico riesce ad attrarre (e quindi dei soggetti aspiranti promotori); dall'altro dalla bontà delle proposte presentate (buoni progetti e buone condizioni contrattuali per la realizzazione e la gestione delle opere pubbliche)⁵³. A questo deve aggiungersi che l'aspetto economico della proposta di *project*, l'asseverazione bancaria, la bancabilità, i flussi di cassa, sono tutti elementi che concorrono ad una valutazione positiva o negativa da parte dell'Ente pubblico.

Non è sfuggito tale dato alla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha rilevato che la reintroduzione del c.d. diritto di prelazione, vera e propria norma di chiusura dell'intera procedura, dovrebbe imporre un ripensamento sul ruolo e sul peso specifico delle singole fasi nell'ambito della procedura stessa. Così la fase di selezione della proposta viene ad assumere un peso molto più determinante ai fini dell'aggiudicazione finale, a fronte del depauperamento delle successive fasi di gara condizionato dalla adozione della proposta⁵⁴.

La complessità quindi della valutazione delle proposte emerge dallo stesso dato legislativo in base al quale vengono valutati sia la fattibilità del

⁵² Talvolta la giurisprudenza ha distinto la valutazione in due fasi: la prima fase di valutazione propriamente tecnica della proposta, una seconda fase di valutazione discrezionale della rispondenza al pubblico interesse delle proposte ritenute tecnicamente valide. In questo senso si è espressa Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877; Tar Puglia, sez. III, 9 luglio 2004, n. 2993. Il vero è che queste sentenze si ispirano alla determinazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici n. 20 del 4.10.2011 che scindeva la valutazione della proposta, in queste due *sub* fasi.

⁵³ G. Fidone, *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura di scelta del concessionario nel c.d. project financing*, in *Atti del Side-Isle*, 2005.

⁵⁴ G. Greco, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 143 ss., dove l'A. fa anche notare il carattere disincentivante delle norme nei confronti dei rivali del promotore dovuto al riconoscimento a quest'ultimo del c.d. "diritto di prelazione". G. Fidone, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 33 ss.

progetto, sia la mancanza di elementi ostativi alla realizzazione, in vista della complessiva valutazione finale di rispondenza ad un pubblico interesse.

Normalmente, in primo luogo si avrà una valutazione di idoneità tecnica dell'intera operazione, in secondo luogo la realizzazione dell'opera è oggetto di una valutazione discrezionale circa la rispondenza dell'opera stessa all'interesse della collettività. Pertanto, come sottolineato dalla giurisprudenza, una proposta pur giudicata idonea e fattibile, sotto il profilo tecnico, potrà essere respinta in quanto non conforme a pubblico interesse a seguito della valutazione comparativa⁵⁵. La pronuncia del pubblico interesse da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta da parte del promotore e, ove necessario, *ex art. 37-ter*, c. 1, il responsabile del procedimento può concordare per iscritto un periodo più lungo.

È vero anche che i meccanismi di incoraggiamento introdotti dal legislatore per la presentazione di proposte da parte dei privati riuscirebbero in astratto a dar luogo a distorsioni (e dunque al *moral hazard*), in quanto non coincidenti con l'offerta migliore; ma, ammesso e non concesso, che le procedure di selezione non garantirebbero la scelta del progetto migliore, il ruolo di regolatore, che nel caso di specie assume la pubblica amministrazione, anche attraverso la valutazione dei costi-benefici collegati all'ampia discrezionalità circa l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, può rappresentare un argine per evitare fenomeni distorsivi nel mercato⁵⁶. Gli eventuali rimedi ai fallimenti del mercato presuppongono normalmente il ricorso all'intervento dell'autorità pubblica (la c.d. "*mano visibile*" dello

⁵⁵ Tar Puglia, Bari, 9 settembre 2004, n. 3877; Tar Campania, sez. II, 12 dicembre 2003, n. 3130. Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 20 maggio 2004, n. 762; Tar Calabria, 23 febbraio 2004, n. 409.

⁵⁶ Come rileva S. Amorosino, *La regolazione del settore, e mercato delle infrastrutture*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 123; il mercato è realizzato giuridicamente mediante la regolamentazione delle procedure amministrative, e dai conseguenti rapporti contrattuali inerenti alla progettazione e realizzazione in alcuni casi gestione delle opere pubbliche; pertanto la disciplina giuridica delle infrastrutture non si limita soltanto a regolare l'organizzazione del mercato – inteso quale dimensione economico-giuridica nella quale si incontrano le domande/offerte ma comprende anche un'altra serie di discipline, che riguardano le opere pubbliche in quanto campo o settore essenziale alle attività dei pubblici poteri negli Stati contemporanei. In altre parole le opere pubbliche sono assoggettate a disciplina giuridica da due angolazioni complementari: in quanto settore di attività amministrativa e in quanto mercato da regolamentare. L'insieme di tutte queste discipline e strutture, ed il loro concreto funzionamento ed attuazione (*enforcement*) può essere definito, in senso lato, regolazione delle infrastrutture, usando la locuzione in un significato atecnico come sintesi verbale comprensiva di entrambe le sfere giuridiche.

il caso del promotore nella finanza di progetto

Stato in contrapposizione alla mano invisibile del mercato) che nel caso in esame si identifica con la stazione appaltante alla quale deve essere riconosciuta la potestà di regolatore⁵⁷. La competenza strategica della pubblica amministrazione, cosciente delle alterazioni che potrebbe generare la prelazione, e dal comportamento opportunistico dei concorrenti per effetto della stessa, può porre in essere taluni accorgimenti per superare l'*impasse*, quale ad esempio quello sostenuto da alcuni studiosi di condizionare l'effettiva erogazione del rimedio compensatorio al raggiungimento di un certo livello economico a vantaggio dell'amministrazione⁵⁸. «Infatti il concorrente aggiudicatario che subisca la prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta base di gara nel limite del due,cinque per cento dell'investimento. Poiché tale valore è di gran lunga superiore da quello sostenuto dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore, [...] la compensazione dovrebbe essere uno stimolo efficace per indurre i concorrenti a partecipare alla seconda fase anche in presenza della minaccia del diritto di prelazione»⁵⁹.

⁵⁷ G. Chirichiello, *Corso di economia politica di base*, Torino, Giappichelli, 2000, 37, nel quale l'A. rileva che i fattori che possono provocare i fallimenti del mercato sono essenzialmente riconducibili a quattro: la presenza di esternalità positive o negative che si accompagnano al consumo o alla produzione; incentivi di mercato non adeguati a stimolare la produzione di beni pubblici; l'esistenza di situazioni di potere del mercato dovute alla presenza di mercati monopolistici o più in generale di mercati non concorrenziali; comportamenti degli operatori diversi da quelli posti in essere in mercati concorrenziali per la presenza di condizioni di incertezza o di rischio, di informazione incompleta o asimmetrica o influenzati da motivazioni di natura strategica. Sul punto si veda altresì G. Fidone, *op. ult. cit.* il quale sottolinea che il verificarsi di condizioni di imperfetto o asimmetrico accesso alle informazioni da parte degli operatori è considerato dagli economisti una delle cause del verificarsi del c.d. fallimento del mercato. Il fallimento del mercato consiste nel fatto che il sistema organizzato in mercato si appalesa incapace di realizzare una situazione riconducibile all'ottimo paretiano, da qui la tesi dell'A. di ascrivere il rapporto tra pubblica amministrazione e operatori privati nel contratto di agenzia.

⁵⁸ M. Ricchi, *op. cit.*, 145.

⁵⁹ M. Ricchi, *op. cit.*, 144. Prosegue l'A.: «Si segnala come il meccanismo di rimedio all'anticorrenzialità della prelazione, per evitare che la seconda fase vada deserta, sia parzialmente analogo a quello già sperimentato a partire dalla Merloni-*bis* e come quello abbia generato comportamenti opportunistici rivolti all'accaparramento del premio per la sola partecipazione presentando offerte migliorative minime rispetto alla proposta del promotore a base di gara. In altre parole, i concorrenti nella seconda fase sono portati a presentare delle offerte "fotocopia" senza alcun tipo di investimento in termini di efficienza, aumentando sì la pressione concorrenziale, ma senza generare miglioramenti qualitativi ed economici dell'offerta. Il loro obiettivo è di minimax: minimo sforzo per accaparrarsi il massimo risultato

Quanto al profilo procedurale, solo dopo una valutazione positiva da parte dell'amministrazione la proposta del privato-promotore assume rilevanza esterna, dal momento che l'assenso della pubblica amministrazione implica che la stessa sia traslata dal privato all'amministrazione.

Proprio questo aspetto ha indotto taluni⁶⁰ a rilevare alcune criticità nell'utilizzo del termine *promotore* in quanto, a ben vedere, la procedura in esame formalmente rimane di iniziativa pubblica.

Tale approccio critico non tiene tuttavia in debita considerazione il fatto che un progetto presentato da un privato, acquisito dall'amministrazione, sia indice di una *ratio* di travalicare le categorie giuridiche tradizionali (pubblico/privato), o meglio, più che travalicare, riunirle sotto l'egida di una lettura anche economica dell'*iter* procedurale. Ci si richiama quindi ad un atteggiamento della pubblica amministrazione non piegata al mero formalismo, quanto piuttosto un'amministrazione attiva che interpreta la procedura di finanza di progetto, quale processo di pianificazione *ab initio*.

Il progetto presentato dal privato diventa rilevante ai fini pubblici solo quando, dopo averlo valutato, l'amministrazione lo adotta; l'atto con il quale il soggetto pubblico fa proprio il progetto presentato dal privato è atto tipicamente discrezionale, che deve contenere tutta una serie di valutazioni ad esempio relativamente ai costi e benefici dell'opera per cui diventa estremamente difficoltoso, specificare, nell'avviso *ex art. 153* del Codice dei contratti, i criteri sulla base dei quali verrà effettuata la valutazione comparativa delle proposte presentate⁶¹ e dunque la scelta della migliore, in vista del-

e cioè la posta compensatoria per avere presentato solo una offerta anche con un insignificante miglioramento, visto che la legge non prescrive condizioni minime di miglioramento. Non può non rilevarsi come la regola di consentire l'incentivo al solo concorrente aggiudicatario che ha subito la prelazione sia stato un importante passo in avanti rispetto alla previgente prodigalità che l'attributiva in termini percentuali, comunque, ai due *competitors* selezionati. Si avverte, però, che ciò non sia sufficiente ad eliminare l'effetto opportunistico ora esaminato».

⁶⁰ V. Maccolini, A. Carullo, *op. cit.*, 243, nota 42, ove si legge «si rilevi infatti che, a prescindere da quello che si ritiene essere l'avvio del procedimento, sia esso l'inserimento degli interventi suscettibili di gestione economica negli strumento di programmazione, ovvero la pubblicazione del bando, trattasi di attività in cui il soggetto privato non svolge alcuna funzione di promozione, limitandosi a presentare la propria offerta ai fini della partecipazione ad una gara per l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici».

⁶¹ F. Caringella, M. Protto, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici: dalla legge quadro alla Merloni-quater, le norme speciali e la nuova potestà regionale*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, M. Bella, Milano, Giuffrè, 2003, 1602; M. Baldi, in M. Baldi, G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004, 492, il quale rileva che il ricorso ad ulteriori forme di pubblicità, *ex art. 153*, nell'originaria formulazione, integrative rispetto a quelle di cui si è

il caso del promotore nella finanza di progetto

l'obiettivo della massimizzazione del beneficio. Tuttavia, come la giurisprudenza ha più volte sottolineato, trattasi pur sempre di una procedura comparativa che, in quanto tale, deve essere informata ai principi cardine della disciplina della domanda pubblica⁶².

Al fine di consentire che le offerte siano presentate secondo presupposti omogenei, l'art. 153, c. 7, dispone che il disciplinare di gara, da richiarsi espressamente nel bando e del quale costituisce parte integrante, deve contenere l'indicazione dell'ubicazione dei lavori da eseguire, la descrizione dell'intervento, la destinazione urbanistica, la consistenza e le tipologie del servizio da gestire.

Sul contenuto del bando si sofferma anche l'art. 287 del successivo Regolamento di esecuzione il quale rileva che la fattibilità delle proposte è valutata sotto il profilo della *funzionalità*, della *fruibilità* del servizio, della *accessibilità* da parte del pubblico, del rendimento del costo di gestione, di manutenzione nonché delle tariffe. È evidente il tentativo di trasferire negli atti del procedimento selettivo, le "categorie" sulle quali si è formata la valutazione dell'amministrazione procedente. Purtuttavia non c'è chi non veda come il tentativo di oggettivare i criteri di valutazione, lasciano ampi spazi di discrezionalità.

La norma in commento reca poi degli ulteriori elementi che, in aggiunta a quelli di cui all'art. 83, devono essere considerati in sede di esame delle offerte e che attengono agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, al valore economico e finanziario del piano ed al contenuto della bozza di convenzione, tutti elementi oggettivati per l'individuazione della migliore offerta⁶³.

detto, era, infatti, lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione, da esercitarsi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità. La disciplina in materia di pubblicità dell'avviso, come ritenuto dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, avrebbe, comunque, dovuto essere interpretata come obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, ossia misure concrete volte a instaurare procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE (A.V.L.P., deliberazione 21 marzo 2006, n. 18).

⁶² Tar Puglia, Bari, n. 3879/2004 e n. 1946/2006; Tar Piemonte, Torino, n. 2608/2005.

⁶³ In proposito, si ritiene che, a differenza degli elementi elencati dall'art. 83, c. 2, la cui ricomprensione tra quelli oggetto di valutazione è rilasciata alla discrezionalità dell'amministrazione, che ne potrà considerare solo alcuni, ovvero di ulteriori, se razionali e coerenti alla natura ed all'oggetto del contratto, debbano necessariamente essere oggetto di valutazione e, quindi, indicati nel bando. Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe la ragione della loro espressa statuizione, essendo aspetti dotati dei caratteri di razionalità e coerenza all'oggetto del contratto che l'amministrazione ben potrebbe prevedere nell'esercizio dell'am-

Ai fini dell'esecuzione dei lavori pubblici attraverso risorse private, può essere esperita una delle quattro procedure, *ex art.* 143 ss. del Codice dei contratti, ovvero le quattro procedure di finanza di progetto disciplinate dal nuovo testo dell'art. 153.

A. La prima procedura prevista ha inizio con la pubblicazione di un bando, la cui funzione, come si legge al c. 1, è quella di sollecitare la presentazione di offerte per la realizzazione dell'intervento con risorse totalmente o parzialmente a carico dei privati concorrenti e che deve necessariamente prevedere la possibilità per l'amministrazione di richiedere modifiche al progetto preliminare. La necessità di predisporre uno studio di fattibilità prima di avviare una gara, la possibile programmazione nell'elenco annuale delle opere pubbliche sulla base dello studio di fattibilità, *ex art.* 128, c. 6 del Codice, rispondono tutte ad esigenze minime di individuazione degli obiettivi pubblici e di informazione sul mercato europeo per le imprese interessate all'intervento. Il progetto viene quindi approvato dall'amministrazione: se il progetto non necessita di modifiche, si passa alla nomina del promotore; se invece il progetto richiede delle modifiche e il promotore non accetta di realizzarle, si procede allo scorrimento della graduatoria (art. 153, c. 3, lett. *a*). Si osservi che nell'attuale procedura la possibilità che il promotore eserciti il diritto di prelazione, limita la partecipazione delle altre imprese al rischio-opportunità offerto dalla gara, tenuto conto della maggiore complessità del procedimento *ex art.* 153, c. 15 del Codice e dei conseguenti costi di partecipazione. Infatti il promotore ha piena facoltà di scelta tra l'indennizzo previsto dalla Legge, o l'esercizio del diritto di prelazione adeguando la propria offerta a quella del concorrente. Occorre verificare quali siano la natura ed il contenuto dei poteri attribuiti da tale previsione all'amministrazione aggiudicatrice, nonché, specularmente, la posizione dei soggetti concorrenti. Con riferimento al primo dei suddetti aspetti, si rileva che l'esplicito riconoscimento di una facoltà in capo al concedente, attivabile laddove ricorra il presupposto della relativa indicazione nel bando, comporta l'esercizio della discrezionalità che, nonostante il silenzio della norma, deve pur sempre essere giustificata dall'interesse pubblico

pia discrezionalità ad essa lasciata nella determinazione degli elementi di valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Così ragionando, non può che constatarsi che la norma opera una riduzione della discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione dei parametri di ponderazione, rispetto alla disciplina di cui all'art. 83, da cui conseguirebbe che, mentre le scelte relative agli elementi di cui all'art. 83, c. 2, sono censurabili solo per illogicità ed incongruità manifeste, la mancata previsione nel bando degli ulteriori criteri in questione sarebbe suscettibile di sindacato di legittimità.

il caso del promotore nella finanza di progetto

sotteso alla realizzazione dell'intervento e soggetto all'obbligo di motivazione. Nonostante la norma nulla disponga sul punto, in relazione al modo in cui detta facoltà debba essere esercitata, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice debba dar conto dell'*iter* logico seguito, nonché dei motivi di carattere tecnico-economico, onde pervenire alla decisione di non procedere allo scorrimento della graduatoria⁶⁴. Una volta pubblicato il bando e ricevute le offerte nel termine ivi fissato, l'amministrazione deve procedere alla valutazione delle stesse con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ex art.* 153, c. 4 e 5; alla redazione di una graduatoria; alla nomina del promotore, *rectius*, del miglior offerente, che può verificarsi anche nell'ipotesi in cui sia pervenuta una sola offerta. Al riguardo giova rammentare che l'amministrazione concedente, una volta avviata una procedura concorsuale per l'affidamento di un contratto, è tenuta ad esperirla e a portarla a termine con il provvedimento formale, nel quale sono espresse le sue determinazioni conclusive, e devono essere motivate, soprattutto quando siano sfavorevoli per i partecipanti. È questo in parola principio generale in forza del quale l'amministrazione può procedere alla nomina del promotore anche nell'ipotesi in cui sia stata presentata una sola offerta e dal quale discende che, a prescindere dal numero delle offerte pervenute, qualora l'amministrazione concedente decida di non procedere alla nomina del promotore, sia soggetta ad obbligo di motivazione al fine di rendere note le ragioni di pubblico interesse sottese a tale scelta. Ciò rientra nel ruolo più volte richiamato di "regolatore" che l'amministrazione viene ad assumere. Nominato il promotore, l'amministrazione deve procedere all'approvazione del progetto preliminare presentato dallo stesso, secondo quanto disposto dal-

⁶⁴ Ciò non toglie che, trattandosi di una facoltà, i concorrenti classificati dopo il primo in graduatoria non vantino una posizione giuridicamente tutelata in rapporto all'interpello. In tale circostanza, quindi, l'indagine del giudice amministrativo non potrà che limitarsi alla legittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, ossia alla verifica della logicità e della non contraddittorietà della scelta di merito operati dalla pubblica amministrazione: scelta che dovrà ispirarsi ai criteri di opportunità e di convenienza. Per completezza, occorre valutare il caso in cui l'amministrazione non preveda la facoltà di interpello dei soggetti classificati a seguito del confronto concorrenziale. In tale ipotesi, la duplice considerazione che la clausola di scorrimento è annoverata tra i contenuti necessari della *lex specialis* di gara, *ex art.* 153, c. 3, lett. *b*), del Codice e che l'interpello è espressamente qualificato quale facoltà dell'amministrazione, porta a ritenere che l'amministrazione non possa procedere allo scorrimento e che in capo ai concorrenti non sussista un interesse attuale all'impugnativa del bando. In altri termini, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, non si sia riservata l'esercizio della facoltà contemplata dalla norma, da cui discende l'impossibilità per i concorrenti che seguono il miglior offerente di impugnare il bando a graduatoria stilata, difettando l'interesse a ricorrere.

l'art. 97 del Codice. In tale sede, a norma dell'articolo, sono a carico del promotore tutti gli oneri relativi alle modifiche progettuali necessarie all'ottenimento di intese, pareri, licenze, autorizzazioni, nullaosta e assensi, comunque denominati e richiesti dalla normativa vigente, nonché gli adempimenti di legge relativi alla valutazione di impatto ambientale, senza peraltro che ciò faccia sorgere in capo al promotore alcun diritto ad un corrispettivo aggiuntivo o all'incremento delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta indicate nel piano economico-finanziario. La norma distingue, poi, le due ipotesi in cui il progetto preliminare necessiti o meno di modifiche ai fini dell'approvazione. Mentre con riferimento a questa seconda ipotesi, l'amministrazione può procedere direttamente alla stipula della concessione, in quanto non risulta necessario esperire un'ulteriore procedura concorsuale, dovendosi procedere all'aggiudicazione del contratto, nell'ipotesi inversa, l'amministrazione deve chiedere al promotore di accettare le modifiche necessarie all'approvazione del progetto e l'eventuale adeguamento del piano economico-finanziario. Si rilevi che la *ratio* dell'espressa statuizione dell'accettazione delle modifiche da apportare al progetto, ai fini dell'approvazione dello stesso, ad opera del promotore, trova fondamento nella considerazione che tali variazioni, in quanto suscettibili di alterare l'equilibrio economico-finanziario dell'offerta, potrebbero rendere necessario un adeguamento del piano economico-finanziario e, quindi, un nuovo atto di asseverazione. In caso di risposta positiva del promotore, questo risulterà aggiudicatario della concessione. Qualora, per contro, esso non accetti, avviandosi così la procedura dello scorrimento, l'amministrazione aggiudicatrice richiederà ai concorrenti che seguono in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto preliminare. Occorre, in proposito, sottolineare che alle imprese interpellate è richiesto non solo di accettare il progetto presentato dal promotore e di apporvi le modifiche richieste dall'ente, ma altresì di accettare le condizioni proposte dal promotore elaborate in sede di offerta. Una volta approvato il progetto preliminare ed intervenuta l'accettazione delle relative modifiche da parte del promotore o del concorrente aggiudicatario, si giunge alla stipula della concessione che conclude tale tipo di procedura. In definitiva il perseguimento delle finalità dell'amministrazione viene garantito dalla messa in concorrenza della proposta presentata dal promotore con quella degli altri competitori. L'amministrazione ha il compito quindi di individuare una soluzione che attragga capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche e che sia realizzata sulla base della migliore proposta possibile o meglio di quella più coincidente con l'interesse pubblico che si intende perseguire. Purtuttavia non sfugge che in punto di fatto le due finalità possano essere tra loro confliggenti: tanto più si tutela

il caso del promotore nella finanza di progetto

l'aspetto concorrenziale, tanto meno gli operatori privati hanno interesse a ricorrere all'istituto in parola. Di fatto quindi il procedimento risulterà sempre frutto di un compromesso tra gli interessi degli operatori privati e la scelta in regime di concorrenza (qualità/prezzo) della proposta che più risponda alle esigenze della amministrazione. Secondo taluni il rapporto tra amministrazione e promotore potrebbe inquadrarsi nel rapporto principale-agente tipico della c.d. teoria di agenzia o teoria dei costi di agenzia, rapporto che si realizza tra un soggetto principale ed un altro soggetto, l'agente remunerato dal primo per assumere decisioni nell'interesse del soggetto principale⁶⁵. Tuttavia si ritiene che la teoria dell'agenzia – la quale peraltro non fa riferimento esclusivamente al tipo di procedura sopra richiamata, ma viene applicata in via generale – nella fattispecie in esame si scontri con la natura pubblica dei poteri e l'interesse della collettività.

B. Il secondo schema procedurale, a “doppia gara”, disciplinato dal c. 15 del nuovo testo dell'art. 153, costituisce una variante alla procedura di cui al punto precedente e si connota per la reintroduzione del diritto di prelazione. Il procedimento è scandito da due momenti: nel primo, tramite selezione, viene scelto il promotore; nel secondo, mediante miglioramento dell'offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario. Il promotore a questo punto potrà decidere se adeguare la propria offerta, risultante dalla seconda fase per assicurarsi il contratto. La prima gara, che si svolge secondo il criterio previsto nello schema precedente, non si conclude quindi con l'aggiudicazione, bensì con l'individuazione del soggetto che viene nominato promotore. Il progetto redatto dal promotore viene posto a base della seconda gara, aperta a soggetti diversi dal promotore. All'esito dello svolgimento di questa seconda gara, possono verificarsi tre diverse ipotesi, dato che l'aggiudicazione potrà avvenire: a) a favore del promotore, se non sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quelle dello stesso; b) se sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, la gara viene aggiudicata allo stesso, se quest'ultimo, entro 45 giorni, eserciti il diritto di prelazione e a condizione che si adegui alla migliore offerta; c) a favore del miglior offerente se sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose di quella del promotore, e il promotore non eserciti il diritto di prelazione. In caso di esercizio del privilegio in parola, il promotore dovrà rimborsare al miglior of-

⁶⁵ Sulla riconducibilità nell'ambito della c.d. teoria di agenzia del rapporto tra pubblica amministrazione e promotore, si rimanda a G. Fidone, *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del concessionario nel c.d. project financing*, cit., 11.

ferente le spese sostenute per la partecipazione alla gara; in caso contrario, ovvero in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, è invece il promotore ad avere diritto al rimborso delle spese di progettazione. Anche per tale procedura, è stata rilevata una sorta di subordinazione del principio della concorrenza dovuta all'attribuzione di una posizione di rendita del promotore al fine dell'aggiudicazione. Secondo taluni questa innovazione è giunta quasi a stravolgere l'originario equilibrio dell'intera procedura, perché le norme incentivanti il coinvolgimento dei capitali privati, nell'attuale formulazione della legge, hanno assunto un carattere prevalente rispetto a quelle che garantiscono la piena concorrenza. Il vero è che l'unica risposta che si possa dare a tale appunto è che se è vero che l'attuale formulazione può avere riflessi negativi in merito alla concorsualità, è altrettanto vero che ove vi sia un'effettiva concorsualità si assisterebbe ad una defezione da parte dei privati a finanziare opere pubbliche, soprattutto in un momento quale quello attuale. Il procedimento riflette la ricerca di un punto di equilibrio tra due esigenze opposte: da un lato incentivare la partecipazione dell'impresa privata nel settore in oggetto, dall'altro consentire all'amministrazione la scelta della proposta più vantaggiosa in termini di qualità/prezzo e di tutela dell'interesse pubblico. È pur vero tuttavia che in questo tipo di procedura il diritto di prelazione funziona come una sorta di assicurazione per il promotore contro il rischio della mancata aggiudicazione, poiché rimette alla volontà dello stesso, attraverso il meccanismo modifica/non modifica della proposta, l'aggiudicarsi o meno la realizzazione dell'opera o la gestione del servizio. In ogni caso non è detto che il promotore abbia interesse ad accettare modifiche al proprio progetto, in quanto ad esempio se il promotore fosse una piccola e media impresa non potrebbe offrire le stesse soluzioni tecniche, economiche e finanziarie di una grande impresa.

C. Il terzo schema procedurale, disciplinato dai c. 16-18 dell'art. 153, è stato definito come procedimento a "promotore suppletivo", perché in questa ipotesi l'iniziativa di realizzare un intervento mediante l'istituto in esame discende dall'impulso di un soggetto privato, in ipotesi di inerzia dell'amministrazione nell'attuare quanto previsto nella programmazione dei lavori pubblici. Oggetto di questa procedura sono infatti gli interventi la cui realizzazione, mediante finanza di progetto, è sì prevista nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici, ma per i quali l'amministrazione ha mantenuto una forma di inerzia non pubblicando, nei sei mesi dall'approvazione del secondo documento, ovvero del programma annuale, nessun bando. Di fronte all'inerzia dell'amministrazione si prevede che entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine semestrale le imprese private possano presentare una proposta dotata dei contenuti previsti per le of-

il caso del promotore nella finanza di progetto

ferte nei due schemi esaminati in precedenza. La pubblica amministrazione è tenuta, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine utile per la “*realizzazione additiva*” del privato, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi. L’avviso è di per sé vero proprio bando che deve riconoscere il termine di tre mesi ai concorrenti per presentare tanto le nuove proposte quanto le proposte già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse. Pur nel silenzio della legge, in applicazione del generale principio di concorsualità, è da ritenersi che nel caso in cui vengano presentate più proposte l’amministrazione debba effettuare una valutazione comparativa delle offerte, in esito alla quale verrà individuata quella ritenuta di pubblico interesse. A questo punto l’amministrazione può scegliere tra due procedure concorsuali alternative, ma in entrambe la proposta originaria (ritenuta di pubblico interesse) funge da base di gara: può bandire una concessione di opera pubblica, *ex art.* 143 del Codice, oppure una procedura che si svolge secondo lo schema della seconda gara del procedimento a doppia gara. In entrambi i casi il promotore, che in tale procedura altri non è se non il presentatore della proposta ritenuta di pubblico interesse, viene invitato a partecipare alla procedura.

D. Il quarto schema, disciplinato nei c. 19-20, è quello in cui l’iniziativa privata, compressa negli schemi precedenti, può in una certa misura “*riespandersi*”. Essa si risolve in una versione modificata delle previsioni sulla possibilità, per i soggetti privati, di presentare proposte di intervento in sede di redazione dei programmi dei lavori pubblici. Tale innovazione ha suscitato un notevole interesse, atteso che essa catechizza che la scelta del promotore debba avvenire secondo criteri precisi e pre-determinati dall’amministrazione aggiudicatrice, secondo una gara ad evidenza pubblica, seppure con alcune caratteristiche peculiari⁶⁶. In tal senso la nuova formulazione della norma sembra aver preso atto della sopravvenuta (a seguito del riconoscimento del diritto di prelazione) importanza della fase della scelta del promotore e della necessità di anticipare il momento concorrenziale a tale fase, al fine di rispettare i principi comunitari della parità di trattamento e della trasparenza dell’azione amministrativa⁶⁷. Più in particolare i promotori, come in parte già descritto, “*provvedono alla elaborazione di una proposta*” costituita principalmente da un progetto preliminare, da un piano economico-finanziario e da altri documenti recanti le caratteristiche delle opere

⁶⁶V. Uva, *Il PF ora è più vicino alla gara*, in *Edilizia e Territorio*, n. 47 del 6 dicembre 2004.

⁶⁷G. Fidone, *op. cit.*, 14-15.

da realizzare (dimensioni, livello di attività ecc., i relativi costi e le modalità di gestione e/o di sfruttamento economico dell'opera, ipotizzate con i relativi ricavi volti ad attestare le posizioni di equilibrio del piano di investimento e quindi la fattibilità economico-finanziaria, oltre che tecnica, della proposta).

Per quanto attiene alla finanza di progetto il c. 4 dell'art. 287, d.P.R. 207/2010 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale secondo quanto stabilito dall'art. 30, c. 3, del Codice dei contratti a tale gara viene invitato anche il promotore il quale potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione come la più conveniente. In tal caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione pertanto lo schema risulta quello classico ma è indicativo che si parli di un procedimento di gara sia pure informale.

Le modifiche introdotte nel nostro ordinamento hanno posto i giudici amministrativi, a cui spesso si ricorre per una corretta interpretazione della procedura, nella condizione di doversi cimentare con nuove tecniche di argomentazione necessarie per orientare le decisioni rispetto alla situazione giuridica dei due protagonisti (pubblico e privato), avvalendosi talvolta non di un'interpretazione strettamente giuridica, quanto piuttosto della c.d. "interpretazione finalistica" di cui si tratta.

Se da un lato in capo all'impresa, che entra in contatto con l'amministrazione, è ravvisabile una serie di interessi pretensivi alla realizzazione dei risultati economici preventivati (interessi oggetto di specifica tutela), dall'altro gli stessi non possono tradursi nel disconoscimento della «correttezza e legittimità delle scelte che l'amministrazione compie in ordine alla fattibilità ed al pubblico interesse delle proposte»⁶⁸, scelte che restano interne «all'amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici della proposta presentata»⁶⁹.

Le procedure previste devono quindi essere considerate come una soluzione di compromesso tra due contrapposte esigenze cui il legislatore tende: quella di incentivare i soggetti privati ad investire capitali e a rendersi promotori da un lato; quella di garantire la concorrenzialità tra i diversi aspiranti concessionari per la tutela degli stessi soggetti privati e per l'ottenimento,

⁶⁸ Tar Puglia, Bari, n. 2993/2004.

⁶⁹ Così Tar Sicilia, Catania, n. 2193/2006. Vedi anche G. Marchianò, *Rilievi critici in tema di realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte di privati alla luce della determinazione n. 4 del 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Riv. trim. app.*, 4/2009, 952-980.

il caso del promotore nella finanza di progetto

attraverso il vaglio concorrenziale, di buoni progetti e di buone condizioni contrattuali dall'altro.

Dalla ricerca condotta si avverte la necessità di porre l'accento sul ruolo svolto dal diritto sul mercato e sull'economia, ovvero sull'operatore economico⁷⁰.

Il rapporto tra sistema giuridico e sistema economico presenta una varietà di combinazioni tant'è che, sotto questo profilo, l'istituto del *project financing* è stato adottato quale espressione del temperamento tra le esigenze che attraversano il diritto e l'economia⁷¹.

La scelta di ripercorrere, nel presente contributo, le tappe più rilevanti dell'istituto del finanziamento di opere pubbliche da parte dei privati, è stata dettata proprio dalla verifica dell'interazione del diritto positivo con il sistema economico: l'analisi del rapporto diritto positivo-economia presuppone l'impiego del metodo economico fin dal concepimento della norma.

Partendo da questo assunto, le modifiche introdotte sulla disciplina dell'istituto del *project financing* in generale, e sulle nuove disposizioni relative alla figura del promotore in particolare, devono essere interpretate come incentivi e disincentivi da valutare ai fini dell'influenza che esse eserciteranno sui comportamenti dei soggetti destinatari.

Il vero nodo da sciogliere nel quadro della finanza di progetto può essere ricondotto ad un duplice ordine di problemi: il primo attiene alla scelta della proposta migliore; il secondo è connesso al corretto adempimento della prestazione da parte del privato. In altri termini da un lato l'amministrazione tenderà a massimizzare la sua utilità in relazione al risultato conseguito e alla remunerazione che deve erogare al privato; dall'altro il promotore tenderà a massimizzare la sua utilità in riferimento alle azioni convenienti.

Il problema dunque dell'istituto in parola è quello di individuare le condizioni ed i meccanismi che consentano di massimizzare l'utilità complessiva del binomio amministrazione-operatore privato.

⁷⁰ G. Fidone e B. Raganelli, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. prelazione del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, 949 ss.

⁷¹ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 1995, 120. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella relazione presentata l'8 luglio 2008, confermando la sua attenzione sull'impatto del nuovo Codice degli appalti in materia urbanistica ed edilizia (d.l. n. 163 del 2006) ha fatto un passo in avanti, evidenziando, anche in riferimento ai criteri di aggiudicazione degli appalti, come la scelta sia dettata da discrezionalità, piuttosto che da vincoli formali, versatilità e varietà dei modelli procedurali, responsabilità per le scelte risultate sostanziali e cooperazione e assistenza da parte dell'Autorità che, per posizione istituzionale e qualificazione tecnica, dispone di una visione d'insieme del mercato.

Il vero è che dalle considerazioni sopra espresse, in una prospettiva di analisi economica del diritto, le norme procedurali soprattutto in virtù della attribuzione al promotore del c.d. “diritto di prelazione”, rilevano la volontà del raggiungimento degli scopi che si intende perseguire. È evidente che a dette norme possono essere sollevate un numero importante di critiche, pur tuttavia a parere di chi scrive, rappresentano un buon compromesso tra le due finalità contrapposte individuate nell’incentivo a soggetti privati ad assumere il ruolo di promotore e di selezionare buone proposte e condizioni contrattuali favorevoli per l’amministrazione. Sicuramente, le stesse sono suscettibili di modifiche in positivo, ma la valutazione che delle stesse deve farsi, è proprio quella di compromesso tra l’anima economica e l’anima giuridica delle norme stesse.

Abstract

The article examines the project finance and in particular the role of the promoter in the context of the integration between the legal system and the economic system.

In fact, rather than developing an analysis of the entire theme of the project, the article emphasizes those aspects that are an expression of the interdependence between law and economics, such as the selection process of proposals and the role of the promoter.

Under these two profiles is particularly emphasized that the selection process is characterized by functional unity of the acts and how the prediction of pre-emption right in favor of the promoter represents a choice of an economic nature.

ELISA D'ALTERIO

LA MISURAZIONE DELLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE: UN SISTEMA SENZA QUALITÀ?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Misurare per decidere: contraddizioni ed eccesso di regolazione. – 3. Misurare per migliorare la qualità delle attività. – 4. Misurare per controllare l'azione amministrativa. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Alcuni primi riferimenti alla misurazione delle attività amministrative risalgono al noto rapporto Giannini del 16 novembre 1979¹. Tra i principali problemi dell'amministrazione pubblica italiana, il rapporto segnala l'urgenza di procedere all'unificazione delle metodologie di misurazione della produttività del settore pubblico: in particolare, «la varietà delle tecniche di misurazione della produttività sinora seguita congiunta alle confusioni segnalate tra indicatori di produttività e altre cose, la poca concordia tra gli esperti di questa materia e la non sempre chiara separazione tra profili organizzativi e profili informativo-diagnostici, pongono l'opportunità di procedere ad una ricognizione metodologica che abbia carattere generale» (par. 2.6.). Varietà, confusione, disomogeneità sono, dunque, i tratti principali della disciplina; ad oltre trenta anni di distanza, la situazione non sembra così diversa da allora.

La misurazione delle attività amministrative nasce, dunque, allo scopo di attestare il livello di lavoro (produzione di beni e servizi) ed efficienza (rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti) delle pubbliche amministrazioni. Già alla fine degli anni Settanta, il rapporto registra l'adozione da parte di alcune amministrazioni dei programmi di misurazione della produttività-efficienza, in particolare nei campi delle finanze, interni, ferrovie, poste.

¹ *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, curato da Massimo Severo Giannini e trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979. In questa sede, la produttività è intesa nei termini sia di lavoro, sia di efficienza, la cui misurazione può avvenire mediante l'uso di c.d. "indicatori di produttività".

Alle sperimentazioni di quegli anni segue, oltre un decennio più tardi, l'emanazione di un'apposita normativa (d.P.C.M 27 gennaio 1994) volta a introdurre, presso le amministrazioni erogatrici di servizi, l'adozione della "carta dei servizi", concepita come strumento di misurazione della qualità delle prestazioni pubbliche. In questo modo, la prassi della misurazione è oggetto di una prima forma di "codificazione", ancorché limitata al settore dei servizi finali, ossia delle prestazioni direttamente rivolte al cittadino-utente². Il tema della misurazione torna ad essere, poi, nuovamente considerato dal legislatore alla fine degli anni Novanta con l'emanazione del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286. Tale normativa estende il campo della misurazione all'azione amministrativa complessivamente considerata, in qualche modo tentando una più piena realizzazione degli obiettivi emersi nel citato rapporto del 1979. Accanto a una parziale riforma della disciplina della misurazione della qualità dei servizi (art. 11), il d.lgs. n. 286/1999 prevede quattro specifici modelli di "controllo interno" nelle pubbliche amministrazioni, i cui principi generali, riassunti nell'articolo 1, richiamano i concetti di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (controllo di gestione) e di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti (controllo strategico). Dieci anni più tardi, il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, apporta modifiche molto incisive all'assetto dei controlli interni disegnato dalla precedente normativa del 1999 e, in particolare, introduce una nuova disciplina della «misurazione, valutazione e trasparenza della *performance*» della pubblica amministrazione.

Questa breve ricostruzione dell'evoluzione storico-normativa del tema della misurazione delle attività amministrative³ è una prova, almeno parziale, della costante e forte attenzione della politica al problema della misurazione delle attività pubbliche. Tuttavia, la costanza e il vigore di un tale interesse a livello politico-legislativo si scontrano con i risultati fallimentari di questi programmi, sui piani sia dell'efficacia delle tecniche di misurazione, sia della qualità ed efficienza dell'azione amministrativa. Perché all'adozione di tali programmi non seguono, ancora oggi, risultati significativi? Perché a importi elevati della spesa corrente della pubblica amministrazione⁴ non corrisponde un miglioramento netto della qualità delle sue prestazioni? Perché alla ricchezza di strumenti di misurazione e valutazione previsti dall'or-

² Sull'evoluzione storico-normativa della disciplina si tornerà nel successivo par. 2.

³ Per approfondimenti, si rinvia, ancora una volta, al successivo par. 2.

⁴ Per la spesa nel settore dei beni e servizi, si v. i dati analizzati da G. Mazzantini, *La spesa per consumi finali nella pubblica amministrazione: analisi del trend delle sue componenti e ruolo di Consip*, in *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Collana Astrid, Bologna, Il Mulino, 2011, 53 ss.

dinamento si contrappongono una scarsa attuazione⁵ e un diffuso disinteresse da parte delle amministrazioni?

La misurazione delle attività amministrative è un tema a cui la letteratura giuridica non ha prestato mai molta attenzione⁶. Esistono numerose trattazioni sulle modalità di gestione dei servizi (si pensi alla copiosa letteratura in materia di esternalizzazioni, società miste, affidamenti *in house*)⁷, o sui contenuti delle riforme succedutesi in materia di servizi pubblici locali⁸, o sui profili gius-economici della regolazione dei settori rilevanti e delle dinamiche concorrenziali⁹, o su aspetti specifici della qualità delle prestazioni¹⁰. Nessuno di questi lavori, tuttavia, affronta “da vicino” il problema della misurazione dell’azione amministrativa¹¹.

⁵ Per i dati sullo stato di attuazione dei documenti contenenti *standard* di qualità dei servizi pubblici, ai sensi del d.lgs. n. 150/2009, si rinvia al sito istituzionale della CiVIT (http://www.civit.it/?page_id=3300).

⁶ Il tema è, invece, oggetto di particolare attenzione nell’ambito della letteratura economico-gestionale: si ricordano M. C. Alkin, R. Daillak, P. White, *Using Evaluation: Does Evaluation Make a Difference?*, Beverly Hills, Sage 1979; D. Andrich, *Rasch Models for Measurement*, Newbury Park, Sage, 1988; J.J. Cronin e S. Taylor, *Measuring Service Quality: a Re-examination and Extension*, in *Journal of Marketing*, n. 56, 1992, 55-68; R. V. Horn, *Statistical Indicators for the Economic and Social Science*, Cambridge University Press, 1993; D.J. Bartholomew, M. Knott, *Latent Variable Models and Factor Analysis*, 2nd ed., London, Arnold, 1999.

⁷ La letteratura giuridica su questi temi è molto ampia e vanta una lunga tradizione. Si pensi anche soltanto alle numerose opere di Guido Zanobini sull’esercizio da parte dei privati di attività pubbliche: *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte III, Milano, Giuffrè, 1920, ed. del 1935, 235 ss.; *L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 96 ss. Tra le opere dell’A. si v. anche *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L’organizzazione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1946, 301-322.

⁸ Si pensi ai molti lavori di commento dell’art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133.

⁹ Su questi profili, si ricorda G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

¹⁰ In particolare, esiste una vasta letteratura in materia di carte di servizi. Si v. S. Battini e G. Vesperini, *La Carta dei servizi pubblici. Erogazioni delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997; S. Battini, *La tutela dell’utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1998, 185 ss.; A.M. Circi, *L’attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 1998, 790 ss.; Id., *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2001, 636 ss.; L. Ieva, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la “carta dei servizi”*, in *Foro Amministrativo*, 2001, 229 ss.; F. Giglioni, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, XXXIV, n. 3, settembre 2003; F. Bripi, A. Carmignani e R. Giordano, *La qualità dei servizi pubblici in Italia*, Paper n. 84 Banca d’Italia, gennaio 2011.

¹¹ Gli studi economico-gestionali e di scienza dell’organizzazione, invece, mostrano un

L'obiettivo principale del presente articolo è, quindi, quello di ricostruire un bilancio – in termini giuridici – dell'esperienza italiana di misurazione delle attività amministrative, cercando di rilevare i “nodi di fondo” di una tale prassi. L'espressione “attività amministrative” è usata, in questa sede, in modo elastico ed è riferita primariamente ai servizi pubblici; si considerano, comunque, anche le funzioni e le più generali attività svolte dalle amministrazioni. La domanda che orienta una tale ricerca riguarda le ragioni della misurazione: in altri termini, perché misurare l'azione amministrativa?

Misurare può servire, innanzi tutto, a decidere: il forte interesse politico e mediatico per una tale problematica sembra animato da questa prospettiva. Tuttavia, alle numerose iniziative sono seguiti risultati deludenti; in particolare, l'eccesso di regolazione in materia di misurazione delle attività amministrative e le forti contraddizioni che caratterizzano tali previsioni lasciano pensare che in molti casi il legislatore italiano non ha saputo utilizzare i vantaggi della misurazione (par. 2).

Misurare può servire, inoltre, a migliorare l'efficienza e la qualità dell'azione amministrativa. La previsione di tanti (troppi) strumenti di misurazione e l'esistenza di numerose criticità applicative costituiscono per le amministrazioni un disincentivo all'adozione di tali misure. La rilevazione, inoltre, di dati contraddittori sulla qualità e di costi legati all'applicazione

grande interesse ai caratteri e al funzionamento degli “indicatori”. L'incoerenza dei risultati della misurazione è, ad esempio, ricondotta: alla scarsa bontà ed errata scelta degli indicatori impiegati (per questa ragione, esistono appositi *test* di verifica della validità delle misure); alle irregolarità nei processi di formulazione degli indicatori; all'eterogeneità dei percorsi metodologici (spesso elaborati in seno a importanti organizzazioni globali: in particolare, indicatori relativi all'attività del settore pubblico sono raccolti in appositi documenti annuali elaborati dall'OCSE – *Government at Glance* –, ove sono forniti dati interessanti sullo stato di attuazione delle politiche di modernizzazione delle pubbliche amministrazioni negli Stati membri. Altri indicatori rilevanti sono quelli elaborati dall'ISO, organismo internazionale per la standardizzazione, che costruisce indicatori in molti settori di interesse generale); alla definizione di criteri, dimensioni, indicatori di qualità, variabili e indici sintetici o di valutazione (l'elaborazione di indicatori e *standard* di qualità può avvenire secondo differenti percorsi metodologici; inoltre, il loro oggetto di misurazione può riguardare fattori diversi – *input*, processo, *output*, *outcome* – o differenti nature del fenomeno. Anche il tipo di indicatore può variare: lo stesso può essere effettivo, percettivo, “proxi”, ecc.; altrettanto varia può essere, infine, la modalità di aggregazione dei parametri); alla molteplicità del numero delle dimensioni e del tipo di variabili considerate; alla scarsa capacità di incrociare dati e informazioni; alle differenti modalità di costruzione di misure sintetiche di valutazione della qualità (si v., ad esempio, il modello del *Quality Assessment Index*). Su questi profili, si cfr. P.M. Fayers e D.J. Hand, *Casual Variables, Indicator Variables and Measurement Scales: an Example from Quality of Life*, in *JRRS*, A, n. 165, 2002, 233-261.

la misurazione delle attività amministrative

degli strumenti fa nutrire alcune perplessità in ordine all'efficacia delle misure¹². Alla finalità del miglioramento dei servizi si associano, poi, ulteriori fini (partecipazione dei cittadini all'azione pubblica; tutela del diritto a prestazioni di qualità), non sempre pienamente realizzati (par. 3).

Infine, misurare può servire a controllare l'azione amministrativa, nell'ambito del più ampio sistema dei controlli delle pubbliche amministrazioni, ridisegnato dalle riforme degli ultimi tre anni¹³. In questa prospettiva, si tratta di verificare come il regime della misurazione e valutazione della qualità delle prestazioni pubbliche è inserito in un tale sistema e quali benefici possono derivare da una sua adeguata integrazione (par. 4).

Alla luce di un tale panorama, è possibile formulare alcune indicazioni relative a modalità più efficienti di attuazione della disciplina (par. 5).

¹² Ad esempio, alcune indagini rivelano che il sistema dei servizi pubblici in Italia presenta un buon livello di *performance* (*Relazione annuale al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini* 2011, elaborata dal CNEL ai sensi dell'art. 10-bis, l. 30 dicembre 1986, n. 936, introdotto dall'art. 9, l. 4 marzo 2009, n. 15). La qualità dei servizi sanitari nei presidi territoriali tradizionali (medicina di base, farmacie, ambulatori di medicina specialistica e diagnostica) risulta mediamente alta. Persino il grado di soddisfazione (c.d. qualità percepita) delle principali prestazioni nel settore (studi medici, laboratori di analisi del servizio sanitario nazionale, ecc.) è complessivamente buono. Anche i servizi previdenziali registrano risultati molto positivi in termini di tempestività, efficacia, accessibilità, trasparenza. In particolare, l'indice medio dei tempi di erogazione delle prestazioni previdenziali registra, dal 2009 al 2010, un miglioramento del 9,8%; l'accessibilità ai servizi attraverso l'uso di strumenti telematici è passata dal 16,8% del 2008 al 99,3% del 2010; il gradimento dei servizi di sportello segna un aumento del 15,8% rispetto al valore di riferimento. Infine, per quanto attiene ai servizi di assistenza, colpisce l'elevato grado di soddisfazione della qualità degli asili nido, che rivela, peraltro, una preferenza per la gestione pubblica rispetto a quella privata. Tuttavia, questa ricostruzione è in forte dissonanza con i caratteri di un Paese dove otto cittadini su dieci preferiscono la vettura privata per andare a lavoro (i dati sono tratti dall'articolo di F. Pace, in *Repubblica*, 2011, <http://miojob.repubblica.it/notizie-e-servizi/notizie/dettaglio/In-ufficio-senza-mezzi-pubblici-Troppo-rari-e-poco-raggiungibili/2304017>), soltanto nove regioni su venti riportano dati relativi a tempi reali e/o massimi di attesa per prestazioni sanitarie (a cui si aggiunge una rilevante eterogeneità circa le modalità di accesso e presentazione dei dati; Ministero della salute, *Quarto rapporto nazionale sull'utilizzo di internet quale strumento di comunicazione dei dati sui tempi di attesa nei siti web delle Regioni e P.A. e delle Strutture del Servizio Sanitario Nazionale*, Roma, febbraio 2011, 9, www.salute.gov.it/qualita/paginaInternaQualita.jsp?id=281&menu=liste), e, più in generale, la qualità della vita tende a peggiorare (il dato è tratto dalle indagini di *Living International*, <http://internationalliving.com/2010/12/quality-of-life-2011/>).

¹³ Si tratta, in particolare della legge 4 marzo 2009, n. 15 e dei relativi decreti attuativi (d.lgs. n. 150/2009 e d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198), nonché della disciplina sul federalismo fiscale (l. 5 maggio 2009, n. 42 e relativi decreti di attuazione).

2. Misurare per decidere: contraddizioni ed eccesso di regolazione

Le contraddizioni possono essere frutto della stratificazione, che, a sua volta, può rappresentare un modo di evoluzione della legislazione, delle istituzioni, della storia, assolutamente fisiologico, secondo «un succedersi ed accavallarsi di tratti vecchi e nuovi»¹⁴.

L'evoluzione della disciplina sulla misurazione delle attività amministrative presenta un andamento molto stratificato, ma molto meno fisiologico. Un'"analisi stratigrafica" della materia dimostrerebbe, infatti, come i contatti tra le diverse normative succedutesi nel tempo non corrispondono a una precisa e coerente continuità della disciplina ma, semmai, a un occasionale e disordinato accavallamento di norme, che ha dato luogo a un eccesso di regolazione del settore¹⁵.

L'ampia produzione normativa in questo ambito parte dal citato d.P.C.M. 27 gennaio 1994, che prevede l'adozione di "standard di qualità e quantità" dei servizi pubblici, contenuti in "carte di servizi", tali da consentire la misurazione dell'attività dei soggetti erogatori e, conseguentemente, un controllo da parte degli utenti. La definizione di tali *standard*, nonché degli indicatori e dei metodi atti alla misurazione e valutazione della qualità, spetta agli stessi soggetti erogatori, tenuti all'adozione di un'apposita "relazione illustrativa", di "piani diretti a migliorare progressivamente gli standard di servizi", di una "relazione sui risultati conseguiti"¹⁶. Nella se-

¹⁴ S. Cassese, *Fare l'Italia per costituirla poi. Le continuità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2011, 323.

¹⁵ Complessivamente, nel giro di diciassette anni, il legislatore ha adottato circa una dozzina di normative in materia di misurazione delle attività amministrative, senza voler considerare l'incidenza, anche se indiretta, di numerose previsioni contenute in leggi finanziarie (si pensi ai molteplici interventi di riforma della disciplina dei servizi pubblici locali). Con riferimento specifico alle normative di rango secondario, si contano ben sei generazioni di provvedimenti: d.P.C.M. contenenti schemi generali di riferimento per la predisposizione di carte di servizi; direttive del Presidente del Consiglio dei ministri *ex* (vecchio) art. 11 del d.lgs. n. 286/1999; piano del Dipartimento della funzione pubblica per il miglioramento della qualità dei servizi resi dalla pubblica amministrazione e dai gestori di servizi pubblici, *ex* art. 2, co. 163, l. 24 novembre 2006, n. 286; direttive del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta della Civit, *ex* art. 28 del d.lgs. n. 150/2009; decreti del Presidente del Consiglio dei ministri *ex* art. 7 del d.lgs. n. 198/2009; norme di coordinamento *ex* art. 2 del d.lgs. 26 novembre 2010, n. 216.

¹⁶ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*. A questa direttiva sono seguiti anche i d.P.C.M. 19 maggio 1995 e 2 dicembre 1997 sull'*Individuazione dei settori di erogazione dei servizi pubblici*.

la misurazione delle attività amministrative

conda metà degli anni Novanta del secolo scorso, sono adottati appositi “schemi generali di riferimento per la predisposizione delle carte di servizi” (ex art. 2, 11 luglio 1995, n. 273), in settori rilevanti quali quelli dei trasporti e del servizio idrico integrato, contenenti “fattori di qualità”, “indicatori di qualità”, “*standard* o livelli di servizio promesso” da distinguere in qualitativi e quantitativi (a loro volta, specifici e generali)¹⁷.

Già nel 1999, questo intero assetto è, in parte, scavalcato con l’abrogazione del citato art. 2, n. 273/1995 e la previsione dell’emanazione di apposite “*direttive del Presidente del Consiglio dei ministri ai fini della definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità*”, nell’ambito della più ampia disciplina sui controlli interni (art. 11, d.lgs. n. 286/1999)¹⁸. Il livello di stratificazione normativa si fa, poi, ancora più complesso quando al miglioramento della qualità dei servizi è attribuito un valore economico-finanziario, associando questo obiettivo ai programmi di razionalizzazione e migliore gestione delle risorse pubbliche. È in questa prospettiva che deve essere interpretata la previsione della l. n. 286/2006 che, nel quadro delle disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria, stabilisce che il Dipartimento della funzione pubblica debba predisporre – entro il 31 dicembre 2006 – un «*piano per il miglioramento della qualità dei servizi resi dalla pubblica amministrazione e dai gestori di servizi pubblici [...]*», contenente apposite linee guida per la riorganizzazione delle strutture, nonché sistemi di misurazione della qualità.

La riforma del 2009 in materia di misurazione e valutazione delle *performance* delle amministrazioni (d.lgs. n. 150/2009 e n. 198/2009) riporta, invece, l’attenzione al miglioramento della qualità delle attività amministrative come obiettivo rilevante “in sé e per sé”, a prescindere da qualsiasi implicazione in ambito economico-finanziario. In una prospettiva più ampia di quella del d.lgs. n. 286/1999, viene disegnato un complesso sistema di

¹⁷ La direttiva precisa che: «i soggetti erogatori definiscono standard generali e standard specifici di qualità e quantità dei servizi. I primi rappresentano obiettivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni rese. I secondi si riferiscono a ciascuna delle singole prestazioni rese all’utente, che può direttamente verificarne il rispetto».

¹⁸ Il co. 2 dell’art. 11 stabilisce che: «le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfettario all’utenza per mancato rispetto degli standard di qualità sono stabilite con direttive, aggiornabili annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri. Per quanto riguarda i servizi erogati direttamente o indirettamente dalle regioni e dagli enti locali, si provvede con atti di indirizzo e coordinamento adottati d’intesa con la conferenza unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281».

misurazione e valutazione delle attività amministrative, in cui ricade anche la disciplina più specifica della misurazione della qualità dei servizi pubblici¹⁹. A questi provvedimenti segue, infine, la disciplina in materia di federalismo fiscale, che introduce l'adozione di c.d. "fabbisogni *standard*" per la misurazione delle esigenze delle amministrazioni locali, ai fini della allocazione delle risorse.

La semplice sintesi del quadro normativo in materia di misurazione delle attività amministrative rivela già la vasta mole di disposizioni adottate in questo settore e l'esistenza di continue sovrapposizioni. In questo quadro, è bene, tuttavia, richiamare l'attenzione su almeno due ipotesi di forte incoerenza tra norme. La prima riguarda il rapporto tra i d.lgs. n. 150/2009 e n. 198/2009, tra i quali emergono alcuni problemi di coordinamento. In particolare, le previsioni dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2009, sull'adozione di documenti contenenti *standard* di qualità dei servizi pubblici, non sembrano perfettamente in armonia con quanto previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 198/2009. Nella prima norma si rinviano «le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, [...] i criteri di misurazione della qualità dei servizi» all'adozione di direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottate su proposta della Commissione indipendente per la valutazione trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche – CiVIT. La seconda norma, invece, fa riferimento a «standard qualitativi ed economici [...] per le pubbliche amministrazioni definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla CiVIT». Chi deve, quindi, stabilire le linee guida? Si deve attendere l'adozione di ulteriori regolamenti governativi? Sono sufficienti le delibere della CiVIT?

La seconda contraddizione ha per oggetto la disciplina in materia di federalismo fiscale, che prevede che il governo proponga «norme di coordinamento [...] volte a realizzare [...] un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni» (art. 2, d.lgs. n. 216/2010), «determinati sulla base di un sistema di indicatori in relazione a ciascuna funzione fondamentale e ai relativi servizi» (art. 4, c. 1, *lett. b*), d.lgs. n. 216/2010). L'elaborazione di questo sistema è affidato a un'apposita società, a cui spetta il compito di determinare i fabbisogni *standard* (art. 5, d.lgs. n. 216/2010). Tuttavia, questa normativa sembra non considerare l'esistenza di

¹⁹ Sui contenuti del sistema introdotto con il d.lgs. n. 150/2009 si tornerà *amplius* nei prossimi paragrafi.

la misurazione delle attività amministrative

indicatori e *standard* che le amministrazioni (soprattutto a livello locale) devono elaborare all'interno delle carte di servizi, ai sensi del d.P.C.M. 27 gennaio 1994, e dei documenti contenenti *standard* di qualità dei servizi pubblici, ai sensi dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2009. In altri termini, non è chiaro che tipo di rapporto intercorra tra gli *standard* introdotti dalla normativa sul federalismo fiscale e gli *standard* che le amministrazioni devono adottare in materia di qualità dei servizi: si tratta di medesimi parametri? Quale relazione dovrà esserci tra gli stessi? In quale modo la società a cui è stato affidato il compito di determinare tali indicatori terrà conto di eventuali *standard* già adottati dalle amministrazioni? A queste domande il legislatore sembra non aver dato alcuna risposta; un tale silenzio lascia pensare a un evidente caso di incoerenza tra le discipline normative.

L'indagine sulle ragioni di un tale disordine in questo settore non è semplice. Tuttavia, la ricostruzione dell'evoluzione normativa e delle sue contraddizioni lascia ipotizzare due cause.

La prima, più banale, corrisponde a una generale disattenzione del legislatore verso l'esistenza di precedenti disposizioni e programmi in materia di misurazione, per cui alcune normative sono state adottate trascurando l'esistenza di altre e creando in questo modo sovrapposizioni. L'adozione – quasi “compulsiva” – di questi programmi è, dunque, spiegabile, da una parte, in ragione della costante presa d'atto del cattivo funzionamento delle attività amministrative e della volontà di trovare, ancorché in assenza di criteri precisi, nuove soluzioni; dall'altra, in ragione dell'obiettivo dei vari governi di promuovere politiche di interesse per i cittadini, con il fine di attrarre voti e sostegno dalla collettività, ma senza alcuna cura della coerenza e continuità delle stesse rispetto ai programmi e agli strumenti introdotti dai predecessori.

La seconda causa, più complessa, riguarda la genesi delle norme, adottate senza alcuna misurazione e valutazione – preventiva, concomitante e successiva – dell'efficacia delle stesse. Una tale operazione richiederebbe, altresì, l'analisi di dati empirici (ad esempio, numero delle amministrazioni che hanno adottato le misure previste dalle norme, come le hanno adottate, in quali settori hanno inciso maggiormente, ecc.), che sarebbe, nella fattispecie, facilitata dalla considerazione dei dati tratti dalle misurazioni delle attività amministrative da parte delle amministrazioni. Certamente, l'assenza di tali valutazioni in sede di *drafting* normativo è un problema che non riguarda solo il settore della misurazione delle attività amministrative, ma altri numerosi campi di interesse pubblico²⁰. Tuttavia, nel settore oggetto di esame

²⁰ Si pensi all'adozione delle recenti normative in materia di semplificazioni (d.l. 9

emerge un evidente paradosso: alle continue indicazioni del legislatore sulla rilevanza della misurazione delle attività da parte delle amministrazioni al fine del miglioramento della qualità dei servizi si contrappone l'assenza di qualsivoglia misurazione dell'efficacia delle norme adottate dallo stesso legislatore in questo ambito.

La rilevanza della misurazione dell'efficacia delle norme nelle tecniche di *drafting* normativo è sostenuta da un filone di studi che, come noto, è riconducibile al campo dell'analisi economica del diritto. Sulla base di questi studi, «il punto di partenza è costituito proprio dall'effettività: contenuto e forma delle fonti del diritto dipenderebbero dalla loro idoneità a raggiungere concretamente gli obiettivi che esse si pongono»²¹. Rinviando ad altri lavori l'approfondimento di tali e complessi profili²², è bene, in questa sede, evidenziare come al fine della misurazione dell'efficacia delle norme possano concorrere, tra i vari fattori, anche la disponibilità e la considerazione di dati tratti dalla pratica. Questo assunto trova conferma nei c.d. studi di *Evidence Based Policy*, secondo cui, in sintesi, tutte le politiche pubbliche per essere efficaci (incluse, quindi, anche quelle relative alla misurazione delle attività amministrative) devono essere formulate sulla base di dati empirici tratti dallo stesso oggetto di regolazione²³.

Nel campo della misurazione delle attività amministrative, sarebbe stato, quindi, opportuno che l'adozione, di volta in volta, delle varie normative fosse stata accompagnata da una misurazione e valutazione dell'efficacia delle stesse, che si sarebbero dovute effettuare tenendo conto, soprattutto, dei dati ricavabili dalle stesse misurazioni delle attività amministrative operate dalle amministrazioni sulla base di quelle norme²⁴. Questo avrebbe consen-

febbraio 2012, n. 5, convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35) e di c.d. *spending review* (l. 7 agosto 2012, n. 135, di conversione del d.l. 6 luglio 2012, n. 95), la cui formulazione è avvenuta senza poter tenere conto di dati sull'efficacia dei precedenti interventi normativi effettuati in tali settori, nonché di dati sulle attività amministrative che sarebbero potuti servire al fine di operare gli interventi di snellimento e i tagli alle risorse.

²¹ Così, G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 185.

²² Tra tutti, si ricordano il noto lavoro di C.R. Sunstein e S. Holmes, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, Il Mulino, 2000, e l'opera di D.D. Friedman, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.

²³ Per approfondimenti sul tema, si rinvia a J.J. Rachlinski, *Evidence Based Law*, in *Cornell Law Review*, n. 96, 2011, 901 ss.

²⁴ Dai dati tratti dalle misurazioni delle attività amministrative è, infatti, possibile capire una serie di aspetti molto rilevanti, che potrebbero servire per valutare, a sua volta, l'efficacia delle norme sulla base delle quali sono state effettuate le stesse misurazioni: ad esempio, come

la misurazione delle attività amministrative

tito, almeno secondo gli insegnamenti dei citati studi, una maggiore razionalizzazione della disciplina e avrebbe limitato l'abbondanza di sovrapposizioni e contraddizioni tra disposizioni.

Perché non si è proceduto, allora, secondo questi meccanismi?²⁵ Le ragioni possono essere due. La prima corrisponde all'inesistenza, almeno nell'ordinamento italiano, di una cultura di *drafting* normativo orientata a questo tipo di valutazioni, la cui fattibilità è, del resto, molto spesso impedita dalle condizioni emergenziali in cui sono adottate varie normative in materia di pubbliche amministrazioni. La seconda riguarda la mancanza di dati: solo poche amministrazioni hanno proceduto, nel tempo, alla misurazione delle attività amministrative e, peraltro, in alcuni di questi casi i dati non sono stati mai resi trasparenti e conoscibili. Questo aspetto, inevitabilmente, innesca un circolo vizioso: il mancato svolgimento della misurazione da parte delle amministrazioni non consente, a sua volta, una piena misurazione dell'efficacia delle norme che regolano la stessa prassi, incidendo negativamente sul suo svolgimento. Come dire, un cane che si morde la coda.

All'analisi delle cause della "confusione normativa" in tale settore è bene, inoltre, aggiungere l'esame delle relative conseguenze.

Innanzitutto, disordine e contraddizioni normative si riflettono anche sul piano della "ripartizione delle parti". In particolare: chi sono i regola-

le amministrazioni hanno ricavato i dati (usando indicatori o analisi di *customer satisfaction*?); quali indicatori sono stati utilizzati e come sono stati formulati; in quali settori sono state effettuate le misurazioni; se sono stati previsti aggiornamenti e monitoraggi degli strumenti; quali ostacoli si sono riscontrati nelle misurazioni; quali attività non sono state misurate e quali sono le ragioni della mancata misurazione se sono stati conseguiti vantaggi con l'uso di determinati strumenti di misurazione; quali sono i costi degli strumenti di misurazione impiegati; ecc. La conoscenza di questa serie di aspetti potrebbe, dunque, servire al legislatore per la formulazione di norme più adeguate ed efficienti, limitando, inoltre, incoerenze e contraddizioni.

²⁵ Con riferimento, ad esempio, alle carte di servizi è stato notato che «(...) se si escludono alcune importanti eccezioni, è prevalsa l'ottica dell'adempimento formale ad una disposizione di legge (...). Infatti: a) molte Carte sono risultate una mera riproduzione dello Schema generale di riferimento; b) molte Carte non disciplinano adeguatamente indicatori, standard e procedure di reclamo e di rimborso (...) e si risolvono in corpose "guide ai servizi offerti"; c) gli utenti ignorano l'esistenza delle Carte e, quindi, non reclamano e non alimentano il processo di attuazione e valutazione; d) i soggetti erogatori non producono le relazioni di autovalutazione che la Direttiva richiede o lo fanno in modo discutibile o dietro sollecitazione di una autorità centrale (Ministero)». R. Mussari, *Qualità e Carta dei servizi pubblici*, in G. Grossi e R. Mussari, *I servizi pubblici locali nella prospettiva economica-aziendale*, Roma, Aracne, 2004. Si v. anche L. Lo Schiavo, *La Carta dei Servizi ha funzionato in Italia?*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 3, 1998.

tori? E chi i regolati? Dalla ricostruzione della disciplina emerge che il ruolo di regolatori in materia di misurazione delle attività amministrative è svolto da numerosi soggetti: il legislatore, il governo (in particolare, il Dipartimento della funzione pubblica)²⁶, la CiVIT, il Cnel²⁷, le autorità di settore²⁸. A questa pletera di figure si aggiungono poi alcuni organismi ultrastatali: Unione europea, OCSE, ISO²⁹. La presenza di una tale molteplicità di attori non costituisce un dato positivo, in ragione dell'assenza di forme di coordinamento tra i diversi soggetti istituzionali e della tendenza a sovrapposizioni di competenze del tutto arbitrarie e irragionevoli³⁰.

Tra i regolati, invece, vi sono principalmente amministrazioni eroga-trici di servizi e privati affidatari della gestione delle prestazioni. A livello soprattutto locale, l'esternalizzazione costituisce la modalità principale di gestione dei servizi pubblici, il che può costituire un problema nella misura in cui, ad esempio, l'applicazione di carte di servizi e documenti contenenti *standard* di qualità è regolata principalmente con riferimento alla realtà delle pubbliche amministrazioni³¹. Questa lacuna produce due effetti: innanzi tutto, si rimanda – *de facto* – al privato la scelta degli strumenti e delle modalità di attuazione della misurazione delle attività affidate; in secondo luogo, non esiste alcuna forma di controllo pubblico dei risultati delle eventuali misurazioni e valutazioni condotte dai privati gestori, ma, in genere, si pro-

²⁶ All'interno del Dipartimento della funzione pubblica, la citata direttiva del 1994 aveva previsto l'istituzione di un apposito "Comitato permanente per l'attuazione delle carte di servizi".

²⁷ Sulle attività del Cnel in tale settore, si rinvia alla nt. 12.

²⁸ Ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 198/2009, la definizione delle linee guida per l'elaborazione degli *standard* di qualità da parte dei concessionari di pubblici servizi deve avvenire secondo le linee guida predisposte dalle competenti autorità di settore.

²⁹ Anche a livello europeo e globale sono elaborati indicatori e *standard* di qualità dell'azione amministrativa, al fine di promuovere politiche di modernizzazione e miglioramento qualitativo delle pubbliche amministrazioni degli Stati membri. Unione europea ed OCSE, ad esempio, definiscono importanti indicatori nel settore dell'istruzione, che sono poi utilizzati a livello nazionale. Sul punto, si rinvia all'analisi contenuta nel Rapporto Irpa, a cura di B. Carotti, E. D'Alterio e T. Testoni, in materia di *Misurazione della qualità nella sanità e nell'istruzione*, 2012 (www.irpa.eu).

³⁰ Ad esempio, il Cnel, nella *Relazione annuale al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, cit., prevede l'elaborazione di un set di indicatori generali e aggregati ai fini della rilevazione dei dati sui livelli e sulla qualità dei servizi pubblici. Questo programma potrebbe sovrapporsi alle indicazioni metodologiche impartite dal Dipartimento della funzione e, soprattutto, dalla CiVIT sulla definizione degli strumenti di misurazione e potrebbe, altresì, collidere con l'assetto della misurazione e valutazione delle *performance* disegnato dal d.lgs. n. 150/2009.

³¹ Si v. il par. 4.

la misurazione delle attività amministrative

filano forme di acquiescenza da parte delle amministrazioni, che, più in generale, non svolgono attività di monitoraggio sull'esecuzione dei servizi affidati³². Questo non esclude che la misurazione possa essere svolta efficacemente dai privati: il settore privato applica da molto più tempo misure di questo tipo, corrispondenti soprattutto a contratti di servizio e *service level agreement*³³. Si tratta, tuttavia, di coordinare meglio questi strumenti con i caratteri delle misure adottate dalle amministrazioni e soprattutto con il sistema dei controlli pubblici³⁴.

Infine, lo stato patologico del quadro regolativo si riflette anche sull'assetto dell'*enforcement* della disciplina. Una prima contraddizione attiene alla previsione dei rimedi: ad esempio, il sistema delle carte di servizi ancora si basa sul meccanismo dei reclami, mentre la violazione di indicatori e *standard* contenuti nei documenti *ex d.lgs. n. 150/2009* e *n. 198/2009* ammettono la possibilità di azionare il ricorso per l'efficienza (c.d. "*class action*"). A correggere parzialmente questa discrasia è intervenuta la CiVIT che, con delibera n. 88/2010, ha precisato che la mancata o tardiva adozione di questi documenti non esclude la possibilità che, nelle more di un tale adempimento, la violazione degli *standard* delle carte di servizi – nei casi in cui siano state adottate – sia fatta valere attraverso lo strumento dell'azione collettiva.

Un secondo problema attiene al controllo sull'adozione e attuazione delle misure da parte dei soggetti erogatori. Questo controllo è svolto in molti casi dagli stessi erogatori, in assenza di un soggetto diverso e indipendente che svolga un'effettiva attività di monitoraggio. A tal riguardo, è necessario comunque fare alcune precisazioni. A livello centrale, l'organismo deputato a un controllo sull'adozione delle misure potrebbe essere la CiVIT,

³² Su questi aspetti, si v. L. Fiorentino e B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, Rimini, Maggioli, 2007, e in termini più generali A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.

³³ I contratti di servizio sono applicati nei casi di affidamento all'esterno dei servizi pubblici locali (in genere, si tratta di concessioni), ai sensi dell'art. 133 del Testo unico degli enti locali. Tali contratti contengono l'individuazione delle prestazioni (senza necessaria formulazione di indicatori e *standard*), la previsione di livelli minimi di qualità, le garanzie nei confronti degli utenti (obblighi di comunicazione, ecc). Essi prevedono, altresì, attività di *reporting* da parte del gestore e un sistema di reclami attivabile da parte degli utenti. I *service level agreement*, invece, sono applicati principalmente nell'ambito di appalti misti di servizi e forniture (come nel caso del *global service*) e individuano le prestazioni misurabili, la frequenza, i metodi, gli indicatori. L'adozione di tale strumento implica che i risultati dell'attuazione dei sistemi di monitoraggio incidono sulla corresponsione del compenso nei confronti dell'erogatore.

³⁴ Su questo punto, si rinvia al par. 4.

nonostante non esistano previsioni normative in tal senso. Una tale funzione, infatti, potrebbe essere ricavata, anche se in modo forzato, dall'attività di indirizzo che è stata espressamente riconosciuta alla Commissione dall'art. 1, d.lgs. n. 198/2009 in merito alla definizione delle linee guida per la predisposizione dei documenti contenenti gli *standard* di qualità (delibera n. 88/2010), nonché dal collegamento tra tali documenti e gli atti che le amministrazioni devono adottare nell'ambito del Ciclo di gestione della *performance*. Tuttavia, la CiVIT svolge, principalmente, funzioni di indirizzo e controllo, ma è priva di poteri di intervento e sanzionatori: in altri termini, è un organismo *toothless*.

A livello territoriale, invece, operano, ad esempio, agenzie per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali, che adottano relazioni pubbliche annuali in cui è illustrato lo stato dei servizi e degli strumenti di controllo della qualità. Questo modello non è ancora, comunque, molto diffuso e sconta, peraltro, il limite di essere poco indipendente dagli organi di vertice dell'amministrazione comunale – in particolare del Consiglio – che ne nominano i componenti. A questi limiti si aggiunge poi un'ulteriore criticità – ricavabile, ad esempio, dalla stessa lettura della relazione annuale –³⁵, di carattere più tecnico. Il controllo riporta dati e informazioni non tanto sulla qualità effettiva e percepita dei servizi, quanto su risultati di *benchmarking* tra comuni (anche di altri Stati) in corrispondenza dei diversi settori. La rilevazione e pubblicazione di questi dati, da una parte, costituiscono una forma importante di trasparenza, dall'altra, non sono, in vari casi, correlati a *standard* che consentano una specifica valutazione e, soprattutto, il possibile intervento ai fini del miglioramento dei servizi³⁶.

Questi elementi concorrono a determinare una scarsa effettività dell'intero assetto di *enforcement*. In particolare, il sistema sembra scontare non solo una carenza di "leve", ma soprattutto la presenza di alcuni disincentivi. Ad esempio, la coesistenza tra il sistema dei reclami da parte degli utenti – associato al meccanismo dei rimborsi – e la nuova disciplina della *class action* può costituire un deterrente rispetto all'uso del secondo strumento che, come noto, non comporta, in caso di accoglimento del ricorso, alcun risarcimento a beneficio dei ricorrenti. Pertanto, il cittadino, che vuole lamena-

³⁵ La relazione, ad esempio, dell'Agenzia del Comune di Roma è consultabile su <http://www.agenzia.roma.it/documenti/relazioni/189.pdf>.

³⁶ A mero titolo di esempio, nella citata relazione annuale è reso noto che a Milano c'è un più alto uso del *car sharing* (3209 abbonati) rispetto a Roma (1365 abbonati), ma non si capisce se questo dipende da un cattivo funzionamento del servizio romano o dalla circostanza che i cittadini della Capitale siano particolarmente affezionati alla propria automobile!

la misurazione delle attività amministrative

tare il cattivo funzionamento di un servizio, è maggiormente incentivato a sporgere reclamo piuttosto che a partecipare a un'azione collettiva. Questa tendenza produce effetti negativi nei confronti delle amministrazioni nella misura in cui l'accoglimento della *class action* è volto a correggere situazioni di cattiva gestione delle prestazioni.

In tutti i modi, la cattiva gestione delle attività amministrative può rilevare ai fini della misurazione e valutazione della c.d. *performance* organizzativa delle amministrazioni, ai sensi dell'art. 8, lett. g), d.lgs. n. 150/2009. Questo collegamento potrebbe rappresentare un importante incentivo per l'attuazione degli strumenti di misurazione, poiché la loro mancata adozione e/o la rilevazione di dati negativi sulla qualità delle prestazioni potrebbe incidere sulla corresponsione e ripartizione della retribuzione accessoria di dirigenti e dipendenti pubblici, secondo il sistema descritto dal Titolo III del d.lgs. n. 150/2009 (art. 19). Si tratta, certamente, di una leva pratica – e motivazionale – da non sottovalutare³⁷.

3. Misurare per valutare la qualità delle attività

In *Measure for measure* di William Shakespeare ogni evento incorre nell'applicazione della giusta misura, secondo un criterio di quasi perfetta proporzionalità³⁸. In questa prospettiva, la misura appare come l'indice dell'entità dell'evento considerato, in termini di positività o negatività, gravità o leggerezza, ecc.

L'opera shakespeariana – per quanto naturalmente lontana nei fini, nel tempo e nello spazio – sembra suggerire la logica a cui dovrebbe ispirarsi il sistema di costruzione degli strumenti di misurazione della qualità dei servizi e, più in generale, delle attività pubbliche. Si tratta, in realtà, di un meccanismo molto semplice: la misura deve essere costruita in perfetta aderenza e proporzionalità al fine che si intende perseguire con la misurazione. Una tale aderenza deve tenere conto di un duplice parametro: in primo luogo, la misura deve essere prevista nel quadro di una finalità generale a cui è sottesa l'intera operazione (ad esempio, verificare se è necessaria l'adozione di previsioni sullo stanziamento di nuove risorse per la costruzione di scuole); in secondo luogo, è necessario identificare alcuni obiettivi specifici in relazione ai quali costruire gli strumenti di misurazione (ad esempio, verificare

³⁷ Sul punto, si rinvia al par. 4.

³⁸ W. Shakespeare, *Measure for measure*, 1603.

la capienza degli edifici esistenti, la distribuzione degli alunni nelle aule, la diffusione di strutture sul territorio, ecc.). Le misure (indicatori) avranno, pertanto, una natura composita, tale da rispecchiare la multidimensionalità degli obiettivi considerati.

Numerosi sono gli studi economici, matematici, statistici e di scienze sociali su tali profili³⁹. In queste opere, sono condotte analisi approfondite delle metodologie e delle pratiche di scelta e costruzione degli indicatori (si pensi alla *multidimensional analysis*), delle variabili e dei condizionamenti (sociali, ambientali, culturali, politici, ecc.), delle tecniche di verifica della bontà degli strumenti⁴⁰, dell'opportunità delle scelte effettuate nella costruzione e validazione delle misure⁴¹.

A questa ricchissima produzione scientifica si contrappone, tuttavia, la povertà di analisi giuridiche. Da una parte, è comprensibile che l'interesse del giurista non possa essere rivolto alla costruzione e al funzionamento degli strumenti di misurazione e valutazione della qualità, temi rispetto ai quali, del resto, sono richieste diverse competenze. Dall'altra, emerge però

³⁹ Si v., ad esempio, D.H. Krantz, R.D. Luce, P. Suppes, A. Tversky, *Foundations of Measurement*, Vol. 1, Academy Press, New York, 1971; K. Land, *On the Definition of Social Indicators*, in *The American Sociologist*, n. 6, 1971, 322-325; P. Smith, *The Use of Performance Indicators in the Public Sector*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, Series A, 153, 1990, 53-72; J.J. Cronin J.J., S. Taylor, *Measuring Service Quality: a Re-examination and Extension* in *Journal of Marketing*, 56, 1992, 55-68; F. Delvecchio, *Scale di misura e Indicatori Sociali*, Cacucci Editore, 1992; R.D. Luce, *The Ongoing Dialogue between Empirical Science and Measurement Theory*, in *Journal of Mathematical Psychology*, n. 40, 1996, 78-98; J.A. Diez, *A Hundred Years of Numbers. An Historical Introduction to Measurement Theory 1887-1990*, in *Stud. Hist. Phil. Sci.*, vol. 28, no. 1, 1997, 167-185; R.B. Johnson, *Toward a Theoretical Model of Evaluation Utilization*, *Evaluation and Program Planning*, 21, 1998, 93-110; P.D. De Boeck, M. Wilson, *Explanatory Item Response Models: A Generalized Linear and Nonlinear Approach*, Statistics for Social Science and Public Policy, Springer, 2004.

⁴⁰ Significatività, completezza, validità e affidabilità, comprensibilità, tempestività, invariabilità rispetto a comportamenti opportunistici, non ridondanza, sensibilità ai costi di raccolta dati, focalizzazione su ambiti di influenza (Aa.Vv., *Misurare per decidere. La misurazione delle performance per migliorare le politiche pubbliche e i servizi*, Roma, Dipartimento della funzione pubblica, Rubbettino, 2006, 51) sono criteri che devono caratterizzare in genere gli indicatori di *performance* affinché i costi di rilevazione delle informazioni e, più in generale, la loro efficienza siano garantiti. L'efficacia, al contrario, può essere valutata solo a posteriori, in rapporto all'aderenza dei risultati dell'applicazione dei parametri con gli obiettivi prestabiliti. Si v. anche E. Gori e G. Vittadini, *Qualità e valutazione nei servizi di pubblica utilità*, Milano, Etas, 1999.

⁴¹ Si cfr. M. Saisana, A. Saltelli, S. Tarantola, *Uncertainty and Sensitivity Analysis Techniques as Tools for the Quality Assessment of Composite Indicators*, in *Journal Royal Statistical Society*, A, 168 (2), 2005, 1-17.

la misurazione delle attività amministrative

l'esigenza di una riflessione giuridica sui fini e i relativi profili applicativi che sottendono i programmi di misurazione⁴². Allo studioso di diritto amministrativo spetta, in particolare, chiarire il collegamento tra l'attuazione dei programmi di misurazione e i contenuti delle decisioni pubbliche, tenendo conto di almeno quattro fattori: *i*) procedimenti amministrativi e modalità di gestione impiegate dalle amministrazioni; *ii*) coinvolgimento dei privati all'azione pubblica; *iii*) diritti dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione; *iv*) assetto dei controlli della macchina amministrativa.

i) Per quanto attiene al primo profilo, i risultati della misurazione dovrebbero essere utilizzati ai fini della razionalizzazione e regolazione dei procedimenti amministrativi e delle modalità gestionali che caratterizzano l'erogazione delle prestazioni pubbliche. In particolare, si tratta dello snellimento e della semplificazione dei procedimenti e delle strutture organizzative⁴³, nonché della razionalizzazione delle modalità gestionali di erogazione⁴⁴. Posto un tale fine generale, i dati raccolti dalla misurazione e valutazione della qualità effettiva dovrebbero servire alle istituzioni, tra le tante finalità, per adottare decisioni pubbliche in grado di imporre, da una parte, utili ed efficaci programmi di semplificazione amministrativa, dall'altra, criteri per le amministrazioni nelle scelte di *make or buy* e dei modelli di esternalizzazione. Nel primo caso, è evidente come l'analisi di dati sulla qualità dei servizi costituirebbe un parametro fondamentale, ad esempio, per individuare l'esistenza di servizi ormai inutili e quindi eliminabili, per verificare sprechi di risorse (si pensi ai numerosi casi in cui sono destinati significativi importi economici per servizi qualitativamente scadenti), per identificare le attività migliorabili con processi di digitalizzazione, ecc. Nel secondo caso, la conoscenza dei dati consentirebbe alle amministrazioni di valutare adeguatamente le scelte di acquisto di beni e servizi, nonché l'opportunità e la

⁴² In questa sede, non si trascura l'esistenza di una vasta letteratura in materia di scienza dell'amministrazione, che si occupa di questi temi. Tra i lavori più recenti, si segnala M. Rigghettini, *Dal federalismo dei costi al federalismo dei servizi. Per migliorare la qualità della governance*, in *Economia e società regionale*, n. 1, 2011.

⁴³ Si v., da ultimo, il citato d.l. n. 5/2012, convertito in l. n. 35/2012, che, nonostante apporti importanti misure ai fini della semplificazione di una serie di procedure sia di interesse generale per i cittadini e le imprese, sia di interesse settoriale, non contiene riferimenti a dati o profili di misurazione e valutazione della qualità dei servizi.

⁴⁴ In materia di esternalizzazione di servizi pubblici, non esiste ancora in Italia una normativa generale di riferimento, assimilabile, ad esempio, alla vasta produzione normativa statunitense: *Executive Order* n. 12931/1994 (*Federal Procurement Reform*); *Circular A 76* del 1996 e suc. mod.; *Federal Activities Inventory Reform Act of 1998 – Fair Act*; *Federal Acquisition Regulation* del 1999 (e suc. mod.).

selezione tra appalti, concessioni, partenariati, *leasing*, *project financing*, nella gestione delle prestazioni.

Allo stato, tutto questo non sembra possibile. Ad impedire queste prospettive sono soprattutto: la frammentarietà ed eterogeneità degli strumenti previsti dall'ordinamento; la scarsa attuazione delle misure e il disinteresse da parte delle amministrazioni; una insufficiente attenzione delle istituzioni.

Con riferimento al primo impedimento, i principali strumenti di misurazione, valutazione e controllo della qualità nello specifico ambito dei servizi pubblici sono: carte di servizi; documenti contenenti *standard* di qualità dei servizi pubblici *ex d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009*; contratti di servizio; *service level agreement* e analoghi strumenti di definizione dei livelli di servizio; sistemi vari di misurazione e valutazione della qualità effettiva e percepita ("Barometro della qualità", "Mettiamoci la faccia", ecc.)⁴⁵. Esistono molteplici differenze tra questi strumenti, che riguardano soprattutto la metodologia e le finalità sottese alla formulazione degli indicatori e degli *standard*.

Ad esempio, la metodologia alla base dell'elaborazione di indicatori e *standard* contenuti nelle carte di servizi presenta differenze con quella prevista per la predisposizione dei documenti contenenti indicatori e *standard* di qualità di cui ai *d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009*. Ai sensi di queste normative, gli indicatori e gli *standard* di qualità dei servizi pubblici devono essere elaborati in armonia e coerenza con gli indicatori e gli *standard* previsti nel Piano della *performance*, nonché degli obblighi di trasparenza regolati all'interno dei Programmi triennali per la trasparenza e l'integrità, nel più ampio quadro del Ciclo di gestione della *performance* e sotto l'attività di indirizzo di un organismo indipendente, quale la CiVIT⁴⁶. Diversamente, la disciplina delle carte di servizi prevede che l'elaborazione di indicatori e

⁴⁵ Il "Barometro della qualità" è un sistema di misurazione e valutazione della qualità dei servizi pubblici, creato e adottato in via sperimentale dal Dipartimento della funzione pubblica e caratterizzato dall'individuazione di quattro dimensioni (accessibilità, tempestività, trasparenza, efficacia), in corrispondenza delle quali sono elaborati gli indicatori, che vengono normalizzati e ponderati (sulla base di variabili e di pesi), nonché sottoposti a un'analisi della robustezza (validazione). Alla loro formulazione partecipano gli *stakeholder*. La formulazione avviene attraverso l'uso di un *Toolkit* – sistema telematico di costruzione degli indicatori sulla base dei dati inseriti dalle amministrazioni. L'iniziativa "Mettiamoci la faccia", invece, rappresenta uno strumento di rilevazione della qualità percepita, basato sull'uso di *emoticons* corrispondenti a diversi livelli di gradimento del servizio, direttamente selezionabili da parte degli utenti.

⁴⁶ L'assetto appare simile a quello di alcuni sistemi stranieri di *performance management*. Per un'analisi comparativa, si v. G. Bouckaert e J. Halligan, *Comparing Performance Across Pub-*

la misurazione delle attività amministrative

standard sia effettuata con esclusivo riferimento ai caratteri delle prestazioni, rimandando a provvedimenti governativi la definizione delle indicazioni tecniche e metodologiche ai fini della predisposizione dei suddetti parametri (schemi generali di riferimento e direttive *ex art. 11 d.lgs. n. 286/1999*). Emerge con immediatezza la differenza degli assetti metodologici di formulazione degli indicatori e *standard*, riconducibili non solo a diversi organismi di indirizzo ma, soprattutto, alle differenti finalità. Anche altri strumenti, ancorché applicati in via sperimentale, presentano proprie peculiarità e differiscono ulteriormente dalle misure citate. Ad esempio, il “Barometro della qualità” funziona come mezzo di *benchmarking*, avente come fine quello di consentire la formazione di una ‘classifica’ tra amministrazioni, sulla base di indici sintetici, calcolati meccanicamente.

La molteplicità ed eterogeneità degli strumenti costituiscono un problema nella misura in cui tali mezzi tendono a cumularsi o a sovrapporsi tra loro. Le amministrazioni non ricevono indicazioni precise e univoche in ordine alla loro applicazione; al contrario, soffrono del più generale disordine che caratterizza sia il quadro regolativo di riferimento, sia l’identità dei soggetti regolatori⁴⁷.

La diretta conseguenza di un tale assetto è la scarsa e, a volte, errata attuazione delle predette misure. Per quanto riguarda questo secondo impedimento, è evidente come l’incertezza sulla regolazione e sulle tipologie di strumenti, nonché l’assenza di un reale controllo sulla loro applicazione⁴⁸, a fronte dell’insorgenza di significativi oneri (si pensi all’impiego di risorse umane per l’applicazione degli strumenti, la rilevazione dei dati, la valutazione, ecc.), alimentano forme di rifiuto e disinteresse da parte delle amministrazioni.

In particolare, dati empirici illustrano una situazione molto sconcertante, in ordine sia al numero delle amministrazioni che hanno adottato carte di servizi e documenti *ex d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009*⁴⁹, sia alla qualità che caratterizza tale documentazione. Questi documenti, infatti, non contengono, in genere, indicatori e *standard* di qualità, ma semplici illustrazioni dei servizi, indicazioni sui soggetti erogatori, dati degli uffici a cui rivolgersi per eventuali disfunzioni. Ci sono anche casi in cui questi materiali – in particolare le carte – contengono indicatori e *standard*, ma la loro formulazione non tiene conto del collegamento con i documenti di pro-

lic Sectors, in *Performance Information in the Public Sector. How It Is Used*, a cura di W. van Dooren e S. van de Walle, London, Palgrave Macmillan, 2008, 72 ss.

⁴⁷ Si v. il par. 2.

⁴⁸ Si v., di nuovo, il par. 2.

grammazione strategica dell'amministrazione (piani della *performance*) o si limita alla semplice considerazione degli *input* e degli *output*. A tutto ciò si aggiunge poi una scarsa pubblicità di tali documenti che, anche nei casi in cui sono adottati, non sono adeguatamente portati a conoscenza dei cittadini-utenti.

Rileva inoltre la mancata, ancorché normativamente prevista, istituzione di osservatori sull'adozione delle carte di servizi (come l'"Osservatorio della qualità della mobilità", previsto nel d.P.C.M del 1998), che avrebbero dovuto costituire un'importante banca dati della materia. L'unico portale *web* esistente – destinato alla raccolta delle carte di servizi – è *www.cartaservizi.com*, il cui mancato aggiornamento e povertà di carte raccolte lo rendono pressoché inutile.

Interessante, invece, è l'insieme di dati raccolti dal Cnel nella "*Relazione annuale al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*" (2011)⁵⁰, che costituisce uno dei pochi lavori di raccolta di indicatori e *standard* impiegati da alcune amministrazioni nella misurazione e valutazione della qualità dei servizi. Tuttavia, l'analisi condotta in questo lavoro soffre dei limiti della missione affidata al Cnel, che è quella di valutare l'impatto sociale di alcuni servizi finali resi a cittadini e imprese (soprattutto attraverso analisi di *benchmarking* e la proposizione di indicatori integrati e generali di discutibile attendibilità), senza alcuna attenzione alle possibili aree di correzione e miglioramento dei sistemi di misurazione e valutazione della qualità.

Colpisce, poi, la poca risonanza attribuita all'istituzione e all'attività del "Comitato permanente per l'attuazione della carta dei servizi pubblici presso la Presidenza del Consiglio dei ministri". Sembra, pertanto, trattarsi dell'ennesima previsione caduta nel vuoto.

Infine, non si può trascurare come molte responsabilità sull'inefficacia del sistema siano, senza dubbio, riconducibili alle istituzioni. Per quanto attiene a quest'ultimo impedimento, le istituzioni sono, innanzi tutto, responsabili del disordine regolativo⁵¹ e dell'assenza di concreti sforzi volti a rendere la disciplina accessibile e, di conseguenza, efficacemente applicabile dagli amministratori pubblici. A correzione di una tale tendenza, l'esperienza britannica potrebbe costituire un valido esempio: in questo ordinamento, l'applicazione della riforma manageriale delle amministrazioni e della qualità dei servizi è stata caratterizzata dall'impiego di *delivery unit* e *task force*,

⁴⁹ A settembre 2011, poco più di venti amministrazioni hanno proceduto all'adozione degli *standard*. Per approfondimenti, si visiti il sito web della CiVIT (www.civit.it).

la misurazione delle attività amministrative

composte da giovani preparati negli specifici settori, inviati presso le singole amministrazioni a fare formazione sull'applicazione concreta delle misure e chiamati a riportare i risultati delle loro missioni direttamente al Primo Ministro⁵². Sarebbe, dunque, opportuno che programmi del genere siano attuati – efficacemente – anche nell'ordinamento italiano.

Un'ultima responsabilità riguarda l'assenza di previsioni in ordine al settore specifico della misurazione e valutazione della qualità dei servizi pubblici locali. In particolare, la disciplina di cui ai dlgs. n. 150/2009 e n. 198/2009 sembra riferibile soltanto alle amministrazioni centrali. Come si avrà modo di approfondire nel successivo paragrafo, la misurazione e valutazione della qualità dei servizi pubblici devono collegarsi con l'attuazione del Ciclo di gestione delle *performance* delle amministrazioni. Tuttavia, la disciplina del Ciclo di gestione, dell'istituzione degli organismi indipendenti di valutazione (OIV), dei piani e delle relazioni di *performance*, dei programmi triennali per la trasparenza e l'integrità, non è direttamente applicabile a regioni ed enti locali, ma oggetto di libere forme di "adeguamento" da parte di tali amministrazioni, ai sensi dell'art. 16, dlgs. n. 150/2009⁵³. Sono evidenti i risvolti negativi di un tale assetto: le forme di adeguamento – dove sono state attuate⁵⁴ – non considerano in genere il problema dell'adozione dei documenti contenenti *standard* di qualità (o delle carte di servizi); inoltre, non esistono forme di controllo sull'esistenza e sulle modalità di attuazione degli strumenti di misurazione e valutazione da parte né delle ammi-

⁵⁰ Si rinvia alla nt. 12.

⁵¹ Sul punto, si rinvia al par. 2.

⁵² Il Regno Unito ha avviato nel 1997 un programma di riforme, basato su un quadro di programmazione finanziaria pluriennale orientato alla *spending review* e alla definizione di *Public Service Agreement*. L'attuazione di questo programma è stato affidato ad apposite unità, chiamate a formare e indirizzare le amministrazioni. In questo quadro, rileva, in particolare, il *Service Transformation Agreement (STA)*, che ha come fine quello di semplificare l'erogazione dei servizi pubblici, riducendo i contatti superflui con le amministrazioni e promuovendo la digitalizzazione.

⁵³ L'art. 16 del d.lgs. n. 150/2009 regola l'applicazione del titolo II del decreto agli enti locali, prevedendo che «negli ordinamenti delle regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e degli enti locali trovano diretta applicazione le disposizioni dell'art. 11, c. 1 e 3. 2. Le regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi contenuti negli art. 3, 4, 5, c. 2, 7, 9 e 15, c. 1. 3. Nelle more dell'adeguamento di cui al c. 2, da attuarsi entro il 31 dicembre 2010, negli ordinamenti delle regioni e degli enti locali si applicano le disposizioni vigenti; decorso il termine fissato per l'adeguamento si applicano le disposizioni previste nel presente Titolo fino all'emanazione della disciplina regionale e locale».

nistrazioni territoriali, né degli organismi centrali⁵⁵. Appare, quindi, del tutto auspicabile indirizzare l'attenzione delle istituzioni verso tali aspetti⁵⁶.

ii) Una particolare attenzione va, inoltre, data anche al profilo della partecipazione dei privati all'azione amministrativa. In particolare, la determinazione degli strumenti di misurazione dovrebbe avvenire attraverso il coinvolgimento degli *stakeholder*, soprattutto nelle fasi iniziali del procedimento. Le amministrazioni dovrebbero, infatti, attivare forme di coinvolgimento dei privati – anche seguendo il modello dell'inchiesta pubblica⁵⁷ – ai fini della mappatura delle attività e della individuazione degli obiettivi della misurazione. La partecipazione assolverebbe, in questo caso, la funzione di consultazione⁵⁸. L'adozione poi di mezzi di rilevazione anche della qualità percepita dell'azione amministrativa, attraverso strumenti di valutazione della *customer satisfaction*, renderebbe ancora più efficace il sistema.

Tuttavia, l'analisi dello stato dell'arte rivela un deludente livello di coinvolgimento degli *stakeholder* nel processo, ad esempio, di formulazione degli indicatori e *standard* di qualità dei servizi. Le carte, nonché i documenti adottati ai sensi delle più recenti normative del 2009, non solo sono formulati dalle amministrazioni senza alcun coinvolgimento dei portatori di interessi, ma soprattutto non riportano la descrizione delle modalità e metodologie seguite nella costruzione di indicatori e *standard*. Queste carenze riflettono la tendenza delle amministrazioni a fruire di ampia discrezionalità nella determinazione dei predetti parametri, soprattutto con riferimento all'individuazione di *standard* e valori programmati che, inevitabilmente, sono formulati al ribasso. A un tale eccesso di libertà si aggiunge, oltretutto, un cattivo uso della stessa. A questo profilo si collega, infine, l'assenza nelle am-

⁵⁴ Per approfondimenti, si rinvia alla sintesi delle leggi regionali adottate ai fini dell'adeguamento al dlgs n. 150/2009, pubblicata su <http://www.civit.it/?p=4244>.

⁵⁵ A livello territoriale, l'adozione e la scelta delle misure rientrano nella discrezionalità dell'amministrazione locale, che a tal fine non riceve indicazioni sulle modalità e sui metodi di attuazione degli strumenti. Le indicazioni della CiVIT o del Dipartimento della funzione pubblica sono rivolte, infatti, soprattutto alle amministrazioni centrali, trascurando in questo modo la realtà delle prestazioni locali.

⁵⁶ Si rinvia al par. 5.

⁵⁷ Si pensi al modello francese del "debat public", considerato un rilevante strumento di democrazia partecipativa, applicato specialmente in materia ambientale per consentire ai cittadini di presentare proprie osservazioni in relazione alla costruzione di grandi opere infrastrutturali, che potrebbero causare conseguenze a livello ambientale. Si tratta di uno strumento che, con finalità diverse, potrebbe essere usato per consentire la partecipazione degli *stakeholder* in materia di misurazione e valutazione della qualità dei servizi pubblici.

⁵⁸ Sulle diverse finalità e forme della partecipazione dei privati all'azione amministra-

la misurazione delle attività amministrative

ministrazioni di banche dati o archivi che raccolgano la “memoria storica” delle attività di cui è titolare l’amministrazione. Grandi difficoltà sono emerse, infatti, nella realizzazione delle mappature, assolutamente necessarie ai fini della formulazione di indicatori e *standard*, ma pressoché assenti in buona parte delle amministrazioni.

iii) Per quanto riguarda il terzo profilo, l’attività di misurazione sembra potersi collegare al riconoscimento di un diritto del cittadino-contribuente a prestazioni pubbliche di qualità⁵⁹. Questo diritto troverebbe fondamento nel generale principio di buon andamento dell’amministrazione (art. 97 cost.), considerato nella sua più ampia accezione. A questo principio la giurisprudenza della Corte costituzionale ha collegato nel tempo numerose questioni, relative all’ottimale funzionalità delle strutture e dei moduli di organizzazione, alla tempestività e all’efficienza dell’azione amministrativa, e, soprattutto, all’economicità di gestione e contenimento dei costi dei servizi pubblici⁶⁰. Il collegamento risulta ancora più evidente nella misura in cui la Corte riconduce al buon andamento anche i profili relativi al controllo sulla gestione per la valutazione di economicità ed efficienza dell’attività amministrativa⁶¹.

Il riconoscimento di un tale diritto pone interessanti questioni sul piano dei rimedi previsti dall’ordinamento ai fini della sua tutela. Come

tiva, si ricorda il noto lavoro di S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Un’analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Archivio giuridico*, 1970, n. 1-2, 25 ss.

⁵⁹ F. Giglioni, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, cit.

⁶⁰ Sulla materia dei servizi pubblici, si v., in particolare, la sentenza n. 60 del 1991, ove la Corte afferma che «(...) ciò posto, si deve riconoscere che l’efficienza e il contenimento dei costi dei servizi pubblici – che sono a carico della collettività – attengono al concetto di buon andamento della pubblica amministrazione e come tali assumono rilevanza sotto il profilo costituzionale».

⁶¹ Si v. le sentenze n. 29 del 1995 e n. 470 del 1997, ove nella prima la Corte definisce la disciplina del controllo di gestione come una forma di attuazione del principio di buon andamento, con il fine di «di favorire una maggiore funzionalità nella pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva della economicità/efficienza dell’azione amministrativa e dell’efficacia dei servizi erogati». Nella seconda sentenza, la Corte evidenzia in modo ancora più chiaro un tale collegamento, affermando che «il controllo previsto dalla disposizione contestata – avente ad oggetto la valutazione dell’attività amministrativa non solo in rapporto a parametri di legalità, ma in riferimento ai risultati effettivamente conseguiti rispetto agli obiettivi programmati, tenuto conto delle procedure e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento – è stato ricondotto allo stesso disegno costituzionale della pubblica amministrazione, delineato in base ai principi del buon andamento degli uffici (art. 97, primo comma, della Costituzione), della responsabilità dei funzionari (art. 28 della Costituzione),

noto, non esiste uno specifico rimedio giudiziario attivabile dal singolo nei casi di cattiva qualità delle attività pubbliche. Esistono, invece, nel campo dei servizi finali, strumenti di reclamo diretti alle amministrazioni o, in genere, ai soggetti privati affidatari del servizio, il cui esercizio, tuttavia, non produce in genere risultati soddisfacenti. Gli utenti – a determinate condizioni dettate dai soggetti erogatori – possono chiedere rimborsi, con modalità non sempre agevoli e poco pubblicizzate. Solo recentemente, è stato introdotto lo strumento della *class action*, che, a parte le particolari condizioni di legittimazione attiva e operatività, è sottoposta a una regolazione ancora poco chiara⁶².

4. Misurare per controllare l'azione amministrativa

L'attività di misurazione delle attività amministrative è riconducibile al sistema dei controlli delle pubbliche amministrazioni⁶³. Questo ultimo profilo (*iv*) – tra quelli indicati nel precedente paragrafo – richiede un'attenzione particolare e assume piena centralità nella trattazione del tema. Che tipo di collegamento intercorre tra la disciplina della misurazione e l'assetto dei controlli interni delle pubbliche amministrazioni? Quali sono i profili applicativi di un tale sistema?

Il d.lgs. n. 150/2009 ha riformato il quadro dei controlli interni delle amministrazioni⁶⁴. Le componenti principali del nuovo assetto sono riprese dai programmi, in parte, di *New Public Management*, in parte, di *Public Governance*: in sintesi, valutazione dei risultati e della *performance*; sviluppo di mec-

dell'equilibrio di bilancio (art. 81 della Costituzione) e del coordinamento della finanza delle Regioni con quella dello Stato, delle province e dei comuni (art. 119 della Costituzione)».

⁶² Sul tema della *class action* si segnalano i lavori di U. Zingales, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della P.A.: la class action*, commento al decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2010, 246 ss. e di C. Tubertini, *La prima applicazione della 'class action amministrativa'*, commento a Tar Lazio, sez. III-bis, sentenza 20 gennaio 2011, n. 552, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2011, 862 ss.

⁶³ In questa sede, l'analisi del rapporto tra la misurazione della qualità delle attività amministrative e il sistema dei controlli è limitata alla più recente disciplina introdotta dal dlgs. n. 150/2009, posta l'esistenza già di una vasta letteratura sui precedenti interventi normativi in materia di controlli. Per una sintesi, si rinvia a G. D'Auria, *I controlli*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, IV ed. 2012, pp. 481 ss.

⁶⁴ Sul d.lgs. n. 150/2009 esiste, soprattutto, una letteratura di impostazione gius-lavoristica; minori sono le trattazioni giuridiche dedicate all'incidenza di tale normativa sull'assetto dei controlli delle pubbliche amministrazioni. Tra queste, si segnala C. Chiappinelli, L. Con-

la misurazione delle attività amministrative

canismi di tipo aziendale; attenzione alla gestione delle risorse umane e ai profili di etica; promozione della tecnologia di informazione e comunicazione; rilevanza delle relazioni con i cittadini. Si tratta di un assetto più evoluto e complesso di quello disciplinato dal dlgs. n. 286/1999⁶⁵, ove rilevano – a differenza del passato – l’interdipendenza e integrazione tra i sistemi di programmazione, valutazione, controllo e trasparenza delle *performance*, all’interno di un c.d. “Ciclo di gestione della *performance*”⁶⁶. Sulla base di questo assetto, sono previste forme di *performance measurement* volte a valutare la *performance* non finanziaria, modalità di *performance budgeting* e di *performance-based management*, tecniche di rendicontazione esterna dei risultati a cittadini e *stakeholder*, forme di revisione esterna dei risultati da parte di organismi indipendenti⁶⁷.

In tale contesto, la qualità delle attività amministrative (in particolare, dei servizi pubblici) è un tassello fondamentale, nella misura in cui costituisce espressione di *performance*⁶⁸. Più esattamente, la qualità (e quantità) dei servizi corrisponde a una dimensione della *performance* organizzativa, ai sensi dell’art. 8, lett. g) dlgs. n. 150/2009. Questa forma di *performance* attiene al livello organizzativo (intera amministrazione e/o unità organizzative) e la sua misurazione e valutazione è strettamente connessa a quella delle *performance* individuali⁶⁹. Come indicato dalla letteratura sul tema, «occorre evidenziare

demi, M.C. Cipolloni, *Programmazioni, controlli, responsabilità nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁶⁵ Del dlgs. n. 286/1999 sopravvivono molti elementi (direttiva Ministro, controllo di gestione, ecc.). Il compito di conciliare il vecchio sistema con il nuovo è rimesso all’autonomia delle singole amministrazioni (nel sistema di misurazione e valutazione), pur nei vincoli del dlgs. 150/2009 e delle delibere della Civit. Certamente, tra il dlgs. n. 286/1999 e dlgs. n. 150/2009 esistono molte differenze: a) dalla centralità delle strutture (Secin) prevista dal primo decreto legislativo si passa alla centralità delle funzioni-processi e strumenti; b) dai controlli interni si passa a un sistema di *accountability* esterna che poggia sull’indipendenza degli OIV e sulla trasparenza; c) infine, si realizza una sistematizzazione e proceduralizzazione della valutazione attraverso il ciclo di gestione della *performance*.

⁶⁶ Si v. l’art. 4, dlgs. n. 150/2009.

⁶⁷ Su questi aspetti, si v. L. Hinna e G. Valotti, *Gestire e valutare la performance nella PA. Guida per una lettura manageriale del D.Lgs. 150/2009*, Rimini, Maggioli, 2010.

⁶⁸ In generale, la *performance* delle amministrazioni può essere definita come «contributo (risultato e modalità di raggiungimento del risultato) che un soggetto (unità organizzativa, team, singolo individuo) apporta attraverso la propria azione al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi e, in ultima istanza, alla soddisfazione dei bisogni per i quali l’organizzazione è stata costituita». Così, F. Monteduro, *Il ciclo di gestione della performance*, in *Gestire e valutare la performance nella PA*, cit., 337.

⁶⁹ Sul punto, è bene evidenziare come tale disciplina tenda ad ancorare la valutazione

(...) che coerentemente alla logica sistemica del ciclo di gestione della performance (art. 4) sarà possibile sviluppare il sistema di misurazione e valutazione multidimensionale di cui all'art. 8 solo se già nella fase di definizione degli obiettivi (programmazione) ciascuna di queste dimensioni sarà stata considerata»⁷⁰. Questo è un passaggio centrale che spiega in quali termini la determinazione di obiettivi, indicatori e *standard* di qualità dei servizi pubblici debba fare parte integrante della più generale programmazione strategica dell'amministrazione. In altri termini, la formulazione di tali parametri – sia che avvenga all'interno di carte di servizi, sia mediante l'adozione di documenti *ex d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009* – deve essere svolta in modo coordinato e contestuale alla formulazione degli obiettivi e indicatori dei piani di *performance* e in correlazione con gli strumenti previsti dai sistemi di misurazione e valutazione della *performance*. Obiettivi e indicatori di qualità delle prestazioni devono essere, infatti, presenti anche nei piani, sulla base di una corrispondenza con le carte di servizi o i documenti *ex d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009*. Più è forte la correlazione tra tali atti – e i parametri ivi contenuti –, maggiore è la possibilità di un efficace funzionamento dell'intero sistema di controllo. Le medesime considerazioni valgono, del resto, anche per la definizione degli obiettivi di trasparenza che, ai sensi dell'art. 11, *d.lgs. n. 150/2009*, devono essere formulati all'interno di appositi “programmi triennali per la trasparenza e l'integrità”, in perfetta corrispondenza con gli obiettivi rilevanti in materia di trasparenza previsti nei piani di *performance*⁷¹. Peraltro, gli obiettivi e *standard* di qualità delle attività amministrative possono essere, a loro volta, obiettivi e *standard* di trasparenza. La delibera n. 88/2010 della CiVIT prevede, infatti, che la formulazione di tali parametri deve avvenire tenendo conto di quattro dimensioni principali, tra le quali, appunto, la trasparenza⁷². In questo senso, si tratta di ambiti intrecciati tra loro e strettamente interdipendenti. Per queste ragioni, tanto la qualità dei servizi, quanto la trasparenza costituiscono elementi inscindibili dalla programmazione strategica delle amministrazioni e, come tali, devono essere oggetto di misurazione e valutazione sulla base di parametri omogenei e coordinati con quelli indicati nei piani e nei sistemi.

È evidente, dunque, come il coordinamento tra i vari documenti è strumentale al funzionamento dell'intero sistema dei controlli interni delle

individuale soprattutto dei vertici dirigenziali alla *performance* organizzativa, in stretta correlazione alle responsabilità di tipo organizzativo riconoscibili in capo a tali soggetti.

⁷⁰ Così, F. Monteduro, *Il ciclo di gestione della performance*, cit., 401.

⁷¹ Sul punto, si v. le delibere della CiVIT n. 105/2010 e n. 2/2012.

la misurazione delle attività amministrative

amministrazioni. In altri termini, se gli obiettivi, indicatori e *standard* di qualità dei servizi pubblici sono elaborati senza tenere conto di quanto è previsto nei piani di *performance* e nei sistemi di misurazione e valutazione, non solo il ciclo di gestione della *performance* non potrà funzionare completamente ed efficacemente, ma anche la stessa misurazione e valutazione della qualità dei servizi perderà significato e utilità⁷³. In questo modo, infatti, si formulerebbero parametri a se stanti, la cui misurazione e valutazione avverrebbero con modalità e criteri – presumibilmente – diversi da quelli previsti per la misurazione e valutazione delle *performance*, nonostante la qualità delle attività costituisca una componente centrale della *performance* organizzativa delle amministrazioni. A quel punto, i risultati ottenuti dall'applicazione degli indicatori e *standard* di qualità avrebbero scarso rilievo: i dati risulterebbero oggetto di una misurazione effettuata con indicatori elaborati sulla base di obiettivi dissociati da quelli contenuti nei documenti di programmazione strategica dell'amministrazione e, peraltro, rilevati con strumenti distinti da quelli previsti nei sistemi per la misurazione e valutazione delle *performance*, con la conseguente difficoltà di utilizzare e conciliare i risultati; una tale pratica renderebbe poi realmente complessa l'utilizzazione dei dati ai fini dell'applicazione della premialità (titolo III del d.lgs. n. 150/2009). Su quest'ultimo punto, è bene ricordare che l'impianto dei controlli ridisegnato dal d.lgs. n. 150/2009 associa, in modo molto stretto, le misurazioni e valutazioni delle *performance* organizzative con le misurazioni e valutazioni di quelle individuali. L'art. 9, d.lgs. n. 150/2009, infatti, lega la misurazione e valutazione della *performance* individuale dei dirigenti «agli indicatori di performance relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità», nonché «alla qualità del contributo assicurato alla *performance* generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate»; anche per la valutazione del personale non dirigente rileva la «qualità del contributo assicurato alla *performance* dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi». Posto che la premialità è strettamente correlata ai risultati derivanti dalle misurazioni e valutazioni delle *performance* (organizzative e individuali), che a loro volta sono tradotti in c.d. “graduatorie di *performance*”⁷⁴,

⁷² Le altre dimensioni sono l'accessibilità, tempestività ed efficacia, alle quali si aggiungono le ulteriori dimensioni indicate dalla più recente delibera n. 3/2012.

⁷³ Si ricorda che l'art. 5 del d.lgs. n. 150/2009 prevede che gli obiettivi devono essere: «(...) c) tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi».

⁷⁴ Il c. 1 dell'art. 19, d.lgs. n. 150/2009 prevede che: «in ogni amministrazione, l'Orga-

è evidente come l'elaborazione di obiettivi, indicatori e *standard* di qualità dei servizi in modo dissociato da un tale assetto non consentirebbe una incidenza dei dati, così ricavati, ai fini della distribuzione dei premi.

Al contrario, le amministrazioni – almeno da quanto risulta dagli atti adottati nel primo anno di attuazione della riforma⁷⁵ – hanno in genere formulato i documenti contenenti *standard* di qualità dei servizi, nonché i programmi triennali per la trasparenza e l'integrità⁷⁶, in modo separato dai piani di *performance* e dai sistemi di misurazione e valutazione, come se si trattasse di documenti non comunicanti tra loro. In molti casi, poi, le amministrazioni si sono limitate a mantenere le vecchie carte di servizi, senza aggiornarne le modalità di compilazione⁷⁷. Questo scenario rappresenta non solo una delle principali criticità applicative del nuovo sistema dei controlli interni delle amministrazioni, ma soprattutto un significativo limite del funzionamento dei programmi di miglioramento della qualità dei servizi.

Come evidenziato, la separazione degli obiettivi, indicatori e *standard* di qualità dei servizi pubblici dall'assetto di obiettivi e indicatori previsti nei piani e nei sistemi non rende possibile l'utilizzazione dei dati ricavabili dalle misurazioni e valutazioni della qualità ai fini della premialità. Questo induce, inevitabilmente, le amministrazioni a non considerare adeguatamente la rilevanza del conseguimento degli obiettivi di miglioramento della qualità delle attività amministrative, posta l'assenza di incidenza sulla misurazione e valutazione delle *performance*. Per questa ragione, sarebbe molto importante che le amministrazioni legassero la formulazione di obiettivi, indicatori e *standard* di qualità dei servizi a quella degli obiettivi e indicatori di *performance* previsti nei piani e nei sistemi, sulla base dei quali sono valutati – secondo un articolato meccanismo a cascata – dirigenti e personale non dirigenziale⁷⁸. Questo coordinamento costituirebbe una leva fondamentale per

nismo indipendente, sulla base dei livelli di performance attribuiti ai valutati secondo il sistema di valutazione di cui al Titolo II del presente decreto, compila una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale, distinto per livello generale e non, e del personale non dirigenziale».

⁷⁵ Tali criticità sono state riscontrate nei rapporti contenenti i risultati del monitoraggio svolto da CiVIT, pubblicati sul relativo sito istituzionale.

⁷⁶ In questo caso, circa settanta amministrazioni – su ottantotto tenute all'adozione del Programma – hanno adottato tale documentazione (dato aggiornato a dicembre 2011).

⁷⁷ Sul punto, si segnala la delibera n. 3/2012 della Civit contenente nuove linee guida per il miglioramento degli strumenti per la qualità dei servizi pubblici, che “recupera” lo strumento delle carte dei servizi nella misura in cui esse tengano conto delle indicazioni metodologiche dettate della CiVIT e si adeguino al sistema disegnato dal d.lgs. n. 150/2009.

⁷⁸ Sul punto, la delibera n. 3/2012 della CiVIT prevede che «il raggiungimento degli

la misurazione delle attività amministrative

il funzionamento della disciplina e sarebbe del resto in linea con la logica che sottende l'intero d.lgs. n. 150/2009⁷⁹.

Il sistema dei controlli ridisegnato dal d.lgs. 150/2009 consente, dunque, di ancorare le misurazioni e valutazioni del personale e, soprattutto, dei dirigenti a obiettivi organizzativi, tra i quali è, quindi, necessario che ci siano anche quelli legati alla qualità delle attività amministrative. Questo sistema è particolarmente efficiente, poiché consente di attivare un circolo virtuoso: l'inclusione degli obiettivi di qualità delle attività nei piani di *performance* e nei sistemi condiziona la misurazione e valutazione dei dirigenti e del personale anche a questi parametri, ai quali verrebbe, a sua volta, subordinata la premialità, con l'intuibile conseguenza di una maggiore attenzione e cura da parte delle amministrazioni verso un tale ambito. Inoltre, un'errata distribuzione della premialità, a fronte di risultati scarsi in ordine al conseguimento degli obiettivi organizzativi, potrebbe determinare i presupposti per l'emersione di forme di responsabilità erariale, che i dirigenti hanno tutto l'interesse di evitare.

Questo assetto, comunque, non è esente da profili critici. Innanzi tutto, il funzionamento di un tale sistema potrebbe trovare un limite nei casi in cui l'amministrazione affidi ai privati la gestione delle attività. Si tratta di un'ipotesi molto diffusa, che non consentirebbe di ancorare la valutazione di dirigenti e personale ai risultati sulla qualità delle prestazioni. Tuttavia, non sembra peregrino ritenere che il collegamento potrebbe essere mantenuto, facendo in modo che i risultati della qualità delle attività, ancorché ge-

standard di qualità debba rappresentare uno degli elementi che contribuiscono alla determinazione del livello complessivo di *performance* dell'amministrazione: di conseguenza, si ribadisce l'opportunità della massima coerenza fra gli standard di qualità definiti per i servizi erogati e i contenuti del Piano della *performance*. In particolare, «nel Piano della *performance* devono essere previsti obiettivi di *performance* coerenti con il rispetto degli standard di qualità stabiliti». A tal fine, risulterebbe sufficiente che «fra i due elementi siano assicurate coerenza e compatibilità»; inoltre, «deve risultare evidente la coerenza fra l'elenco dei servizi, di cui al paragrafo 3.2 della presente delibera, e l'individuazione degli ambiti/dimensioni in cui si articola la definizione degli obiettivi di *performance* contenuti nel Piano». Si precisa comunque che «qualora si preveda di inserire gli standard di qualità direttamente nel Piano della *performance* (come alcune amministrazioni hanno già fatto nella prima edizione del Piano stesso), questo non sostituisce, ai fini della comunicazione, l'inserimento degli standard nella Carta dei servizi e la relativa pubblicazione».

⁷⁹ Si nota che in passato la valutazione non corretta di un dirigente o del personale non produceva conseguenze dirette a livello individuale, poiché era ancorata a dimensioni non collegate con la *performance* organizzativa: pertanto, un dirigente, ad esempio, poteva essere in grado di raggiungere i propri obiettivi individuali e, al contempo, valutare tutto il personale dipendente dal suo ufficio positivamente, nonostante il cattivo funzionamento della

stite dai privati affidatari, siano correlati alle capacità di controllo dell'amministrazione sull'esecuzione delle prestazioni⁸⁰. Questa soluzione potrebbe risolvere, almeno in parte, l'annoso problema dell'assenza di forme efficienti di monitoraggio da parte delle amministrazioni nei confronti della gestione dei servizi esternalizzati.

In secondo luogo, l'incidenza della misurazione delle attività sui meccanismi di premialità non garantisce, necessariamente, il miglioramento della qualità delle prestazioni, che potrebbero risultare comunque di livello insoddisfacente. Per questa ragione, è necessario che accanto alla misurazione siano previsti programmi di rilevazione della qualità percepita. Sul punto, sembra ipotizzabile, ad esempio, l'inclusione di obiettivi e indicatori di qualità percepita nelle carte dei servizi o nei documenti *ex d.lgs. n. 150/2009* e *d.lgs. n. 198/2009*, che si pongano in stretta correlazione con gli obiettivi e indicatori di qualità effettiva e, più in generale, con l'assetto degli obiettivi e indicatori previsti nei piani e nei sistemi⁸¹.

5. Conclusioni

Il complesso delle attività amministrative non appare come un sistema privo di qualità, ma semmai carico di "possibilità"⁸². I precedenti paragrafi mostrano come le finalità e le modalità applicative della misurazione abbiano un'incidenza fondamentale sui risultati e come un'attenta analisi dei vari profili consenta di scorgere, appunto, una serie di possibilità di miglioramento del sistema.

Se si misura per decidere, allora è necessario che l'adozione di normative in tale settore sia preceduta, accompagnata e seguita da valutazioni di efficacia sia delle stesse sia delle precedenti disposizioni, che potrebbero basarsi anche sui dati tratti dalle misurazioni che le amministrazioni sono chiamate

struttura nel suo complesso. I risultati di una tale pratica erano, quindi, l'inefficienza del sistema di controllo e l'inevitabile scarico dei costi sulla collettività.

⁸⁰ In altri termini, la scarsa qualità dei servizi ricadrebbe nella responsabilità dell'amministrazione nella misura in cui quest'ultima non abbia operato un controllo efficiente sull'esecuzione delle prestazioni affidate al privato gestore.

⁸¹ Sul punto, la citata delibera n. 3/2012 stabilisce che «deve essere effettuata la misurazione dei risultati ottenuti dall'amministrazione tenendo conto del soddisfacimento di domande e bisogni dei diversi *stakeholder* e del raggiungimento dei propri obiettivi inseriti nel Piano della *performance*. Tali risultati comprendono, quindi, sia la *performance* dell'organizzazione sia le percezioni degli *stakeholder* ottenibili attraverso *feedback* diretti».

⁸² Tale considerazione vuole richiamare la suggestione letteraria tratta dal romanzo di

la misurazione delle attività amministrative

a svolgere. Se si misura per migliorare la qualità delle attività, bisogna ridurre il numero degli strumenti di misurazione, chiarendone contenuti e forme di attuazione, promuovere una più forte attenzione da parte delle amministrazioni, sollecitare l'interesse e una maggiore cura da parte delle istituzioni. Inoltre, è necessario creare più ampie forme di coinvolgimento della collettività nell'azione pubblica e incentivare la consultazione degli *stakeholder* soprattutto nella fase di mappatura delle attività; al contempo, bisogna garantire l'esercizio del diritto dei cittadini a prestazioni pubbliche di qualità, introducendo strumenti di tutela nel caso di violazioni di un tale diritto. Infine, se si misura per controllare l'attività delle pubbliche amministrazioni, l'elaborazione dei parametri di misurazione e valutazione della qualità non può avvenire separatamente dalla realizzazione dell'assetto della misurazione e valutazione delle *performance*.

Da questa breve ricostruzione è possibile trarre alcune indicazioni di *policy* più dettagliate, che possono suggerire una revisione della disciplina e un migliore orientamento delle decisioni pubbliche future.

Innanzitutto, la materia richiede un'opera di riordino, semplificazione e razionalizzazione. A questa operazione dovrebbe precedere una raccolta delle disposizioni applicabili, abrogando quelle superate o che non hanno mai trovato un'effettiva attuazione (come quelle contenute in alcune leggi finanziarie)⁸³. La selezione dovrebbe "lasciare in vita" le disposizioni sulle carte di servizi, da rivedere alla luce delle normative del 2009. Si tratta, in particolare, di rendere compatibile l'adozione delle carte con la più ampia disciplina della misurazione e valutazione delle *performance* delle amministrazioni.

In secondo luogo, l'opera di riordino dovrebbe introdurre norme che chiariscano il collegamento tra la disciplina delle carte di servizi (a cui verrebbe in questo modo conferita una maggiore "dignità normativa") e quella del ciclo di gestione della *performance*, indicando le relazioni necessarie tra l'elaborazione degli obiettivi e indicatori di *performance* nei piani e nei sistemi e la definizione dei parametri di qualità dei servizi. Una tale previsione dovrebbe obbligare le amministrazioni a formulare indicatori e *standard* di qualità in connessione con quelli di *performance*, consentendo l'analisi integrata di tutte le componenti delle *performance* organizzative. A sua volta, questo sistema produrrebbe due conseguenze importanti: in primo luogo, consentirebbe di riferire la premialità anche al conseguimento degli obiettivi posti in materia di qualità delle attività amministrative (in partico-

R. Musil, *Der Mann ohne Eigenschaften*, 1930, ove l'assenza di qualità (o proprietà) della figura

lare dei servizi pubblici), in quanto parte integrante del set di obiettivi organizzativi dell'amministrazione. In secondo luogo, verrebbero meglio identificati i soggetti responsabili in ordine sia alla gestione, sia al controllo di tali attività. Più esattamente, soggetti responsabili per la gestione sarebbero sia l'organo di vertice politico-amministrativo in relazione alla definizione degli obiettivi strategici⁸⁴, sia i dirigenti e, a cascata, i dipendenti in ordine al conseguimento degli obiettivi operativi in cui sono declinati gli obiettivi posti dal vertice. Per quanto attiene invece al controllo, sarebbe bene evidenziare la responsabilità dell'OIV in relazione alla verifica sulla corretta definizione degli obiettivi e indicatori in materia di qualità delle attività, nell'ambito del più ampio monitoraggio sulla correttezza metodologica dei piani di *performance* e dei sistemi di misurazione e valutazione⁸⁵.

Una terza indicazione attiene alla disciplina più specifica dei servizi pubblici locali. Posto che le amministrazioni locali gestiscono il più ampio numero di prestazioni finali, è necessario che l'eventuale normativa di riordino della materia contenga disposizioni specifiche sulle modalità di applicazione della misurazione e valutazione dei servizi presso gli enti locali, ove la disciplina del ciclo di gestione della *performance* è oggetto di mero adeguamento. Il legislatore dovrebbe fornire chiare coordinate e obbligare tali amministrazioni all'adozione delle misure secondo modalità e strumenti uniformi rispetto a quelli adottati dalle amministrazioni centrali. Queste previsioni dovrebbero, altresì, contemplare le ipotesi in cui tali servizi sono affidati a privati in regime di *outsourcing*. A tal riguardo, la misurazione e valutazione della qualità delle prestazioni potrebbe avvenire da parte dei privati, sulla base di obiettivi e indicatori fissati dall'amministrazione in relazione alla propria programmazione strategica. Questo obbligherebbe le amministrazioni a svolgere una serie di controlli sull'esecuzione dei servizi da parte dei gestori privati, in ragione dell'interesse al conseguimento degli obiettivi legati alla *performance* dell'amministrazione.

In quarto luogo, sarebbe necessario individuare un unico soggetto deputato sia ad adottare gli indirizzi metodologici per la definizione di *stan-*

umana è correlata al senso di possibilità che ne caratterizza l'esistenza.

⁸³ Si v. il par. 2.

⁸⁴ Il c. 2 dell'art. 15, d.lgs. n. 150/2009 prevede che «l'organo di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna amministrazione: a) emana le direttive generali contenenti gli indirizzi strategici; b) definisce in collaborazione con i vertici dell'amministrazione il Piano e la Relazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettere a) e b); c) verifica il conseguimento effettivo degli obiettivi strategici; (...)».

⁸⁵ L'OIV è un organismo tecnico e indipendente chiamato a svolgere questo tipo di

la misurazione delle attività amministrative

dard e indicatori, sia a verificarne l'attuazione e la corretta esecuzione. Questa previsione consentirebbe oltretutto di ridurre il numero di strumenti di misurazione e valutazione attualmente previsti dall'ordinamento, sollecitando forme di coordinamento. Al momento, sono troppi gli organismi che dettano indicazioni: Dipartimento della funzione pubblica, CiVIT, Cnel, autorità di settore, comitati per l'applicazione delle carte di servizi, ecc. L'organismo "prescelto" dovrebbe, poi, essere dotato di poteri di intervento e sanzionatori che, allo stato, non sono ad esempio riconoscibili in capo alla CiVIT.

Un quinto punto riguarda l'*enforcement*. In particolare, l'attuazione del sistema dovrebbe essere garantita non solo dall'organismo deputato allo svolgimento delle attività di controllo, ma soprattutto dalla possibilità dei cittadini di far sentire la propria voce. A tal riguardo, è necessario che l'operatività della *class action* sia più chiaramente ancorata ai casi di violazione, da parte delle amministrazioni, degli *standard* di qualità dei servizi contenuti sia nei documenti di cui ai d.lgs. n. 150/2009 e d.lgs. n. 198/2009, sia nelle carte di servizi; inoltre, sarebbe opportuno abrogare – o anche rivedere – l'attuale formulazione dell'art. 7, d.lgs. n. 198/2009, nella parte in cui rinvia all'adozione di ulteriori provvedimenti governativi l'operatività concreta del rimedio giudiziario. L'*enforcement* dovrebbe essere, infine, maggiormente garantito da strumenti di valutazione da parte dei cittadini/utenti, promuovendo – in modo più significativo – mezzi di rilevazione della *customer satisfaction* e, al contempo, modalità di ponderazione della qualità percepita in rapporto alla qualità effettiva (si noti, infatti, che anche le più recenti normative del 2009 tendono a privilegiare la misurazione e valutazione della qualità effettiva, senza dare il giusto peso alla qualità percepita). Queste previsioni tenderebbero a garantire il diritto dei cittadini a ricevere prestazioni pubbliche di qualità, stabilendo forme di interazione e controllo da parte direttamente dell'utenza.

Infine, una sesta indicazione riguarda la formulazione delle misure. Certamente, non è semplice "avere la ricetta" per la formulazione di indicatori attendibili ed efficaci. Come evidenziato nei precedenti paragrafi, gli indicatori (e *standard*) possono soffrire condizionamenti politici, ambientali, metodologici, ecc⁸⁶. Inoltre, dovrebbe essere misurata e valutata l'efficacia delle norme che regolano gli strumenti di misurazione⁸⁷. Tuttavia, è possi-

monitoraggio sulla base delle proprie competenze tecniche, della propria imparzialità rispetto all'amministrazione e ai vertici, e alla luce delle indicazioni della CiVIT.

bile intervenire sul processo di elaborazione degli indicatori, imponendo regole e modalità uguali per tutte le amministrazioni, la cui osservanza consenta di giungere alla formazione di parametri il più possibile validi e affidabili. Nonostante si tratti di un aspetto di dettaglio, non appare peregrino suggerire che tali regole sul “processo”, almeno in via generale, siano innanzi tutto previste nella normativa di rango primario. Questo suggerimento, ancorché suscettibile di critiche sul piano del *drafting* legislativo, deriva dalla presa d'atto del fallimento delle numerose normative di rango secondario di imporre criteri e procedure chiare e univoche. Anche le stesse delibere della CiVIT (n. 88/2010 e n. 3/2012), che contengono indicazioni importanti in ordine al processo di formulazione degli indicatori e *standard*, sono prive di quella forza vincolante che obbligherebbe le amministrazioni a procedere secondo gli indirizzi stabiliti. Tra queste regole, sarebbe certamente opportuna la previsione di un maggiore ed effettivo coinvolgimento degli *stakeholder* – soprattutto nella fase di mappatura delle attività – e di strumenti di controllo nell'esecuzione della misurazione e valutazione. Queste previsioni valorizzerebbero la partecipazione dei cittadini all'azione pubblica e potrebbero costituire una forma di “legittimazione democratica” delle misure⁸⁸.

Abstract

The measurement of administrative activities is an issue which, although neglected by legal science, deserves special attention in relation to the broader issue of the quality and efficiency of public administrations. Despite the constant political attention to the problem of measurement of public activities, the results of the programs adopted in this area are still disappointing. The main objective of this article is to

⁸⁶ Sul punto, si rinvia a un recente lavoro di K. Devis, A. Fisher, B. Kingsbury (a cura di), *Governance by Indicators*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁸⁷ Si v. il par. 2.

⁸⁸ In questo senso, verrebbe recuperata la logica sottesa alla disciplina delle carte di servizi, orientata alla massima partecipazione dei cittadini all'azione pubblica. Sul punto, S. Cassese, nell'articolo *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. el.*, n. 2-3, 1998, 236-237, osserva che «gli interessi presi in considerazione sono quelli degli utenti. Essi sono determinati dalle cosiddette carte dei servizi. Il primo paese ad introdurle è stato il Regno Unito (*Citizen' charter*). Poi è seguita la Francia con la *Charte des services publics*. Poi l'Italia, nel 1994, con un documento simile. Le carte dei servizi stabiliscono diritti degli utenti e obblighi degli erogatori dei servizi. Vengono adottate dopo consultazione degli

la misurazione delle attività amministrative

reconstruct a balance sheet – in a legal sense – of the Italian experience of measuring administrative tasks, by trying to detect the key-nodes of such a matter. The question that guides this kind of research concerns the reasons of measurement: in other words, why measure the administrative action? The three main answers to this question help us to understand how the aforementioned nodes formed, and to formulate proposals for revision of the rules and guidance for the future public decisions.

utenti; quindi, sono il risultato di un dibattito tra gli erogatori dei servizi e gli utenti. Le autorità indipendenti controllano gli erogatori per accertare se rispettano gli obblighi assunti con gli utenti dei servizi».

ARTICOLI

TOMMASO BONETTI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: DALL'“INSTABILITÀ” NAZIONALE ALLA “DERIVA” EUROPEA

«[...] e il naufragar m'è dolce in questo mare»

GIACOMO LEOPARDI

SOMMARIO: 1. I servizi pubblici locali dall'«instabilità» alla «deriva»: una premessa. – 2. La sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199: profili ricostruttivi. – 3. Gli effetti diretti della decisione. – 4. Gli effetti mediati della pronuncia. – 5. I servizi pubblici locali di rilevanza economica tra ordinamento europeo, *horror vacui* del legislatore e discipline di settore: una chiosa conclusiva.

1. I servizi pubblici locali dall'“instabilità” alla “deriva”: una premessa

Con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 e successive modificazioni ed integrazioni, recante «adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare ed alla normativa dell'Unione europea»¹.

¹ Oltre che in sede di conversione ad opera della l. n. 148/2011, infatti, numerose previsioni dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 sono state oggetto di successivi interventi da parte del legislatore; in particolare, per effetto della l. 12 novembre 2011, n. 183, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e, da ultimo, dall'art. 53, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134. Sul concetto e l'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali, tra gli altri, si v. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Tratt. dir. amm.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, Pt. spec., VI, 2581 ss.; G. Caia, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 128. Supplemento*, Bologna, Zanichelli, 1996, 262 ss.; F. Li guori, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008; F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, il Mulino, 2002; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; G. Piperata, *Ti-*

Secondo il giudice costituzionale, infatti, tale disciplina è stata adottata in violazione del «divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»².

Si tratta di una pronuncia di assoluto rilievo sia per le conseguenze che ne derivano in ordine al regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia, più in generale, in quanto la decisione sembra destinata a segnare in profondità il relativo statuto disciplinare, conformando per il futuro le corrispondenti opzioni di politica del diritto in seno all'ordinamento nazionale, anche eventualmente in un'ottica *de jure condendo*³.

Contorni emblematici, da questo punto di vista, assume lo “stravolgimento” dell'ambizioso disegno di privatizzazione degli assetti gestionali e, soprattutto, di liberalizzazione dei mercati di riferimento enucleato proprio dalla disposizione normativa censurata⁴.

Per cogliere appieno l'oggetto del giudizio di costituzionalità, si può brevemente ricostruire la vicenda nei termini seguenti.

Con l'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni ed integrazioni, il legislatore

picità e autonomia nei servizi pubblici locali, Milano, Giuffrè, 2005; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003.

² Sul «divieto di ripristino formale e sostanziale» desumibile dall'art. 75 Cost., si v. i commenti a C. cost. 22 gennaio 1997, n. 9 di R. Pinardi, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1997, 48 ss.; P. Veronesi, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, *ivi*, 55 ss.; G. Ferri, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 62 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

³ La declaratoria di incostituzionalità costituisce un esito “previsto” dalla scienza giuridica: in tal senso, si v. E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *www.giustamm.it*, 2011, 30 ss.; A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2011; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 33 ss.; M. Ruotolo, *Non “ce la chiede l'Europa” e “non la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2012. La dottrina, del resto, «[...] oltre a registrare fenomeni e tentare di darne una spiegazione razionale, può anche permettersi di fare profezie»: così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 159.

⁴ La disposizione abrogata, del resto, sembrava quasi configurarsi alla stregua di una sorta di «decisione di sistema» cui, in chiave evidentemente più generale, si riferisce N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 53.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

aveva tentato di ridefinire il quadro normativo di riferimento applicabile in via generale al settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁵.

L'art. 23-bis, tuttavia, è stato abrogato per effetto del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011⁶.

In conseguenza di ciò, il legislatore introduceva l'art. 4, d.l. n. 138/2011, più volte modificato, attraverso cui «ripristinava» il regime giuridico antecedente, sia pur escludendo parzialmente dal relativo ambito di applicazione il servizio idrico integrato; il che, specialmente alla luce del tenore del primo dei quesiti proposti, corrispondeva ad una lettura quantomeno orientata dei risultati referendari, nella misura in cui ne circoscriveva arbitrariamente l'impatto – per l'appunto – al solo servizio idrico⁷.

Investita della questione sulla base di una serie di ricorsi promossi da alcune regioni, la Corte costituzionale ha ritenuto fondati i motivi di inco-

⁵ L'art. 23-bis era stato anch'esso oggetto di interventi successivi, tra cui quello ad opera dell'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella l. 20 novembre 2009, n. 166; tra i diversi commenti all'art. 23-bis, si v. M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 219 ss.; C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, Maggioli, 2011; M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 41 ss.; F. Merusi, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 307 ss.; R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*. Dopo alcuni ripensamenti ed una faticosa gestazione ministeriale, all'art. 23-bis era stata data attuazione con il regolamento di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, su cui si cfr. F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106 ss.; F. Dello Sbarba, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. app.*, 2011, 26 ss.

⁶ L'effetto abrogativo, ai sensi dell'art. 37 della l. 25 maggio 1970, n. 352, si è realizzato attraverso il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113; al riguardo, per la tesi secondo cui l'effetto abrogativo conseguente all'esito referendario integrerebbe gli estremi di un «vincolo giuridico» per il legislatore, tra gli altri, si cfr. F. Modugno, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988, I, 7; M. Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, Cedam, 1992, 104 ss.; per la tesi, invece, della natura puramente «politica» del vincolo, si v. V. Baldini, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, Liguori, 1996, 167 ss.; R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2368 ss.; sul referendum come «strumento di codeterminazione dell'indirizzo politico», si v. le considerazioni di A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale: contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, Giuffrè, 1994, spec. 335 ss.

⁷ In tal senso, M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, in *Quad. cost.*, 2011, 410; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 33 ss.

stituzionalità su cui si è basata la questione sollevata, pronunciando una sentenza di accoglimento con la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011⁸; questo, come anticipato, stante il rinvenuto contrasto con il divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria ai sensi dell'art. 75 Cost.⁹.

Se così è, sono molteplici gli angoli di visuale dai quali potrebbe essere esaminata la pronuncia; itinerari di indagine che potrebbero interessare, tra l'altro, sia il rapporto tra le argomentazioni svolte dalla Corte in tale circostanza e la precedente giurisprudenza costituzionale in tema di divieto di ripristino sia, più in generale, il ruolo svolto dal giudice costituzionale nel quadro delle dinamiche referendarie¹⁰.

Nondimeno, pur collocando tali questioni sullo sfondo più generale dell'indagine, in questa sede ci si soffermerà essenzialmente su due aspetti.

Innanzitutto, si procederanno a ricostruire ed analizzare i contenuti della pronuncia rivolgendo una particolare attenzione ai relativi effetti, a partire dalla problematica riguardante la disciplina giuridica applicabile – a tutt'oggi – alle attività di servizio pubblico locale di rilevanza economica.

Tutto ciò, invero, anche al fine di apprezzarne l'eventuale impatto sia in ordine alla finalità pro-concorrenziali *nel e per* il mercato perseguite dalla disposizione abrogata sia rispetto ad uno dei tradizionali cardini dello statuto proprio dei servizi, ovvero quello concernente la dimensione dell'autonomia locale relativamente all'assunzione, organizzazione e gestione di tali

⁸ Si tratta, in particolare, delle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna.

⁹ Sulla portata dell'art. 75 Cost., nell'ambito dei rapporti tra «democrazia diretta» e «democrazia rappresentativa», sono utili le riflessioni di M. Luciani, *Art. 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, cit., 2005, 9 ss.; sul referendum come «atto normativo» primario, ancorché soltanto «negativo» e «unidirezionale», tra gli altri, si v. A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1961, VII, 524 s. e 529; *contra*, per la tesi secondo cui trattasi di mero «fatto normativo», C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 856 s.; sulla questione del referendum quale «atto avente forza di legge», invece, si cfr. V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 786.

¹⁰ Evidentemente, cioè, sia all'atto di ammissione dei quesiti sia, come nella fattispecie in esame, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulla disciplina successivamente adottata; sul ruolo della Corte costituzionale, in generale, si leggano i recenti saggi contenuti in B. Caravita di Toritto (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012; per una critica all'attitudine del referendum abrogativo a realizzare la compiuta espressione della volontà del corpo elettorale, stante la complessità delle questioni spesso connesse ai quesiti, si v. M. Luciani, M. Volpi, *Referendum*, Roma-Bari, Laterza, 1992, *passim*.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

attività; un cardine che, *ça va sans dire*, la riforma del 2008 e, soprattutto, quella del 2011 avevano messo fortemente in discussione.

Successivamente, si svolgeranno alcune considerazioni intorno alle prospettive del settore a seguito della pronuncia con riferimento alle possibili dinamiche evolutive in ambito ordinamentale del regime giuridico dei servizi locali di rilievo economico.

L'impressione, del resto, è che con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 la Corte non abbia solamente affrontato una questione inerente il divieto di ripristino di cui all'art. 75 Cost., ma abbia altresì concorso a fissare rigidi "paletti" entro cui non potrà che articolarsi qualsivoglia – e non necessariamente auspicato – intervento normativo successivo¹¹.

2. La sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199: profili ricostruttivi

Per rappresentare l'effettiva portata della decisione e valutarne così le implicazioni di ordine generale, è bene ripercorrere brevemente l'*iter* argomentativo seguito dal giudice delle leggi.

Come evidenziato, l'art. 4, d.l. n. 138/2011 è stato adottato dopo che era stata dichiarata l'abrogazione, a seguito del referendum popolare del giugno 2011, dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 che dettava la precedente disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; per il giudice costituzionale, tuttavia, attraverso tale disposizione normativa il legislatore statale non ha fatto altro che introdurre una disciplina meramente ripristinatoria di quella già oggetto di abrogazione referendaria.

Le ragioni sono essenzialmente due.

Per un verso, in chiave sostanziale, l'art. 4 configura un regime giuridico contraddistinto dalla medesima *ratio* di quello abrogato, operando una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house providing*, anche al di là di quanto prescritto dall'ordinamento europeo.

Per altro verso, sul piano formale, tale previsione risulta «[...] letteralmente riprodotto, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis* e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo articolo».

¹¹ D'altronde, non è la prima volta che la Corte segna l'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali in sede ordinamentale; si cfr., ad esempio, Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 27 ss., con commento di G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra post-testà legislativa statale e regionale*.

Non è sufficiente, del resto, la parziale esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione dell'art. 4, risultando del tutto evidente sia l'identità della *ratio* ispiratrice sia l' analogia – addirittura la coincidenza – della disciplina contenuta nel medesimo articolo rispetto a quella dell'abrogato art. 23-*bis*.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, «[...] le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»; mentre «[...] l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica», non potendosi ritenere che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia «[...] soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare».

Tranchant è, per l'effetto, la conclusione della Corte: l'art. 4 si presenta come la mera reintroduzione della disciplina precedentemente abrogata in sede referendaria, violando il precetto del «divieto di ripristino» desumibile dall'articolo 75 Cost.

La pronuncia si presta a tre considerazioni preliminari.

In primo luogo, vale la pena segnalare la coerenza intrinseca delle argomentazioni del giudice costituzionale rispetto a quanto evidenziato in precedenza all'atto dell'ammissione della richiesta del referendum popolare¹².

In quella sede, infatti, la Corte aveva chiaramente rilevato che «l'abrogazione richiesta riguarda(va) una normativa generale», prevalente su quelle di settore, salvo che per i settori esclusi; l'astratta riconducibilità alla previsione dell'art. 23-*bis* di un' indefinita pluralità di servizi pubblici locali di rilevanza economica, d'altro canto, non avrebbe consentito di formulare un quesito diretto ad abrogare tale disciplina solo con riferimento ad alcuni settori di servizi pubblici, tenendo conto altresì dell'efficacia meramente ablativa e non propositiva o additiva dell'istituto referendario¹³.

¹² Si cfr. C. cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24, in ordine alla quale si v. il commento di M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, cit., 409 ss.

¹³ Sicché, «il quesito non avrebbe mai potuto avere l'obiettivo di abrogare il suddetto articolo solo “nella parte in cui” si applica ad uno o ad alcuni determinati settori di servizi pubblici locali»: in questi termini, C. cost. ord. n. 24/2011, ove si segnala altresì che «l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse

servizi pubblici locali di rilevanza economica

In secondo luogo, alla luce delle numerose modifiche apportate al testo dell'art. 4 successivamente alla proposizione dei ricorsi, la Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con riguardo sia al testo originario sia a quello risultante da tutti gli interventi successivi; tanto più che le modificazioni successive hanno rafforzato il contenuto prescrittivo delle disposizioni normative censurate, limitando ulteriormente le ipotesi di affidamento diretto dei servizi¹⁴.

Infine, quanto al parametro del giudizio di costituzionalità, si è già evidenziato che la Corte lo identifica espressamente nella violazione dell'art. 75 Cost.

L'art. 4, d.l. n. 138/2011, cioè, viola il «divieto di ripristino di disciplina normativa abrogata» da referendum popolare in base al quale al legislatore è preclusa la possibilità, ancorché corrispondente ad una precisa scelta politica, di far rivivere la normativa abrogata – anche solo in via transitoria – a fronte della «peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento»¹⁵.

Tutto ciò, infatti, riflette esigenze di interpretazione unitaria della trama costituzionale, in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa; il fine, in altri termini, è di impedire che l'esito della consultazione popolare venga sostanzialmente vanificato, in assenza di significativi mutamenti successivi del quadro politico, ovvero delle circostanze di fatto, idonei a giustificare un simile effetto¹⁶.

in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità “incorporata nel quesito”, cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento». In proposito, merita di essere segnalata l'opinione critica nei confronti della posizione assunta dalla Corte costituzionale di F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 108, secondo cui «[...] i quesiti referendari erano palesemente inammissibili perché riferentesi ad una legge rientrante nella categoria delle “leggi tributarie e di bilancio”, come avevano osservato i “socialisti municipali all'inizio del 900”, i quali avevano messo in rilievo che la tariffa dei pubblici servizi locali era da considerarsi una imposizione fiscale».

¹⁴ Per raggiungere l'obiettivo di estendere le censure anche alla nuova formulazione dell'art. 4, la Corte fa leva sul principio di effettività della tutela costituzionale nelle ipotesi di *jus superveniens*; si cfr., in proposito, anche C. cost. 13 giugno 2012, n. 142.

¹⁵ Si v. C. cost. n. 9/1997; nonché 22 ottobre 1990, n. 468; 8 febbraio 1993, n. 32.

¹⁶ Per P. Sabbioni, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011, 13, «[...] non può essere annoverata tra le circostanze sopravvenute, tali da imporre il ripristino della disciplina abrogata mediante referendum, l'ormai famosa lettera del 5 agosto scorso inviata dal Governatore della BCE, Trichet, e dal suo successore designato, Draghi, al Governo italiano».

Certo, riconosce la Corte, si tratta pur sempre di un «[...]» vincolo necessariamente delimitato, in ragione del suo carattere puramente negativo, posto che il legislatore ordinario, pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata».

Un'eventualità, però, che non ricorre assolutamente nel caso di specie: da un lato, le disposizioni censurate costituiscono mero ripristino di quelle abrogate, senza che siano modificati né i principi ispiratori della disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti; dall'altro, non si rinvergono condizioni «politiche» ovvero «fattuali» tali da legittimare il superamento del divieto di ripristino¹⁷.

Non è possibile soffermarsi oltre su tali profili. Ci si limita solamente ad osservare, però, che la Corte non sembra identificare il fondamento della forza passiva rinforzata del referendum in una supposta superiorità gerarchica dell'istituto rispetto alle altre fonti primarie in quanto espressione diretta della sovranità popolare¹⁸, ovvero in quanto esercizio di una funzione di controllo popolare sull'esercizio della potestà legislativa¹⁹.

Piuttosto, sulla scia di una lettura unitaria della trama costituzionale ed in un'ottica di raccordo tra gli strumenti di democrazia diretta e quelli propri del sistema rappresentativo, il vincolo derivante dall'abrogazione referendaria sembra risiedere nella necessità di evitare che l'esito della consultazione «[...]» venga posto nel nulla, vanificandosi il relativo l'effetto utile», in assenza di significativi mutamenti politici e/o delle condizioni fattuali²⁰;

¹⁷ D'altronde, ad avviso del giudice costituzionale, il brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione dell'art. 4 – solo ventitre giorni con riguardo alla prima versione – è sintomatico dell'assenza di fattori idonei ad integrare gli estremi di un mutamento politico o fattuale rilevante ai fini del superamento del «divieto di ripristino».

¹⁸ In tal senso, di recente, A. Nicotra, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino, Giappichelli, 2007, 247.

¹⁹ Si cfr. F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2000, XI ed., 279.

²⁰ Per L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, 209, «[...] è difficilmente pensabile che l'abrogazione referendaria di una certa legge non produca alcuna conseguenza a carico dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere: è poco verosimile, cioè, che sia legittimo reintrodurre nell'ordinamento, subito dopo il voto popolare, la stessa legge che gli elettori abbiano inteso togliere di mezzo e sembra preferibile pensare che un siffatto esercizio della legislazione sia precluso a propria volta, fino a quando le Camere del Parlamento non

una opzione interpretativa, quella seguita della Corte, cui non sembrano del tutto estranei impliciti richiami anche al principio di certezza del diritto in vista della risoluzione del conflitto tra determinazioni normative²¹.

3. Gli effetti diretti della decisione

La pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale investe il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica determinando essenzialmente due effetti: uno “diretto”, un altro apparentemente “mediato”.

L'effetto diretto riguarda il regime giuridico e la relativa disciplina applicabile ai servizi pubblici locali di rilievo economico; quello mediato, invece, il disegno di politica del diritto che, anche al di là delle prescrizioni di derivazione comunitaria, il legislatore italiano aveva inteso perseguire attraverso l'art. 23-*bis*, prima, e soprattutto con l'art. 4, poi.

Per quanto riguarda la questione relativa alla disciplina applicabile ai servizi pubblici locali a seguito della pronuncia della Corte, la risposta sembra potersi ricavare – più o meno agevolmente – facendo leva anche sulla precedente giurisprudenza costituzionale²².

A tal fine, sono almeno due i punti di riferimento per l'interprete.

Il primo è rappresentato dall'ordinanza con la quale sono stati ammessi i quesiti referendari: in quella sede, infatti, il giudice costituzionale aveva osservato che dall'abrogazione dell'art. 23-*bis* non deriva alcuna reviviscenza delle norme abrogate, ma l'applicazione immediata e diretta della disciplina normativa di fonte comunitaria all'ordinamento italiano – meno restrittiva rispetto a quella nazionale – relativa alle regole concorrenziali minime in

vengano ricostituite dal corpo elettorale, così da generare una situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto»; in tal senso, anche A. Mangia, *Referendum*, Padova, Cedam, 1999, 317. Valorizza, invece, il mutamento delle condizioni fattuali, R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, cit., 2358 s., secondo cui «il sostanziale mutamento delle condizioni presenti al momento dell'espressione della volontà popolare fa venir meno lo stesso presupposto [...] per poter parlare di un qualsivoglia 'limite' al pieno esplicarsi della potestà legislativa».

²¹ Sul punto, relativamente al principio di «certezza del diritto» quale «[...] norma principio di chiusura dell'ordinamento europeo [...]», si v. F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 9 ss.

²² In tal senso, A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2012, in corso di pubblicazione.

tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica²³.

In un'occasione precedente relativa al giudizio di costituzionalità dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, invece, la Corte aveva espressamente escluso che siffatta previsione rappresentasse un'«applicazione necessitata» del diritto europeo, integrando solamente una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.²⁴; in altri termini, l'introduzione di regole concorrenziali più rigorose di quelle richieste a livello europeo non è imposta dall'ordinamento comunitario «[...] e, dunque, non è costituzionalmente obbligata [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»²⁵.

A fronte della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, il regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è così definito direttamente dall'ordinamento europeo, applicandosi la disciplina relativa ai servizi di interesse economico generale²⁶.

²³ In questi termini, C. cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24; per l'esclusione della reviviscenza in fattispecie similari, si cfr. C. cost., 7 febbraio 2000, n. 31; 10 febbraio 1997, n. 40; sulla reviviscenza, in generale, si v. A. Celotto, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1998, XVII, *ad vocem*; si v., di recente, anche i contributi raccolti in *Referendum abrogativo e reviviscenza*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2011, *passim*.

²⁴ Si v. C. cost. 17 novembre 2010, n. 325, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 484 ss., con commento di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.

²⁵ La Corte, peraltro, giunge ad una tale conclusione argomentando nel senso della sostanziale «omologazione» tra le nozioni di «servizio pubblico locale» e di «servizio di interesse economico generale» di derivazione comunitaria; in termini critici rispetto ad una tale opzione qualificatoria, R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011; sulla distinzione tra servizi di interesse economico generali e servizi pubblici, in termini più generali, si cfr. D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 11 ss.

²⁶ Al riguardo, si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, IV, 1791 ss.; G. Cartei, *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, 1219 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Mai come oggi, dunque, le “regole” dei servizi pubblici locali sono regole eminentemente comunitarie²⁷.

In questa prospettiva, oltre agli artt. 41 e 43 Cost., il riferimento normativo fondamentale è rappresentato dall’art. 106 TFUE²⁸.

Alla luce di tale previsione del Trattato, concorrono così a configurare lo statuto dei servizi locali di rilievo economico una serie di principi ed una pluralità di atti normativi, a partire da quelli relativi all’apertura alla libera concorrenza del mercato di riferimento²⁹.

E appena il caso di rilevare, poi, che la disciplina contenuta nell’art. 4 era solo una porzione, per quanto rilevante, del regime giuridico dei servizi pubblici locali; un regime che, come tale, era ed è costituito da un intreccio di previsioni generali e settoriali sia di derivazione europea, comprese quelle in tema di partenariato pubblico e privato, sia di fonte statale e regionale³⁰.

²⁷ Del resto, «[...] il nostro ordinamento è ormai una parte che deve essere inserita in un tutto comunitario e che da questo tutto ormai dipende»: così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 94 ss.; in generale, sui principi dell’ordinamento comunitario, si cfr. G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*.

²⁸ Per quanto concerne la relazione tra servizi pubblici e ordinamento europeo, senza pretesa di esaustività, si cfr. G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pub. serv.*, 1999, 7 ss.; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 83 ss.; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, il Mulino, 2005, *passim*; con specifico riferimento ai servizi pubblici locali, invece, si v. M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, 179 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; G. Caia, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. Follieri, L. Iannotta, Napoli, Esi, 2010, 515 ss.; sui caratteri del servizio universale, invece, si cfr. G.F. Cartei, *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2010, 1057 ss.; Id., *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*.

²⁹ Del resto, come osserva R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 42, i principi agiscono «[...] come opera di sistemazione di episodici o settoriali interventi del legislatore nei servizi pubblici, [...] come innovazione costituzionale che definisce l’interpretazione delle disposizioni preesistenti, [...] come riduzione del molteplice ad unità di un ordinamento».

³⁰ Sul partenariato pubblico-privato, in generale, si rinvia a M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, ove ampi riferimenti bibliografici.

Non solo: rispetto alla ricostruzione dello statuto dei servizi locali, un ruolo essenziale – talvolta quasi suppletivo – è stato svolto in passato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale³¹; un ruolo che, alle condizioni date, non potrà che rivelarsi ancora più determinante.

Sulla base delle coordinate richiamate, di conseguenza, si registrano effetti particolarmente significativi che investono una parte dei contenuti della disciplina dichiarata incostituzionale³².

Con riguardo alle modalità di affidamento delle attività di servizio, contorni paradigmatici assume l'affidamento diretto in autoproduzione – secondo lo schema della delegazione interorganica – a società *in house providing* che non costituisce più una modalità meramente derogatoria e di portata residuale, così come era stata normativamente predefinita ai sensi del c. 13 della disposizione abrogata; ai fini di un legittimo affidamento *in house*, infatti, occorre “solamente” che l'ente costitutore rispetti tutti i requisiti prescritti in sede europea e, specialmente, quelli del «controllo analogo» e dell'«attività prevalente»³³.

Un discorso parzialmente simile sembra potersi svolgere anche con riferimento all'affidamento del servizio a società a partecipazione mista; una modalità di affidamento che, a tutt'oggi, non incontra più alcune delle puntuali limitazioni previste dalla norma censurata³⁴.

³¹ Si pensi, in via esemplificativa, al ruolo decisivo della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, rispetto alla definizione dei caratteri identificativi della figura organizzativa dell'*in house providing*: si cfr., di recente, C. giust. Ce, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

³² Per quanto concerne gli effetti in ordine alle previsioni normative relative alla liberalizzazione dei mercati di riferimento, si v. *infra* § 4.

³³ Sull'affidamento *in house providing*, tra gli altri, D. Casalini, R. Cavallo Perin, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; V. Parisio, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; C. Iaione, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2007.

³⁴ Al riguardo, si v. M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2007; M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; con riferimento ad altri aspetti specifici, si cfr. G. Caia, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass. ldg.*, 1995, 1082 ss.; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, 51 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Anche a seguito della pronuncia, invero, perdura l'obbligo di affidamento secondo il modello della gara a cd. «doppio oggetto», direttamente mutuabile dall'ordinamento europeo; viene meno, però, l'obbligo di attribuire almeno il quaranta per cento del capitale sociale al socio privato operativo selezionato tramite l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica³⁵.

Oltre alle restrittive previsioni in tema di modalità di affidamento, poi, la declaratoria di incostituzionalità “demolisce” anche un altro dei perni della disciplina abrogata, ovvero il rigoroso regime transitorio dettato dall'art. 4 in vista del progressivo allineamento dei regimi proprietari e degli assetti gestionali esistenti alle corrispondenti previsioni normative³⁶; lo stesso, peraltro, vale anche con riguardo ad altre previsioni contenute nell'art. 4, come quelle in tema di incompatibilità³⁷.

Sempre con riferimento agli effetti diretti della decisione, è bene rivolgere un cenno anche alla relativa efficacia temporale e, dunque, ai corrispondenti effetti in ordine ai rapporti pendenti.

Come noto, a fronte del carattere generale ed *erga omnes* delle pronunce di accoglimento, «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»³⁸; da qui, in concreto, l'obbligo gravante in capo a tutti i giudici di disapplicare la previsione dichiarata incostituzionale, fatti ovviamente salvi i cd. rapporti esauriti.

Pertanto, a seguito della pubblicazione della sentenza, la disposizione normativa incostituzionale non potrà più trovare applicazione in tutti i procedimenti giudiziari in essere, al di là del momento in cui si sono formati i rapporti oggetto del giudizio³⁹.

³⁵ Sulle condizioni da rispettare ai fini di una legittima composizione del modello societario misto, si cfr., Cons. St., ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1126 ss., con commento di G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*; si v. anche Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; sui caratteri dell'organismo societario a capitale misto, in generale, sia consentito il rinvio a T. Bonetti, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Ist. fed.*, 2011, 37 ss.

³⁶ Sulla relazione tra il regime transitorio e le politiche industriali, pur nella diversità dei comparti produttivi di riferimento, G. Pericu, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., spec. 47.

³⁷ Il che, invero, suscita qualche perplessità trattandosi di norme che, pur riproducendo in buona parte alcune disposizioni del d.P.R. n. 168/2010, sembrano riconducibili ad una differente *ratio* ispiratrice rispetto a quella identificata dalla Corte come propria della disciplina abrogata, ovvero quella di ridurre i potenziali conflitti di interesse nel governo dei servizi ed, in particolare, delle società pubbliche.

³⁸ Così dispone l'art. 30, c. 3, l. 11 marzo 1953, n. 87.

³⁹ Differente è, invece, l'ipotesi di eventuali discipline normative adottate successiva-

4. Gli effetti mediati della pronuncia

L'effetto apparentemente mediato della pronuncia incide, invece, sulle scelte di politica del diritto che, sulla base di una lettura "minimalista" degli esiti referendari, il legislatore aveva tentato di ripristinare in seno all'ordinamento nazionale con l'introduzione delle norme censurate, addirittura accentuandone le logiche e le finalità pro-concorrenziali *nel e per* il mercato⁴⁰.

Si tratta(va) di un ambizioso disegno strategico di ridefinizione dei contorni del regime giuridico dei servizi locali che, condivisibile o meno che fosse sul piano della teoria e dell'analisi economica e al di là delle criticità insite nella configurazione della relativa disciplina positiva, si caratterizzava per una *ratio* ispiratrice fondata su almeno tre capisaldi concettuali⁴¹.

In primo luogo, accanto all'introduzione di disposizioni preordinate alla privatizzazione degli assetti gestionali ed a meccanismi di concorrenza *per* il mercato, l'art. 4 conformava l'ordinamento dei servizi locali verso

mente al giudicato costituzionale; sembra il caso, in particolare, dell'art. 4, c. 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modif. in l. 7 agosto 2012, n. 135, secondo cui «a decorrere dal 1° gennaio 2014, l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui». Ora, alla luce di una serie di ambiguità involgenti il relativo ambito di applicazione, anche a seguito della riformulazione del c. 3 operata in sede di conversione, è concreto il rischio che siffatta disposizione, laddove la si ritenesse applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, risulti effettivamente adottata in violazione del giudicato costituzionale a fronte, tra l'altro, della riconduzione dell'affidamento diretto *in house* a ipotesi meramente residuale. Secondo il giudice delle leggi, infatti, «[...] perché vi sia violazione del giudicato costituzionale, è necessario che una norma ripristini o preservi l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale». Sicché, per effetto dell'art. 136, c. 1, Cost., il legislatore deve «[...] accettare la immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima, anziché prolungarne la vita sino all'entrata in vigore di una nuova disciplina del settore»; «le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, *anche se indirettamente*, esiti corrispondenti a quelli ritenuti lesivi dalla Costituzione». In altre parole, si assiste alla violazione dell'art. 136 Cost. «[...] non solo qualora il legislatore disponga che una norma dichiarata incostituzionale conservi la sua efficacia, *ma anche quando una legge persegua e raggiunga lo stesso risultato*»: così, di recente, Corte cost. 3 novembre 2010, n. 350.

⁴⁰ Sulle difficoltà di aprire il settore alla concorrenza, si cfr. G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

⁴¹ Sull'applicazione delle teorie economiche sul mercato concorrenziale ai servizi pubblici, sono utili le riflessioni sulla tesi di Littlechild svolte da F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 94 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

forme di promozione di vere e proprie liberalizzazioni, nella prospettiva di dischiudere definitivamente i relativi mercati di riferimento alla libera competizione tra operatori pubblici e privati⁴².

In secondo luogo, anche oltre quanto precedentemente prescritto dall'art. 23-*bis*, si prevedevano una serie di misure volte a rafforzare la separazione tra attività di regolazione e attività di gestione nonché, per altro verso, a sfavorire la gestione pubblica dei servizi, come dimostra la degradazione dell'affidamento *in house providing* a modalità residuale e derogatoria.

Last but not least, pur ribadendo formalmente il ruolo dell'ente locale, si assisteva e, per certi versi, si continua ad assistere ad una sorta di “dequotazione” della dimensione locale in ordine alla definizione delle scelte relative all'assunzione, organizzazione e gestione dei servizi⁴³.

A fronte del “combinato disposto” degli esiti referendari, prima, e della pronuncia abrogativa della Corte, poi, le opzioni di fondo del paradigma normativo configurato dalla previsione censurata vengono meno, acuitizzando uno dei tratti qualificanti il regime dei servizi locali degli ultimi anni, ovvero la relativa «instabilità»⁴⁴.

Si potrebbe essere così indotti a pensare che l'ordinamento italiano dei servizi di rilevanza economica debba adattarsi, se non addirittura rassegnarsi, ad una “deriva” incerta e senza precisi punti di riferimento.

Così evidentemente non è, come si è visto, a fronte dell'applicazione diretta dell'ordinamento comunitario e del relativo *minimum* pro-concorrenziale.

Nondimeno, prima di svolgere alcune considerazioni intorno alle prospettive del settore, è bene soffermarsi brevemente su un secondo effetto mediato della decisione del giudice delle leggi; un effetto che investe, in particolare, il ruolo degli enti locali nell'ambito del governo dei servizi di rilevanza economica.

⁴² Si cfr., in particolare, l'art. 4, c. 1-8, del d.l. n. 138/2011; sulle prospettive e sugli interventi che sarebbero stati comunque necessari in vista della liberalizzazione, si v. M. D'Alberti, *La liberalizzazione dei servizi. Passi successivi*, in *Econ. serv.*, 2007, 9 ss.

⁴³ Sulle conseguenze in ordine al concetto di servizio pubblico locale per come si è formato nella tradizione amministrativa italiana, si v. G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 48 ss. Sull'evoluzione della nozione di servizio pubblico locale, A. Police, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss.; Id., *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 65 ss.; di «irrelevanza giuridica della nozione come concetto unitario», peraltro, parlava già S. Cassese, *I servizi pubblici nel Mezzogiorno*, Roma, Ricerche e studi Formez, 1969, 7.

⁴⁴ Come evidenziato da tempo da F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990, *passim*.

Come anticipato, infatti, si assiste da qualche tempo ad una progressiva “fuga” dalle amministrazioni locali quali sedi tradizionalmente privilegiate per quanto concerne sia la qualificazione di talune attività – astrattamente suscettibili di essere esercitate in forma d’impresa – come attività di servizio pubblico locale sia la relativa declinazione organizzativa e gestionale⁴⁵.

Non si tratta, con tutta evidenza, di un fenomeno recente o, comunque, riconducibile esclusivamente ai tipizzanti interventi del 2008 e del 2011; la “fuga” dalla dimensione locale, infatti, non si traduce(va) solo nella predeterminazione normativa dei margini di apprezzamento locale circa le modalità di affidamento di cui all’abrogato art. 4, ma anche nell’individuazione *ex novo* ovvero nel progressivo rafforzamento di altre e diverse sedi decisionali, spesso di dimensione sovracomunale.

La compressione delle prerogative comunali nel settore, cioè, tende ad atteggiarsi, nell’attuale momento storico, con forme marcatamente più intense e secondo modalità radicalmente più nitide rispetto al passato; così intense e nitide da non apparire azzardato rappresentarne la definitiva emersione in sede ordinamentale con l’espressione “demunicipalizzazione”⁴⁶.

Basti pensare, per l’appunto, a quelle recenti previsioni di diritto positivo preordinate a conformare l’intero ordinamento verso forme obbligatorie di organizzazione dei servizi in ambiti territoriali ottimali di ampiezza non inferiore alla scala provinciale⁴⁷.

La pronuncia del giudice costituzionale non incide direttamente su tali previsioni: l’art. 3-bis, l. n. 148/2011, in particolare, non viene “toccato” dalla decisione, né – per altro verso – la Corte sembra affrontare la questione dell’autonomia comunale.

Resta il fatto, però, che tra le opzioni pro-concorrenziali, i processi di liberalizzazione e la definizione di ambiti territoriali ottimali vi è, vi era, un

⁴⁵ «Si registra il favore per l’esternalizzazione di funzioni tecniche, cui corrisponde la riduzione della capacità degli enti locali di gestire in modo autonomo ed efficace gli affari di loro competenza»: così F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *www.aspid-online.it*, 2010, spec. 22; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 52 ss.; al riguardo, sono utili anche le riflessioni di L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. app.*, 2011, 906 ss.

⁴⁶ Secondo G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.aspid-online.it*, 2011, 7, in relazione agli interventi normativi degli ultimi anni, «[...] l’autonomia degli enti locali non è stata mai tanto enfatizzata quanto contemporaneamente compressa».

⁴⁷ Si cfr., al riguardo, l’art. 3-bis, c. 1-1-bis, l. n. 148/2011 e successive modificazioni ed integrazioni.

legame profondo, quasi una corrispondenza biunivoca; ancorché intervenuta successivamente all'introduzione dell'art. 4, infatti, la configurazione dei bacini risponde a logiche improntate alla differenziazione territoriale e socio economica in vista della massimizzazione dell'efficienza dei servizi e dell'implementazione delle relative economie di scala.

In questa prospettiva, almeno nelle intenzioni, gli ambiti avrebbero dovuto costituire il substrato materiale del disegno di ridefinizione del regime dei servizi locali, ovvero il "luogo" di territorializzazione delle opzioni di politica del diritto *nel e per* il mercato enucleate dall'abrogato art. 4; un complesso di scelte che, nell'insieme, concorrevano a ridimensionare significativamente il ruolo degli enti locali nel settore, forse anche in funzione della costruzione "artificiale" di mercati concorrenziali rilevanti⁴⁸.

Se così è, l'impressione è che l'effettiva messa a regime degli ambiti non potrà che risentire della decisione della Corte.

Rebus sic stantibus, infatti, all'abrogazione della disciplina dettata dall'art. 4 fa da *pendant* una sorta di riespansione dei margini di autonomia degli enti locali nel governo dei servizi che, per quanto circoscritta a taluni profili, potrebbe riflettersi negativamente non solo in ordine alla concreta attivazione degli ambiti, ma anche sulla relativa fungibilità rispetto alle finalità sistemiche perseguite dall'art. 3-*bis* in combinato disposto con la norma censurata dal giudice costituzionale⁴⁹.

Il quadro che emerge sembra così caratterizzarsi, a tutt'oggi, per la coesistenza di due "spinte" confliggenti che amplificano l'instabilità del sistema: una diretta a riallocare verso altre sedi e livelli decisionali una serie di compiti relativi all'organizzazione dei servizi, un'altra che – per effetto degli esiti referendari e, ora, del giudicato costituzionale – si traduce, se non in un implicito rafforzamento, quanto meno in una rinnovata dilatazione degli spazi tradizionalmente riconosciuti all'autonomia locale⁵⁰.

⁴⁸ Peraltro, relativamente all'abrogato art. 4, F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2011, 21 ss., aveva messo in evidenza la predilezione del legislatore per l'introduzione di misure pro-concorrenziali *per* il mercato, piuttosto che impegnarsi – per l'appunto – nell'individuazione di un mercato concorrenziale rilevante; dello stesso a., si cfr. anche Id., *The Troubled Life of Competition in Local Public Services*, in *Italian Journal of Public Law*, 2012, spec. 46 ss.

⁴⁹ Basti pensare, in via esemplificativa, all'evidente connessione tra l'attivazione degli ambiti ed il regime transitorio per gli affidamenti non conformi dettato dall'art. 4, c. 32, d.l. n. 138/2011 abrogato.

⁵⁰ Emblematica, in questo senso, appare la nota interpretativa dell'Anci del 14 giugno 2011, recante *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, ove si afferma testual-

5. I servizi pubblici locali di rilevanza economica tra ordinamento europeo, *horror vacui* del legislatore e discipline di settore: una chiosa conclusiva

Alla luce di quanto evidenziato, si possono trarre due brevi considerazioni con riferimento alle prospettive dell'ordinamento generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Relativamente alle future dinamiche evolutive del settore, infatti, l'impatto della pronuncia della Corte sembra prestarsi ad una duplice lettura: costituisce, cioè, un "pericolo" e, allo stesso tempo, una straordinaria "occasione".

Presenta tutti i caratteri di un pericolo incombente nella misura in cui accresce il livello di instabilità del regime giuridico dei servizi locali di rilievo economico, concorrendo parallelamente ad implementare il tasso di incertezza degli attori pubblici e degli operatori economici.

Il che, a ben vedere, è foriero di almeno tre conseguenze di rilievo generale.

In primo luogo, influisce negativamente sulle politiche di sviluppo, sui processi organizzativi e sulle dinamiche gestionali in essere⁵¹; con tutto ciò che ne deriva sia sul corretto funzionamento dei relativi mercati di riferimento sia, per altro verso, sulla "qualità" e "quantità" delle prestazioni erogate all'utenza⁵².

In secondo luogo, si potrebbe assistere ad una ulteriore attenuazione del legame tra la prescrittività astratta delle disposizioni normative applicabili al settore e l'effettività delle stesse nel diritto vivente e, soprattutto, nella

mente che «all'esito del referendum, i comuni sono più liberi di scegliere la formula organizzativa che ritengono più opportuna, ivi compresa la gara, e sempre in ossequio ai principi europei in materia di tutela della concorrenza. I comuni sono investiti di una nuova "libertà responsabile" che responsabilmente utilizzeranno e del cui utilizzo saranno chiamati a rispondere».

⁵¹ Al riguardo, si v. anche M. Bianco, P. Sestito (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*.

⁵² Sul funzionamento dei mercati dei servizi, in generale, si cfr. S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, Giuffè, 2007, 160 ss; sui rapporti di utenza, invece, si cfr. B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, Cedam, 2007; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam 2001; sulle controversie tra gestori ed utenti, invece, si rimanda alle considerazioni di G. della Cananea, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1997, 737 ss.; A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle "controversie in materia di servizi pubblici"*, *ivi*, 789 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

prassi applicativa dei servizi locali⁵³; ciò che, oltre alla declinazione di modelli sperimentali, potrebbe assecondare la diffusione di pratiche distorsive delle regole concorrenziali di derivazione comunitaria.

Infine, ancorché nel rispetto del giudicato costituzionale, l'estrema instabilità del quadro normativo in tema di servizi pubblici locali potrebbe indurre il legislatore ad accentuare la frammentazione del relativo regime giuridico ed, in particolare, la differenziazione dei corrispondenti statuti organizzativi attraverso una miriade di interventi estemporanei, a-sistematici e caratterizzati da logiche riconducibili ad una sorta di *case by case approach*⁵⁴; interventi nei meandri dei quali, tra l'altro, potrebbero annidarsi e rinvenire un fertile terreno d'elezione sollecitazioni improntate al consolidamento dell'esistente ed, in particolare, all'ossificazione degli attuali assetti gestionali.

Se così fosse, all'*horror vacui* del legislatore statale ed, eventualmente, di quelli regionali, sarebbe certamente preferibile «[...] un periodo di benefico letargo»⁵⁵.

Nondimeno, al netto dei rischi evidenziati, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 offre anche l'occasione per ridefinire i contorni dello statuto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in un'ottica maggiormente ponderata.

Si è già detto che l'ordinamento europeo consente di individuare chia-

⁵³ Sul concetto di effettività, si v. L. D'Andrea, *Effettività*, in *Diz. dir. pubb.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 2118 ss., per il quale (2123) «[...] può osservarsi che il principio di effettività, riguardato tanto sotto il profilo "metasistematico" quanto sotto il profilo "intrasistematico" (che ovviamente concorrono ad una ricostruzione globale del fenomeno giuridico), esprime sinteticamente la dialettica tra forma giuridica e sfera effettuale che fonda e legittima ad un tempo gli ordinamenti contemporanei, incessantemente animando e plasmando il processo di positivizzazione dei principi inviolabili, secondo un dinamismo di tipo circolare». Su tale fenomeno, in particolare, si v. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., *passim*; si cfr. anche C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, 1 ss.; in proposito, sull'elaborazione di un vero e proprio «diritto comunale» alla fine del diciannovesimo secolo, si legga anche M.S. Giannini, *I comuni*, in *I comuni*, a cura di Id., Vicenza, Neri Pozza, 1967, spec. 35.

⁵⁴ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 127, rileva lo scarto tra «[...] la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, certo più adatti ad una trasmissione del tipo "tutto il diritto minuto per minuto" che ad una riflessione sistematica e l'universale consapevolezza che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto vi sono relazioni assai più tenui di quanto sarebbe lecito attendersi».

⁵⁵ Riprendendo l'efficace affermazione di A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della concorrenza*, cit., in corso di pubblicazione.

ramente le coordinate normative entro cui muoversi, a partire dalla definizione dei livelli concorrenziali minimi ed inderogabili da assicurare nel settore; anche sulla base delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, pertanto, non vi è alcuna lacuna, alcun “vuoto” normativo, da colmare in via emergenziale⁵⁶.

Tuttavia, per quanto delimitati dal giudicato costituzionale e dal *minimum* pro-concorrenziale di derivazione comunitaria, residuano ugualmente in capo al legislatore apprezzabili margini di manovra in ordine alla configurazione di un regime giuridico più stabile ed omogeneo, quale manifestazione positiva della «[...] ricerca di nuovi equilibri tra concorrenza e monopolio, tra pubblico e privato»⁵⁷.

In questa prospettiva, per far fronte a siffatte esigenze e rispetto alla pluralità delle soluzioni concretamente adottabili, ridefinire lo statuto dei servizi locali significa ripensare anche i termini della relazione tra previsioni generali e politiche di settore nonché il ruolo dei diversi soggetti pubblici.

L'eventuale introduzione di un nucleo normativo comune, di una cornice generale applicabile a tutti i servizi locali di rilevanza economica presenta, infatti, innegabili vantaggi in chiave sistematica ed in funzione di certezza del diritto; al contempo, però, vale la pena rivolgere l'attenzione anche alle molteplici discipline settoriali della cui evidente centralità non è ormai lecito dubitare⁵⁸.

Si tratta, del resto, di discipline fortemente consolidate, soprattutto per quanto concerne l'assetto degli interessi coinvolti, i profili organizzativi e le dinamiche gestionali; come tali, pur nel rispetto dei “paletti” indicati, sono suscettibili di azioni di riordino che, alla prova dei fatti, potrebbero risultare effettivamente incisive sia in un'ottica pro-concorrenziale sia in vista del miglioramento della qualità delle prestazioni erogate, del contenimento tariffario e della tutela dell'utenza⁵⁹.

⁵⁶ In un'ottica *de jure condendo*, d'altronde, è appena il caso di evidenziare come l'eventuale rafforzamento delle opzioni pro-concorrenziali *nel* e *per* il mercato, al di là di quanto prescritto in sede europea, potrebbe essere ugualmente perseguito attraverso l'introduzione di misure di *soft law* rivolte agli enti locali; misure incentivanti che, pur tenendo conto dello stato e dei vincoli della finanza pubblica, potrebbero tradursi anche nella previsione di deroghe *ad hoc* al patto di stabilità interno, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 5, l. n. 148/2011.

⁵⁷ Così G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 27.

⁵⁸ Spesso, peraltro, anch'esse di derivazione comunitaria, come nel caso del servizio elettrico di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 s.m.i., ovvero del *gas* naturale disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 s.m.i.

⁵⁹ Anche per evitare effetti paradossali come quelli relativi all'applicazione dell'art. 23-

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Più che dedicarsi all'astratta costruzione dell'ennesima disciplina generale, pertanto, appare opportuno privilegiare la via, forse più difficile ma probabilmente più proficua, della riforma delle disposizioni normative settoriali⁶⁰.

Accanto alla valorizzazione delle politiche di settore, poi, non sembra potersi prescindere dalla «[...] messa a punto di migliori condizioni di regolazione e funzionamento dei soggetti pubblici, in tutti i ruoli dai medesimi giocati»⁶¹.

Nell'ambito dell'attuale contesto ordinamentale, infatti, il sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non potrà che conservare, pur nel rispetto delle regole comunitarie, i tratti qualificanti di un regime a carattere "misto"⁶².

Di conseguenza, a beneficio di tutti soggetti interessati, compresi gli operatori economici e gli utenti, è imprescindibile porre le basi per una complessiva azione di riassetto organizzativo e funzionale dei relativi profili di *government* e *governance*, tenendo conto della corrispondente differenziazione tipologica e settoriale nonché del ruolo che si intende riconoscere, in questo quadro, agli enti locali⁶³.

bis, l. n. 133/2008 ed oggetto della segnalazione del 26 novembre 2008 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato al Governo ed al Parlamento, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶⁰ Sulle minori «certezze» offerte dalla disciplina di dettaglio, si v. L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, cit., 2011, 906.

⁶¹ Così M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 155, secondo cui «[...] c'è seriamente da chiedersi se in parallelo alla precisazione del se e quanto di mercato non sia consigliabile dedicarsi anche alla ridefinizione, e al miglioramento/ricostruzione, del pubblico»; del resto, come osserva relativamente ai rapporti di utenza G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., 178, «[...] la regolazione in materia non richiede alcuna retorica: ha, invece, bisogno di poca (e buona) teoria e di molta (e difficile) pratica».

⁶² Senza dimenticare, peraltro, che «[...] compito della regolazione è "simulare" o "determinare" giuridicamente la concorrenza, non imporre una disciplina amministrativa dell'economia»: così, in termini generali con riguardo ai servizi pubblici, F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 10.

⁶³ Riaffiorano nuovamente, quindi, «[...] i temi della efficienza dell'impresa pubblica, del ruolo giocabile dagli ambiti sovracomunali e dalla integrazione tra settori, di più forti poteri di regolazione e di controllo dell'interesse pubblico sia riferiti *ex ante* al procedimento di affidamento del servizio che alle verifiche *ex post* anche per opera di sedi appositamente dedicate, dei presupposti e delle modalità di esternalizzazione, della tutela del mercato dalla impropria utilizzazione dei privilegi da parte dei soggetti pubblici, di più adeguate forme di

Del resto, a seguito della decisione della Corte, il riordino delle singole discipline settoriali e la “ristrutturazione” della sfera pubblica si presentano come uno degli strumenti attraverso cui tentare di conciliare la dimensione sociale delle attività di servizio, enfatizzata dagli esiti referendari, con le esigenze correlate alla tutela della concorrenza, quale carattere “immanente” dello statuto dei servizi locali di rilevanza economica secondo l’ordinamento europeo⁶⁴.

Abstract

The Italian Constitutional Court has declared the illegitimacy of the art. 4, l. n. 148/2011 that established the general discipline of local public services of economic importance within the Italian Legal System; particularly, the Constitutional Court noted that such discipline was adopted in violation of the prohibition of restoring the law abrogated by popular referendum of 12-13 June 2011.

Consequently, in view of the declaration of unconstitutionality, local public services of economic importance directly apply the European rules on the protection of competition.

After providing a picture of the state of the art in the regulation of local public services as a result of the judgment of the Constitutional Court, this paper also focuses on the prospects of the sector.

*governance in particolare tra enti locali e società quotate»: in questi termini, ancora, M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 155.*

⁶⁴ Del resto, in questa prospettiva, si cfr. il recente art. 34, c. 13 ss., d.l. 4 ottobre 2012, n. 179.

SERGIO MAROTTA

STATO *VERSUS* SOCIETÀ.
I SERVIZI PUBBLICI LOCALI
ALLA PROVA DELLA DEMOCRAZIA DIRETTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza n. 199/2012 (cenni e rinvio). – 3. Una precisazione terminologica: gestione diretta *versus* affidamento diretto. – 4. A cosa sono serviti i referendum del 12 e 13 giugno 2011? – 5. Sul presunto divieto di gestione diretta dei SPL. – 6. Una lettura coordinata delle sentenze n. 325/2010, 24/2011 e 199/2012. – 7. Conclusioni.

Premessa

L'esito dei referendum popolari del giugno 2011 e la sentenza della C. cost. n. 199/2012 hanno azzerato quindici anni di tentativi di elaborazione di una disciplina generale nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica (d'ora in avanti, SPL). Una doppia bocciatura per il legislatore italiano che riduce la normativa interna a quella comunitaria: la quale, in assenza di un'apposita direttiva, consiste attualmente nei principi generali dei Trattati dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue.

Il lungo processo di depubblicizzazione, che si è sviluppato in Italia a partire dagli anni Ottanta con l'obiettivo di disarticolare dalla struttura interna degli enti locali il sistema delle municipalizzate di giolittiana memoria e ricondurre al mercato il settore dei servizi pubblici locali, ha subito una pesante battuta d'arresto.

Il dibattito sul tema dei SPL, sin qui, è stato molto condizionato da elementi ideologici. D'ora in avanti, tale dibattito non potrà più essere sbrigativamente aggirato con l'utilizzo di formule vaghe: come è stato rilevato in dottrina, la privatizzazione dei SPL «non “ce la chiede l'Europa” e “non la vogliono i cittadini”»¹. Il primo punto è stato inequivocabilmente chiarito dalla Corte costituzionale (già con la sent. n. 325/2010 e ora con la n.

¹ M. Ruotolo, *Non “ce la chiede l'Europa” e “non la vogliono i cittadini”*. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali, in *Costituzionalismo*, 2012, n. 2.

199/2012). Il secondo lo ha dimostrato l'esito del referendum popolare in favore dell'abrogazione della normativa sui SPL approvata da Governo e Parlamento.

2. La sentenza n. 199/2012 (cenni e rinvio)

Con la sent. n. 199/2012 la Corte costituzionale, in accoglimento dei ricorsi delle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia Romagna, Umbria e Sardegna ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011), cioè della disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica varata dal Governo Berlusconi.

La norma è stata dichiarata illegittima per violazione dell'art. 75 Cost. Essa era stata, infatti, rubricata come «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea», ma, come ha potuto facilmente rilevare la Corte, violava palesemente sia la volontà popolare espressa attraverso la via referendaria che la normativa comunitaria.

Secondo la Corte la norma impugnata «costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011», riproponendone la medesima *ratio* e, addirittura, riproducendone alla lettera interi periodi. La peculiare natura del referendum, considerato quale atto-fonte dell'ordinamento già nella sent. n. 468/1990 impedisce che l'esito della consultazione popolare «venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento nel quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto»².

La Corte pone in evidenza il fatto che la violazione della volontà popolare sia avvenuta soltanto ventitré giorni dopo la pubblicazione degli esiti dei referendum del 12 e 13 giugno sulla Gazzetta ufficiale e senza che si fosse verificato alcun mutamento tale da giustificare la reintroduzione della disciplina abrogata. Insomma il Governo – e successivamente il Parlamento all'atto della conversione in legge – hanno agito in dispregio della volontà popolare espressa attraverso il voto, determinando così una palese quanto ingiustificata violazione dell'art. 75 Cost.

La Corte evidenzia anche il maldestro tentativo operato dal Governo

² C. cost. n. 199/2012, punto 5.2.2 delle considerazioni in diritto.

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

di superare la contraddizione tra l'esito della consultazione referendaria e la norma impugnata attraverso l'espressa esclusione dei servizi idrici dall'applicazione della nuova disciplina. Così facendo il Governo avrebbe operato arbitrariamente un'interpretazione restrittiva della volontà popolare considerandola come riferita alla gestione del solo settore dei servizi idrici. Ma la Corte – esercitando con equilibrio il proprio ruolo tecnico di Giudice delle leggi – sottolinea come «non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare».

La Corte, inoltre, evidenzia come la norma dichiarata incostituzionale non possa costituire neanche un adeguamento alla normativa dell'Unione europea dal momento che l'art. 106, par. 2, TFUE consente la gestione diretta dei servizi pubblici locali «allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico»³. Mentre l'art. 4, d.l. n. 138/2011 finisce per impedire, di fatto, l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, in quanto lo stesso viene limitato ai servizi di valore non superiore a novecentomila euro ulteriormente ridotti a soli duecentomila dall'art. 25, d.l. n. 1/2012 (cd. Cresci Italia, conv. con l. n. 27/2012).

A giudizio della Corte, dunque, il legislatore ha violato la volontà popolare anche nella parte in cui essa ha voluto esprimere la contrarietà a qualsiasi ipotesi restrittiva degli affidamenti diretti e, quindi della gestione pubblica, da parte degli enti locali. La C. cost., infatti, ha chiarito che l'intento referendario realizzato con il voto del giugno 2011 consiste anche nell'escludere l'applicazione delle norme dell'art. 23-*bis* che limitavano, rispetto al diritto comunitario, «le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)»⁴.

Quanto agli effetti della pronuncia della Corte sulla disciplina dei SPL, si rinvia per un'ampia e approfondita disamina al contributo di Tommaso Bonetti, in questo numero della rivista ⁵.

Nei paragrafi successivi ci si limiterà all'approfondimento di alcune problematiche relative alle conseguenze che la sent. n. 199/2012 potrà pro-

³ C. cost. n. 199/2012, punto 5.2.1 delle considerazioni in diritto.

⁴ *Ibid.*

⁵ T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*, in questo numero della *Rivista*.

durre sulla futura attività legislativa soprattutto per quel che riguarda le modalità di gestione pubblica dei servizi locali.

3. Una precisazione terminologica: gestione diretta *versus* affidamento diretto

Il vero e proprio profluvio di norme in materia di SPL che ha caratterizzato l'attività del legislatore italiano negli ultimi anni ha creato un notevole caos, che ha coinvolto anche gli addetti ai lavori costretti a star dietro alle continue riforme legislative e alle conseguenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali. Il tutto in un settore che tocca da vicino la qualità della vita dei cittadini e crea non poche occasioni di tensione politica e sociale – talvolta anche di notevole asprezza – che certo non contribuisce a un sereno confronto tra le diverse posizioni in campo.

Uno degli effetti negativi del caos normativo è quello di aver creato confusioni terminologiche nelle quali sono spesso incorsi anche gli stessi addetti ai lavori. Quella più grave, che occorre preliminarmente chiarire, è la strisciante convinzione che vi sia un'identità di significato tra le locuzioni «gestione diretta» e «affidamento diretto».

Tale convinzione si è formata e si è consolidata in quanto la progressiva trasformazione delle aziende municipalizzate dapprima in aziende speciali e poi in società per azioni, avvenuta nell'arco di un decennio tra la prima grande riforma degli enti locali del 1990 e l'inizio degli anni 2000, ha reso residuali le ipotesi di gestione diretta in economia o attraverso soggetti di diritto pubblico quali sono le aziende speciali⁶.

Ridotte a residui del passato le gestioni in economia e le gestioni dirette tramite soggetti di diritto pubblico – tra l'altro con l'obbligo di trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni disposto dall'art. 35, c. 8, della finanziaria 2002 – agli enti locali che intendessero mantenere pubblica la gestione dei servizi non rimaneva che utilizzare istituti giuridici di diritto privato quali le società di capitali. Dal momento che le società di capitali, al contrario delle aziende speciali, non sono enti di diritto pubblico ma acquisiscono personalità giuridica autonoma ai sensi

⁶ A ciò ha contribuito anche la ricerca da parte del legislatore di economie di scala nell'offerta dei servizi pubblici locali che ha determinato l'abbandono da parte della dimensione municipale a favore della definizione di ambiti territoriali ottimali su scala provinciale o infraprovinciale. Si pensi ad esempio alla scelta della dimensione del bacino idrografico per la migliore gestione del servizio idrico integrato operata nel 1994 dalla cd. l. Galli.

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

della vigente normativa civile e commerciale, la gestione del servizio pone il problema dell'affidamento della gestione a un soggetto almeno formalmente dall'ente locale proprietario.

Al termine del descritto processo di riforma riguardante la personalità giuridica degli enti gestori del servizio, l'affidamento diretto finisce per diventare l'unica possibilità per gli enti locali di evitare la gara pubblica e gestire in proprio un servizio pubblico locale.

L'affidamento diretto della gestione a una società di proprietà dell'ente locale affidante è consentito da una nota e costante giurisprudenza della Corte di giustizia Ue⁷ che permette la deroga del principio della gara se l'affidamento avviene a favore di società a capitale interamente pubblico, sulla quale l'ente proprietario eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e con l'ulteriore vincolo dell'attività prevalente svolta a vantaggio dell'ente affidante.

Così il cerchio si chiude: l'affidamento diretto diventa sinonimo di gestione diretta, dal momento che esso rappresenta la via obbligata per mantenere una forma di gestione pubblica dei servizi da parte degli enti locali.

Ulteriore conseguenza di questa identità di significato è che nell'odierno dibattito chi vuole la gestione pubblica è necessariamente favorevole all'affidamento della gestione stessa a una società a capitale interamente pubblico senza lo svolgimento di una gara.

L'occasione per il chiarimento terminologico e per tornare all'originaria distinzione tra gestione e affidamento è offerta da una recente sentenza del Consiglio di Stato. I giudici amministrativi hanno chiarito che la gestione diretta è quella realizzata dagli enti locali attraverso il proprio personale e i propri uffici ed è «sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario». L'affidamento diretto consiste, invece, nell'attribuzione di un servizio a un soggetto formalmente distinto dall'ente affidante e presuppone sempre «la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica»⁸.

L'affidamento diretto non può essere una forma di gestione: esso costituisce soltanto un'eccezione all'obbligo di espletamento delle procedure gara, eccezione resa indispensabile dall'utilizzo obbligato nella gestione pubblica di uno strumento privatistico quale è la società di capitali.

⁷ La prima è la nota sentenza *Teckal* (18 novembre 1999, in causa C-107/98).

⁸ Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552.

4. A cosa sono serviti i referendum del giugno 2011?

Una lettura riduttiva dell'esito referendario tenderebbe a dimostrare che i referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2011 non avrebbero prodotto altre conseguenze se non l'eliminazione di qualsiasi restrizione agli affidamenti *in house*, che dunque tornerebbero nella piena discrezionalità degli enti locali purché siano rispettate le norme comunitarie e le prescrizioni contenute nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue relativa a tale forma di affidamento⁹.

Si sarebbe giunti così a delineare una disciplina interna dei servizi pubblici locali che prevede tre tipi di gestione: la gestione pubblica attraverso l'*in house providing* a discrezione dell'ente locale e il ricorso al mercato attraverso gare ad evidenza pubblica finalizzate alla scelta dell'impresa privata che dovrà gestire il servizio ovvero del socio privato nel caso di partenariato pubblico/privato industriale di matrice comunitaria. In questo sistema l'unico strumento per la gestione dei SPL è la società di capitali: gestione pubblica e gestione privata dovrebbero avvalersi di tale strumento. In questo quadro l'*in house providing* costituirebbe l'unica deroga al principio della gara pubblica ammessa dalla Corte di Giustizia laddove si configurino le due caratteristiche consistenti nell'esercizio del controllo analogo a quello esercitato dall'ente locale sui propri servizi e nel fatto che il soggetto gestore – a capitale interamente pubblico – eserciti la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene¹⁰.

Una diversa e contraria lettura degli esiti referendari tenderebbe invece a dimostrare che l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, rafforzata dalla successiva dichiarazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione dell'art. 75 Cost., riporta gli enti locali nella piena facoltà di gestire i servizi pubblici locali nel modo ritenuto più utile ai cittadini. Qualora gli enti locali decidessero per mantenere la gestione pubblica potrebbero utilizzare tre strumenti diversi che costituirebbe tutte ipotesi di gestione diretta ovvero la gestione in economia, la gestione attraverso aziende pubbliche e la gestione con società a capitale interamente pubblico attraverso l'affidamento diretto senza gara¹¹.

⁹ Cfr. G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 663 ss.

¹⁰ Sul punto si veda C. Iannello, *I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato. Riflessioni circa il rapporto tra le recenti riforme dei servizi pubblici locali e l'ordinamento europeo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 99 ss.

¹¹ A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del*

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

L'Anci dal canto suo ha redatto un apposito documento nel quale sostiene che la sentenza n. 199/2012 – e dunque l'esito referendario – restituisce ai Comuni «la possibilità di una gestione, oltre che mediante società a totale partecipazione pubblica, anche in economia o mediante azienda speciale. Il punto è controverso, ma – al di là delle prese di posizione del giudice amministrativo, che hanno sottolineato l'inesistenza di un divieto in tal senso nell'ordinamento interno (Cons. St., sez.V, 26 gennaio 2011, n. 552) – non v'è dubbio che le norme in materia di aziende speciali, recentemente introdotte nel d.l. n. 1/2012 s.m.i, non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla gestione in economia o mediante azienda speciale (salva l'esistenza di eventuali norme settoriali interdittive)»¹². Secondo l'Anci, dunque, proprio le norme che sottopongono l'azienda speciale e, in generale, gli enti strumentali dei comuni, tra l'altro, al patto di stabilità interno, alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e all'obbligo di evidenza pubblica per l'assunzione di personale e l'affidamento di incarichi garantiscono a tale istituto piena cittadinanza all'interno dell'ordinamento italiano e, dunque, la loro utilizzabilità anche per la gestione dei SPL di rilevanza economica.

5. Sul presunto divieto di gestione diretta dei SPL

La sent. n. 325/2010 aveva sancito la costituzionalità dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 (convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008), cioè della previgente disciplina generale in tema di SPL di rilevanza economica, sulla base, tra l'altro, della considerazione che tale disciplina fosse compatibile con quella europea. Il legislatore italiano, avvalendosi del proprio spazio di discrezionalità rispetto al diritto dell'Ue, avrebbe legittimamente utilizzato «un “margine di apprezzamento” rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore

13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali, in *Rivista AIC*, 3/2011; A. Contieri, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *Giustamm.it*, 10/2011; M. Ruotolo, *Non “ce la chiede l'Europa” e “non la vogliono i cittadini”*. *Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, cit.; L. Longhi, *Brevi considerazioni sulla possibilità della gestione del servizio idrico integrato attraverso aziende speciali*, in *Giustamm.it*, n. 8, agosto 2012.

¹² Anci, *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della Sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012 n. 199*, 24 luglio 2012.

ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza “nel” mercato e “per” il mercato»¹³.

L'Italia avrebbe adottato regole pro-concorrenziali più “spinte” rispetto alla disciplina comunitaria – ma pur sempre orientate nello stesso verso – riducendo discrezionalmente la possibilità dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali ai soli casi che non permettessero un efficace ed utile ricorso al mercato e rendendo notevolmente più complesse le relative procedure amministrative.

Nella citata sentenza la Corte aveva anche individuato nell'ordinamento italiano un presunto divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali di rilevanza economica derivante non già dall'art. 23-*bis*, ma dall'art. 35, l. n. 448/2001 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e dall'art. 14, d.l. n. 269/2003 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 326/2003.

In mancanza di una norma espressa che vieti le gestioni dirette, in economia e tramite aziende speciali o società a totale capitale pubblico (e peraltro in un'epoca in cui il legislatore ha ritenuto di dover chiarire espressamente che, nella sfera economica, «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»)¹⁴ –, la Corte avrebbe presumibilmente desunto tale divieto in modo indiretto. Il legislatore italiano si sarebbe semplicemente limitato con l'art. 35, l. finanziaria per il 2002 a cancellare dall'art. 113 TUEL le gestioni dirette, imponendo la gara ad evidenza pubblica per tutti i SPL a rilevanza economica – e dunque sancendo l'obbligo di esternalizzazione –, mentre, due anni dopo, con l'art. 14, d.l. n. 269/2003, avrebbe reintrodotto la sola possibilità degli affidamenti diretti a società a capitale interamente pubblico dotate delle caratteristiche richieste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue per le gestioni c.d. *in house*.

Da questo duplice intervento, mai sottoposto al giudizio di costituzionalità¹⁵, che presuppone peraltro la sussistenza nell'ordinamento interno di un astratto principio di tipicità delle forme di gestione dei SPL¹⁶, sarebbe derivato, secondo la Corte, un presunto divieto di gestione diretta.

¹³ C. cost. n. 325/2012, punto 6.1 delle considerazioni in diritto.

¹⁴ L'art. 3, c. 1, d.l. n. 138/2011 stabilisce il «principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge».

¹⁵ La Corte sottolinea questo aspetto nella sent. n. 325/2012 p.to 6.1 delle considerazioni in diritto.

¹⁶ Sull'inesistenza nell'ordinamento italiano di un principio di tipicità delle forme di gestione si veda G. Piperata, *Tipicità e autonomia nell'organizzazione del servizio pubblico locale*, Milano, Giuffrè, 2007.

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

Avevamo già sostenuto su questa rivista che nell'ordinamento italiano, anche prima dell'abrogazione dell'art. 23-*bis*, non vi fosse alcun divieto di gestione diretta, ma semmai un mero obbligo di esternalizzazione – e dunque di ricorso al mercato – dei servizi pubblici locali a rilevanza economica contrario, a nostro giudizio, alla legislazione comunitaria e ai principi costituzionali interni¹⁷. Ora, attraverso una lettura coordinata delle sent. n. 325/2010, n. 24/2011 e n. 199/2012, si può sicuramente sostenere che un eventuale divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali debba considerarsi definitivamente superato.

6. Una lettura coordinata delle sentenze n. 325/2010, 24/2011 e 199/2012.

La C. cost. aveva chiarito nella sent. n. 325/2010 – richiamata nella successiva pronuncia relativa all'ammissibilità del referendum abrogativo – che l'art. 23-*bis*, lungi dal costituire un'applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea, integrava soltanto «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare» il «primo comma dell'art. 117 Cost.»¹⁸. La prima differenza tra la normativa comunitaria e quella interna relativamente alla gestione dei SPL consiste nel fatto che la normativa comunitaria ammette la gestione diretta dei SPL da parte dell'autorità pubblica «nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della C. giust. UE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*)».

L'ordinamento comunitario ammette qualsiasi forma di gestione diretta. La giurisprudenza della Corte di giustizia Ue riconosce che «un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»¹⁹. La sfera di discrezionalità dei singoli Stati nazionali

¹⁷ Cfr. S. Marotta, *La depubblicizzazione del servizio idrico integrato. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, 2011, n. 1.

¹⁸ Corte cost. n. 325/2010, punto 6 delle considerazioni in diritto.

¹⁹ Corte di giustizia Ue, *Sea s.r.l./Comune di Ponte di Nossa*, 10 settembre 2009, in causa C-573/07.

può riguardare le modalità della gestione diretta, mentre la Corte di giustizia può solo limitarsi a «sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un “errore manifesto”»²⁰.

Nella sentenza relativa all'ammissibilità del referendum sull'art. 23-*bis* la Corte aveva sancito che, nell'ipotesi di vittoria del sì, non si sarebbe verificata alcuna reviviscenza della normativa interna abrogata dall'art. 23-*bis*, ma si sarebbe passati all'«applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum)»²¹. In assenza di una direttiva specifica in materia di servizi pubblici locali, l'applicazione immediata della normativa comunitaria assume il significato dell'attuazione dei principi contenuti negli artt. 14 e 106 TFUE e del Protocollo 26 allegato ai Trattati, oltre che dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue. Tale normativa, essendo il risultato di un accordo tra più Stati nazionali (ciascuno dotato di un proprio autonomo sistema di gestione dei SPL), costituisce una sintesi con spiccate caratteristiche di generalità e astrattezza tali da ricomprende in sé i diversi sistemi nazionali. Non a caso proprio il Protocollo 26 sui servizi di interesse economico generale allegato ai Trattati Ue prevede che «I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 TFUE comprendono in particolare: – il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; – la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; – un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente». E ciò è ancor più valido nel momento in cui la stessa Corte cost. ha ritenuto di dover rilevare che la nozione comunitaria di SIEG e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo»²².

La normativa comunitaria presuppone l'esistenza di una normativa nazionale autonoma e discrezionale ispirata ai principi dell'Unione e approvata nelle forme previste dai singoli ordinamenti nazionali. La sent. n. 199/2012, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, indica chiaramente che l'esito referendario ha attribuito al margine di di-

²⁰ Corte cost. n. 325/2010, punto 6.1 delle considerazioni in diritto.

²¹ Corte cost. n. 24/2011, punto 4.2.2 delle considerazioni in diritto.

²² Corte cost. n. 272/2004 e n. 325/2010.

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

screzionalità lasciato dalla normativa europea al legislatore nazionale una precisa direzione in un senso decisamente favorevole alla gestione pubblica dei SPL.

Il legislatore del 2011, invece, non solo ha riproposto una norma avente la stessa *ratio* di quella abrogata per via referendaria ma, ancorando l'esclusione della procedura di gara anche «al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del c. 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti». Nella confusione terminologica dominante, escludere l'affidamento diretto significa escludere di fatto la gestione pubblica²³.

La Corte inoltre afferma che «tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-*bis* – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sent. n. 325/2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)»²⁴.

Non è un caso che non vi sia una direttiva comunitaria sui SPL: perché mai una normativa comunitaria avrebbe dovuto imporre – o anche vietare – la gestione diretta in un settore, quello dei SPL, che è legato alle caratteristiche morfologiche del territorio in cui il servizio viene fornito e alle differenti esigenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse?

Ai fini della dichiarazione di illegittimità per violazione dell'art. 75 sarebbe stato sufficiente che il Giudice delle leggi si soffermasse esclusivamente sulla volontà referendaria che andava sicuramente nella direzione dell'eliminazione di qualsiasi ostacolo agli affidamenti diretti e dunque alle gestioni pubbliche. Ma la Corte afferma con chiarezza che una norma interna che, come l'art. 4, stabilisca anche solo di fatto un divieto di affidamento diretto violerebbe l'art. 106 TFUE cioè la norma del TFUE che consente di derogare all'applicazione delle regole di concorrenza.

Dal momento che la normativa comunitaria consente agli Stati membri di prevedere la gestione diretta dei SPL, ma lascia poi ampio spazio alla discrezionalità dei singoli Stati di scegliere le effettive modalità di gestione,

²³ Non a caso l'Ufficio centrale per il referendum ha attribuito al quesito il n. 1 quello che chiedeva l'abrogazione dell'art. 23-*bis* il seguente titolo: «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione».

²⁴ C. cost. n. 199/2012, punto 5.2.1 delle considerazioni in diritto.

è di tutta evidenza che l'esito referendario ha definitivamente cambiato il contenuto della discrezionalità politica della scelta dello Stato italiano.

Dopo il referendum e la sent. n. 199/2012, il legislatore italiano potrà ancora utilizzare la propria discrezionalità ma non certo per vietare la gestione diretta dei SPL, bensì per rendere il ricorso alla gestione pubblica il più ampio possibile. Saranno poi gli enti locali nella piena autonomia che viene ad essi riconosciuta dalla Costituzione italiana a scegliere quale forma di gestione adottare nell'interesse degli amministrati.

7. Conclusioni

Gli scaffali delle librerie e il dibattito economico e politico si arricchiscono ogni giorno di pubblicazioni sulla crisi finanziaria e sui modi per uscirne: a proposte che suggeriscono ricette alternative al libero mercato²⁵, si contrappongono ricette in senso liberista, in Italia ancora considerate il miglior modo per produrre ricchezza, che si scontrano però con l'oggettività dei dati economici²⁶.

Ciò ha condotto, in particolare nel nostro Paese, a una radicalizzazione delle posizioni in campo che certo non ha giovato al confronto tra i diversi orientamenti.

Ma quanto accaduto nel corso del 2012 induce a concludere che Governo e Parlamento hanno ricevuto dalla proposta di legge di iniziativa popolare, dagli esiti dei referendum e dalla successiva pronuncia della Corte costituzionale indicazioni chiare: qualunque intervento sulla disciplina dei servizi pubblici locali dovrà restituire agli enti locali la possibilità di decidere se ricorrere o meno alla gestione diretta senza alcun obbligo di esternalizzazione e senza alcun condizionamento o restrizione che non sia prevista dalla normativa comunitaria.

Ecco perché sarebbe forse opportuno che il legislatore statale prendesse un periodo di "meritato" riposo e lasciasse il campo all'applicazione della normativa comunitaria da parte degli enti locali preposti, riservando

²⁵ D. Acemoglu, J. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, 2012, i quali tendono a dimostrare che sono soprattutto le istituzioni politiche ed economiche a determinare il successo di alcune nazioni e la povertà di altre.

²⁶ J. Quiggin, *Zombie Economics: How Dead Ideas still Walk among Us*, Princeton University Press, 2010, l'ha definita, sulla scorta di Paul Krugman, un'idea *zombie*. Sulla sopravvivenza del neoliberalismo alla crisi finanziaria mondiale si veda C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

i servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta

per sé il ruolo di controllo *ex post* delle eventuali normative regionali mediante il ricorso al giudizio della Corte costituzionale²⁷. Si realizzerebbe in questo modo il definitivo passaggio della legislazione sulla materia alla competenza dei livelli territoriali costituzionalmente competenti, ottenendo il risultato di responsabilizzare ulteriormente gli enti locali sulle scelte che attingono all'utilizzo delle risorse legate alle diverse realtà territoriali.

Elinor Ostrom al termine delle sue ricerche sul governo dei beni comuni ha sostenuto che «l'ideazione e l'adozione di nuove istituzioni per risolvere i problemi delle risorse collettive sono compiti difficili, a prescindere da quanto sia omogeneo il gruppo, dalla qualità delle informazioni dei componenti del gruppo sulle condizioni della loro risorsa e da quanto siano radicate le norme generalizzate di reciprocità»²⁸.

È bene che siano le comunità locali a decidere come utilizzare le risorse a loro disposizione e come organizzare servizi migliori per i cittadini, nel rispetto dei criteri di economicità ed efficienza che dovrebbero caratterizzare l'attività di una corretta amministrazione.

Abstract

Local public services affect citizens' life quality. For this reason, their privatization meets in Italy a strong opposition in public opinion and in the movements and associations which express active citizenship. The results of the referendums held on 12 and 13 June expressed a clear preference of the majority of citizens towards public management. The Constitutional Court has ruled, in a recent judgment, that that indication was not respected by the Government and Parliament.

²⁷ Sul punto v. A. Sandulli, *L'Acquedotto Pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 2.

²⁸ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006, 305.

MARCO CALABRÒ

CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME
AVENTI FINALITÀ TURISTICO-RICREATIVA
E DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. Specificità delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa. – 2. La scelta del concessionario ai sensi della disciplina del Codice della Navigazione e del relativo Regolamento. – 3. L’erosione dei margini di discrezionalità ad opera della giurisprudenza. – 4. Il regime originario in ipotesi di rinnovo e il cd. diritto di insistenza. – 5. *Segue*: un primo passo verso l’adeguamento della disciplina ai principi europei: l’abrogazione del c. 2, cpv. 2, dell’art. 37 Cod. Nav. – 6. L’incompatibilità della conferma del regime del rinnovo automatico con la volontà di conformare la disciplina di settore ai canoni europei. – 7. L’“ultimo atto”: l’eliminazione dell’istituto del rinnovo automatico e il (prospettato) riordino della legislazione statale relativa alle concessioni demaniali marittime.

**1. Premessa. Specificità delle concessioni demaniali marittime
aventi finalità turistico-ricreativa**

Il rilascio di concessioni relative all’utilizzo esclusivo di aree appartenenti al demanio marittimo investe il più ampio tema del rapporto esistente tra godimento collettivo dei beni pubblici e loro sfruttamento economico, nella misura in cui, ormai da tempo, si ritiene che – a fronte di determinati presupposti – usi cd. “speciali” di un bene pubblico, che ne limitino o condizionino, in via temporanea, la fruizione collettiva, risultano in linea generale compatibili con la sua destinazione pubblica¹. La tendenza verso tale approccio di tipo dinamico – distante dalla tradizionale dimensione statica consistente nella mera tutela e fruizione passiva del bene pubblico – emerge

¹ Sul tema si rinvia, tra gli altri, a M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA*, 2003, Milano, 2004, 24 ss.; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; G. De Giorgi Cezzi, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione*, in *Ius publicum*, 2011.

con evidenza proprio in ordine alle modalità di utilizzo e valorizzazione dei beni del demanio marittimo, ed in particolare in relazione alle aree demaniali costiere, naturalmente sfruttabili per la realizzazione di attività turistico-ricreative². Ciò, è evidente, assume un peculiare rilievo in un contesto come quello italiano, nell'ambito della cui economia la voce «turismo» ricopre una posizione di indubbia rilevanza, e connotato dalla presenza di vasti tratti di costa potenzialmente sfruttabili da parte di soggetti privati interessati ad investire nel settore³. I considerevoli interessi economici (pubblici e privati) sottesi alla tematica in questione, in uno con il delicato equilibrio da individuare tra sfruttamento e tutela delle aree coinvolte, hanno spinto il legislatore ad intervenire più volte al fine di regolare al meglio gli usi del demanio marittimo, fino alle più recenti modifiche, le quali, è possibile sin d'ora anticipare, non rappresentano che un passaggio in attesa di una più ampia e completa rivisitazione dell'intera disciplina del rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreativa.

Prima di esaminare nello specifico il procedimento di rilascio, appare opportuno inquadrare le concessioni demaniali marittime nell'ambito della più ampia categoria delle concessioni amministrative⁴. In particolare, per quanto maggiormente rileva in questa sede, è discusso se i provvedimenti in

² Su tale aspetto si rinvia alle osservazioni di F.G. Scoca, *Relazione introduttiva*, in Aa.Vv., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano, Giuffrè, 2002, 15 ss.; L. Ancis, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, 157 ss.; F. Di Lascio, *Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm TAR*, 2009, 3, 787 ss.

³ «In altre parole la funzione del bene demaniale da finale diventava strumentale [...] cioè bene produttivo, ossia capace di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività» (F. Benvenuti, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 155).

⁴ Non può essere questa, evidentemente, la sede per ricostruire la complessa e contestata nozione di concessione amministrativa, oscillante tra una visione privatistica, che ha portato alla teorizzazione della figura delle c.d. concessioni-contratto, ed una visione più spiccatamente pubblicistica, con la quale si valorizza il "momento autoritativo", consistente nella imposizione di un determinato assetto degli interessi come conseguenza di una scelta che si presuma la più idonea a soddisfare l'interesse pubblico, rispetto a quello consensualistico. Sul tema si rinvia, *ex multis*, a U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1937, I, 359 ss.; V. Caianiello, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, II, Torino, 1980, 234 ss.; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981; O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 7 ss.; D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, IV, 1989, 280 ss.; F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss.

questione debbano essere ricondotti al novero delle concessioni di beni o di servizi. Come si avrà modo di chiarire meglio *infra*, a parere della Commissione europea (cfr. procedura di infrazione n. 2008/4908) al rilascio di concessioni aventi finalità turistico-ricreative dovrebbe applicarsi la direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva servizi), in quanto il godimento del bene pubblico risulterebbe del tutto strumentale all'esercizio di servizi pubblici turistici da parte del privato concessionario. Da ciò conseguirebbe, pertanto, la necessità di porre in essere una procedura di selezione tra i candidati potenziali che garantisca il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, anche attraverso l'adeguata pubblicità dell'avvio del procedimento. Al riguardo si è, invero, osservato che la riconducibilità della fattispecie in esame al modello della concessione di servizi pubblici non è poi così pacifica, «ove si ponga l'accento non sull'attività che attraverso l'uso del bene pubblico viene esercitata, ma solo sul godimento esclusivo del bene»⁵. La circostanza che l'attività posta in essere dal concessionario debba in qualche modo rispondere al perseguimento di un interesse pubblico non può considerarsi elemento sufficiente a trasformare in mero "strumento" l'oggetto vero e proprio della concessione, che, ai sensi della normativa, è rappresentato dall'occupazione e dall'uso, anche esclusivo, di un'area demaniale (cfr. art. 36 cod. nav.).

In effetti, a ben vedere, l'ambito di applicazione della Direttiva Servizi è limitato ai soli servizi pubblici, a quelle attività, cioè, che gli Stati o gli enti territoriali delegano a loro partecipate o a soggetti privati affinché svolgano servizi diretti a favore della collettività, che essi non possono (o scelgono di non) svolgere. Essa, quindi, non appare idonea a disciplinare la fattispecie in esame, nella misura in cui alle imprese balneari è invece concesso l'utilizzo di un'area demaniale al fine di offrire servizi "privati", sebbene aventi innegabili riflessi (indiretti) su numerosi interesse pubblici. Con ciò, ovviamente, non si intende sostenere che la procedura di rilascio delle concessioni in esame sia esentata *tout court* dal rispetto delle regole e dei principi comunitari posti a tutela della concorrenza. Come chiarito ormai da tempo anche dalla giurisprudenza⁶, esigenze di adeguata pubblicità e di idonee forme concorrenziali sono proprie anche delle concessioni di beni pubblici, allorché l'uso del bene si riveli strumentale all'esercizio di un'attività di impresa. Del resto, ma su tale profilo ci si soffermerà più approfonditamente

⁵ M. D'Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. e app.*, 2011, 5, 600. Sul punto cfr. anche G. Marchegiani, *Le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreative*, in www.giustamm.it, 6/2011.

⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in *Foro amm.*- CDS, 2010, 1463.

infra, è stato efficacemente osservato che «dalla scelta dell'unico o limitato numero di concessionari, adottata in via discrezionale, potrebbero derivare almeno due rilevanti distorsioni alla concorrenza: quella dell'accesso al mercato e quella della posizione privilegiata delle imprese concessionarie»⁷.

Ciò premesso, al fine di delimitare il campo di indagine della presente analisi, deve specificarsi che – ai sensi dell'art. 01, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 – sono da intendersi concessioni aventi finalità turistico-ricreativa⁸ quelle concernenti le seguenti attività: a) gestione di stabilimenti balneari; b) esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; c) noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; d) gestione di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; e) esercizi commerciali; f) servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo, compatibilmente con le esigenze di utilizzazione di cui alle precedenti categorie di utilizzazione. Come si vedrà, la disciplina relativa al rilascio di tali concessioni è rappresentata in linea generale dalla medesima prevista per le altre concessioni di beni demaniali marittimi – contemplata dal codice della navigazione e dal relativo regolamento di attuazione – sebbene non manchino aspetti regolatori peculiari, alcuni dei quali sono stati oggetto di recenti interventi da parte del legislatore statale.

2. La scelta del concessionario ai sensi della disciplina del Codice della Navigazione e del relativo Regolamento

Il Codice della Navigazione (art. 36, c. 1) riconosce all'amministrazione la facoltà di concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali per un determinato periodo di tempo, ove ciò risulti compatibile con le esigenze del pubblico uso. Appare sin d'ora evidente come l'amministrazione sia in tal caso dotata di ampio margine di discrezionalità, sia nel valutare l'opportunità o meno di permettere ad un soggetto privato di sfruttare economicamente in via esclusiva un bene demaniale⁹, sia, poi, nel veri-

⁷ E. Santoro, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai protti turistici*, in *Foro amm-CDS*, 2005, 2388. Sul punto v. anche M. D'Alberti, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 347 ss.

⁸ In ordine al tentativo operato dalla giurisprudenza di addivenire ad una definizione delle concessioni aventi finalità turistico-ricreativa si rinvia, da ultimo, a Tar Campania, Salerno, sez. I, 27 settembre 2011, n. 1582, in *Foro amm. TAR*, 2011, 9, 2834.

⁹ Deve sottolinearsi che la giurisprudenza appare ancora ferma nel sostenere l'eccezionalità dell'utilizzazione dei beni del demanio marittimo per finalità differenti da quella, istituzionale, dell'uso pubblico. Sul punto la recente pronuncia del Tar Campania, Napoli, sez.

concessioni demaniali marittime

ficare la conciliabilità tra la modalità di utilizzazione ipotizzata e la destinazione di uso pubblico dell'area¹⁰.

A fronte di più di un soggetto interessato ad ottenere in concessione la medesima area, l'amministrazione è tenuta a procedere in ottemperanza a specifici criteri preferenziali (cfr. art. 37 cod. nav): in particolare dovrà essere selezionata la domanda che – a giudizio della stessa p.a. – offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico¹¹. Ebbene, in ordine al canone del “proficuo utilizzo della concessione“, vengono evidentemente in rilievo, da un lato, le finalità di interesse pubblico a cui l'amministrazione riconduce l'area interessata, e, dall'altro, l'intrinseco valore imprenditoriale connesso alle modalità di sfruttamento dell'area demaniale prospettate da ciascun istante¹². Di più difficile interpretazione ap-

VII, 23 aprile 2012, n. 1892, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha ribadito che un'utilizzazione di tipo privato «è consentita esclusivamente per un periodo di tempo determinato e previa responsabile valutazione dell'Amministrazione competente, compatibilmente con il pubblico interesse. Essendo l'uso pubblico di tali beni quella istituzionalmente prevista dalla legge, la scelta dell'Amministrazione di mantenere tale destinazione relativamente ad un determinato bene demaniale, pur in presenza di una domanda di concessione, non richiede una motivazione specifica, essendo sufficiente la concreta indicazione della incompatibilità della nuova destinazione con l'uso pubblico; al contrario, tale specifica motivazione è invece necessaria proprio ai fini della adozione del provvedimento di concessione del terreno demaniale, che, distogliendo quest'ultimo dalla destinazione ad uso pubblico, deve indicare le ragioni che inducano a ritenere la destinazione ad un uso diverso da quello istituzionale, compatibile e non pregiudizievole per l'interesse generale».

¹⁰ La giurisprudenza ha avuto da tempo modo di chiarire che l'utilizzo economico del bene demaniale marittimo da parte di un privato deve in ogni caso essere finalizzato (anche in via indiretta) al soddisfacimento dell'interesse generale, ad esempio garantendo alla collettività migliori condizioni di fruibilità del bene stesso (cfr. Tar Liguria, sez. I, 29 giugno 1998, n. 292, in *Foro amm.*, 1999, 832; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7765, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Richiama correttamente l'utilizzo dei principi di ragionevolezza ed adeguatezza nella scelta circa l'opportunità o meno di concedere tratti del demanio marittimo a soggetti privati A. Lezzi, *Concessione di beni demaniali marittimi e federalismo territoriale. Titolarità e competenze nella tutela degli “interessi articolati”*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 2, il quale specifica che «Nello scegliere tra i possibili diversi usi, l'amministrazione trova un fondamentale criterio di indirizzo nella naturale vocazione del bene e nel rapporto tra il bene stesso e l'uso per il quale ne viene demandata la concessione», 366.

¹¹ Sul tema, in generale, cfr. da ultimo S. Prete, *Profili procedurali e criteri di preferenza nel concorso di domande di rilascio di concessione demaniale marittima*, in *Dir. mar.*, 2009, 1095 ss. In ordine al rapporto di complementarità e non alternatività che lega i suddetti criteri si rinvia a A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2008, 121.

¹² E stato osservato come il beneficio economico tratto dal concessionario dovrebbe

pare, invece, il parametro del “più rilevante interesse pubblico” – rispetto al quale si è condivisibilmente parlato di «dizione quanto mai imprecisa e sfuggibile»¹³ – nella misura in cui non è in alcun modo chiarito quali possano essere (e se ve ne siano) i criteri di giudizio in base ai quali l'amministrazione è tenuta a procedere a tale verifica.

Entrambi i criteri, in ogni caso, si rivelano decisamente generici, indeterminati, nella misura in cui la sostanziale assenza di parametri verificabili *ab externo* nell'ambito di un eventuale giudizio di legittimità, finisce per lasciare all'amministrazione una notevole (e inopportuna) libertà di azione nella scelta del concessionario¹⁴. In ordine alle sole concessioni demaniali

riverberarsi in maniera proporzionale sulla quantificazione del canone, laddove, al contrario, è oggi possibile registrare una generale inadeguatezza dei corrispettivi pagati dai privati rispetto alla effettiva redditività delle concessioni. Sul tema si rinvia a F Di Lascio, *Concessioni di demanio marittimo*, cit., 789, nonché alle interessanti osservazioni di D. Casalini, *Valorizzazione, interesse pubblico ed eternalità negative nella struttura dei canoni di concessione demaniale marittima*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1437 ss., il quale sottolinea che «La valorizzazione del demanio è un obiettivo che può genericamente giustificare un meccanismo di adeguamento dei canoni ai «valori di mercato», come sinora è avvenuto nella legislazione di settore. Si avverte tuttavia e non solo con riferimento alle concessioni demaniali marittime a fini turistico-ricreative la necessità di un'articolazione molto più strutturata dei canoni concessori che individui gli indici di redditività del bene su cui parametrare il prelievo (il valore immobiliare del bene o la redditività dell'attività svolta per mezzo di esso), che rifletta in modo preciso, proporzionale e trasparente i costi sociali e ambientali (ad es. di salvaguardia, tutela e protezione del bene) causati dall'attività del concessionario che si ritiene di non finanziare attraverso la fiscalità generale e le compensazioni degli eventuali obblighi di servizio universale (ad es. uso pubblico generale e gratuito; agevolazioni per categorie di utenti) che si vorranno imporre al concessionario».

¹³ M. Sinisi, *La concessione di aree portuali tra obblighi procedurali e spazi discrezionali*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 3, 653. Nell'ambito delle poche pronunce che si soffermano sul punto è interessante quanto affermato da Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2004, n. 7283, in *Dir. trasporti*, 2005, 1095, secondo cui «la rilevanza dell'interesse pubblico, cui è fatto richiamo in tale norma, non attiene alle sole qualità oggettive del richiedente, ma si identifica anche nell'interesse primario tendente all'opportunità che l'atto di concessione sia coerente a una corretta utilizzazione dell'area interessata, senza creare intralcio e impedimento alla sicurezza della navigazione ed ad altre posizioni di uso speciale in atto».

¹⁴ La giurisprudenza ritiene sindacabile in sede giurisdizionale il corretto utilizzo dei criteri preferenziali solo qualora emergano profili di incongruità o irragionevolezza (cfr. Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 488, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 281). Si osservi, tuttavia, come la stessa giurisprudenza che riconosce ampi margini di discrezionalità in capo alla p.a. nell'individuazione del concessionario, imponga in genere all'amministrazione di esternare le ragioni che hanno portato a preferire un richiedente piuttosto che un altro (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 settembre 1994, n. 1371, in *Foro amm.*, 1994, 2135; Tar Liguria, sez. I, 30 ottobre 2007, n. 1872, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3033; Tar Liguria, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 88, in *Foro amm. TAR*, 2003, 41).

marittime aventi finalità turistico-ricreativa sussiste, poi, un ulteriore (questa volta meno indeterminato) criterio preferenziale, consistente nell'obbligo di privilegiare le richieste che prevedano l'utilizzo di attrezzature non fisse e completamente amovibili, giustificato dalla peculiare esigenza di conciliare la realizzazione di infrastrutture necessarie all'erogazione di servizi e la tutela dell'ambiente costiero.

Infine, unicamente nella (invero poco probabile) ipotesi in cui l'amministrazione si trovi nella impossibilità di applicare alcuno dei suddetti canoni preferenziali (mancandone i presupposti), la normativa (art. 37, c. 3, cod. nav.) prevede che l'individuazione del concessionario avvenga attraverso una licitazione privata (oggi procedura ristretta). Da ciò è possibile rinvenire la conferma di quanto precedentemente sostenuto laddove – essendo indicato un obbligo di gara nel solo caso di assenza di qualsiasi ragione di preferenza – nell'ipotesi in cui sussista anche uno solo dei suddetti criteri la p.a. non è affatto tenuta (almeno ai sensi della disciplina positiva) a procedere ad un vero e proprio confronto comparativo tra le diverse domande, rispettoso dei principi di parità di trattamento e trasparenza, essendo, al contrario, chiamata a valutare discrezionalmente (“a suo giudizio”) quale delle modalità di sfruttamento prospettate garantisca una utilizzazione dell'area maggiormente proficua e rispondente ad un più rilevante interesse pubblico¹⁵. Se, tuttavia, appare giustificato il riconoscimento di un ampio grado di discrezionalità in capo alla p.a. nel decidere “se” procedere al rilascio di una concessione – attesa la naturale vocazione dei beni in questione ad essere goduti indiscriminatamente da ogni consociato¹⁶ – non altrettanto

¹⁵ «La comparazione tra più aspiranti ad una stessa concessione demaniale marittima di beni o servizi non costituisce né un concorso, né un gara, difettando l'ineliminabile presupposto preliminare rappresentato dal bando, ma un semplice momento endoprocedimentale», Cons. giust. amm. reg. sic., 3 febbraio 2000, n. 37. In tal senso cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 18 maggio 2006, n. 3546, in *Foro amm. TAR*, 2006, 5, 1721; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 giugno 2003, n. 3718, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2064. La dottrina ha sostenuto, al riguardo, che la scelta del concessionario si è sempre tradizionalmente fondata sull'*intuitus personae* (cfr. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2009, 245).

¹⁶ L'amministrazione non può mai considerarsi obbligata a concedere l'uso speciale di un'area del demanio marittimo, dovendo essa primariamente valutare se le esigenze pubblicistiche che connotano quel determinato territorio (in special modo quelle di carattere paesaggistico-ambientale) possano essere più adeguatamente soddisfatte escludendo l'area dal novero di quelle passibili di essere concesse a terzi (cfr. Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3428, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 572, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 2, 357; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 9 gennaio 2004, n. 120, in *Foro amm. TAR*, 2004, 231). Sul tema si rinvia alle osservazioni di M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova,

può dirsi in ordine alla scelta volta ad individuare “a chi” concedere lo sfruttamento esclusivo dell’area in caso di più soggetti interessati¹⁷.

A parziale (ancorché residuale) correzione di tale impianto, l’art. 18, d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 (Regolamento cod. nav.) dispone che in caso di concessione «di particolare importanza per l’entità o per lo scopo» la relativa domanda deve essere pubblicata nell’albo del comune ove è situata l’area coinvolta, nonché nel foglio degli annunci legali della provincia. La stessa norma (c. 2 e 5) chiarisce, poi, le finalità cui è preordinata la suddetta pubblicazione, consistenti, da un lato, nel permettere a coloro che vi abbiano interesse di presentare osservazioni prima della emanazione del provvedimento definitivo e, dall’altro, di consentire l’emersione, e la relativa valutazione, di eventuali domande concorrenti. Appare evidente come, ancora una volta, l’ordinamento rinvii al discrezionale (e difficilmente sindacabile) apprezzamento dell’amministrazione una scelta di notevole rilievo. Si finisce, infatti, per legare alla verifica circa la sussistenza di un presupposto decisamente ambiguo e poco stringente (la “particolare importanza” della concessione) l’effettuazione o meno di un onere pubblicitario che – sebbene non preordinato allo svolgimento di una vera e propria valutazione comparativa – contribuisce senza dubbio a rendere maggiormente trasparente l’intera procedura¹⁸.

L’analisi della disciplina positiva sembrerebbe, pertanto, indicare la sussistenza di un amplissimo margine di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione nella scelta del concessionario, limitato dalla sola applicazione di criteri preferenziali in grado, invero, di arginare ben poco la libertà di azione dell’amministrazione.

3. L’erosione dei margini di discrezionalità ad opera della giurisprudenza

Se tale è l’assetto normativo, deve tuttavia osservarsi come, ad opera della giurisprudenza amministrativa, il suddetto margine di discrezionalità sia stato ormai quasi del tutto eroso. Per quanto attiene, innanzitutto, alla specifica fattispecie connotata dalla sussistenza del presupposto del rilascio

Cedam, 2005 e A. Maestroni, *La concessione in uso dei beni del demanio marittimo*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 2, 280 ss.

¹⁷ In termini cfr. G. Gruner, *L’affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell’Unione europea*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, 678 ss.

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 novembre 2001, n. 5817, in *Foro Amm.*, 2001, 2878.

di una concessione di particolare importanza (di cui all'art. 18, d.P.R. n. 328/1952 cit.), la produzione giurisprudenziale più recente ha avuto modo di chiarire che la decisione inerente alla pubblicazione della domanda di concessione nell'albo del comune ove è situata l'area coinvolta, nonché nel foglio degli annunci legali della provincia, non può ritenersi demandata alla pura discrezionalità dell'amministrazione, dovendosi apprezzare l'importanza della concessione secondo criteri obiettivi, da esternarsi compiutamente, onde consentire il sindacato del giudice amministrativo in ordine al corretto esercizio del potere amministrativo¹⁹. In effetti, una scelta dalla quale derivano conseguenze di notevole rilievo, quali il coinvolgimento di una molteplicità di interessi di natura privatistica (osservazioni) e, soprattutto, la sollecitazione dell'iniziativa di imprenditori interessati a presentare domande concorrenziali, non può non essere suscettibile di un adeguato sindacato giurisdizionale²⁰.

Ma anche al di fuori dell'ipotesi ora esaminata, si è sottolineato come – per quanto non trovi certa applicazione la disciplina relativa agli appalti di servizi – nel caso di specie operino in ogni caso le norme e i principi del Trattato UE (trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento), almeno ogniqualvolta il rilascio della concessione comporti un vantaggio economico per il richiedente²¹ e presenti un interesse transfrontaliero certo²². A tale conclusione si giunge inevitabilmente se si pensa che, in caso

¹⁹ In tal senso cfr. Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, 676; Cons. St., sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 2105; Cons. St., sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6421, in *Foro amm. CDS*, 2006, 10, 2884.

²⁰ G. Gruner, nel suo *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime*, cit., osserva che «non compare tra i repertori di giurisprudenza neanche una sola sentenza che non abbia ravvisato in concreto, in riferimento a concessioni demaniali marittime della più varia tipologia, il requisito della particolare importanza per l'entità e lo scopo», 681.

²¹ In termini cfr. C. Giust. Ce, 7 dicembre 2000, C-324/98, in *Foro it.*, 2000, 1; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. app.*, 2005, 329; Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2007, 161; Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1059, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2, 534; Tar Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3, 787; Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239, in *Foro amm. CDS*, 2010, 9, 1965. Cfr. anche la Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 e la Comunicazione della Commissione Europea su una politica europea dei porti del 18 ottobre 2007.

²² Come è noto, secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, nell'ipotesi in cui una concessione o autorizzazione presentino un interesse transfrontaliero certo, il rilascio delle stesse ad un soggetto avente sede nel Paese dell'amministrazione aggiudicatrice attraverso una procedura non rispettosa dei principi dell'evidenza pubblica viola i principi di parità di trattamento e libertà di stabilimento (cfr. C. Giust. Ue, Sez. III, 10 marzo

contrario, si incorrerebbe in evidenti effetti distorsivi della concorrenza, nonché in eventuali forme di discriminazione tra imprese nazionali e di altri Paesi comunitari, laddove si consentisse alla p.a. di individuare discrezionalmente il soggetto a cui concedere lo sfruttamento economico di un'area demaniale marittima. E indubitabile, inoltre, che l'obbligo di seguire i principi dell'evidenza pubblica prescinde dalla previa presentazione di una molteplicità di domande volte al conseguimento del medesimo bene, laddove l'interesse di più operatori del mercato potrebbe essere stimolato proprio a seguito della pubblicizzazione della volontà dell'amministrazione di affidare in concessione quell'area²³.

Resta fermo, in ogni caso, quanto specificato dalla giurisprudenza in ordine alla circostanza che, nel caso di specie, il necessario rispetto dei principi di evidenza pubblica derivanti dal diritto europeo non comporta l'instaurarsi di una vera e propria gara, quanto, piuttosto, il predisporre forme di pubblicità e di confronto comparativo in grado di permettere a chiunque sia interessato ad operare nell'ambito dei servizi turistico-ricreativi di concorrere all'ottenimento della concessione dell'area²⁴. In altri termini – anche in assenza del presupposto della “particolare importanza” – l'amministrazione che intende affidare in concessione un'area demaniale marittima è tenuta a porre in essere una procedura di selezione tra i candidati potenziali rispettosa dei principi di pubblicità, imparzialità, trasparenza, proporzionalità e parità di trattamento, atteso il vantaggio economico di cui beneficia il concessionario (in via esclusiva, anche se temporanea) a seguito dell'emana-zione del provvedimento amministrativo²⁵.

2011, C-274/09, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 741; C. Giust. Ue, 13 novembre 2007, C-507/03, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, 2974; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1, I, 226).

²³ In termini cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., 27 aprile 2009, n. 302, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 4, 1568; Tar Lazio, Latina, 8 settembre 2006, n. 610, in *Foro amm. TAR*, 2006, 9, 2988.

²⁴ Cfr. C. conti, 13 maggio 2005, n. 5, in *Dir. maritt.*, 2007, 4, 1202. La dottrina, al riguardo, ha da tempo chiarito che alla nozione di evidenza pubblica corrisponde «un concetto più ampio di quello che la assimila alle procedure di gara, in cui rientri ogni selezione, più o meno formalizzata, operata da un soggetto pubblico al fine di stipulare un contratto con un soggetto privato, la cui regolazione sia frammista di elementi pubblicistici e di strumenti privatistici, così da realizzare i fini costituzionali dell'imparzialità e della trasparenza», C. Benetazzo, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1464.

²⁵ In tal senso, del resto, si era nel passato pronunciata anche l'AGCM, prima con il parere del 28 ottobre 1998, rif. AS152 (*Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative*, in www.agcm.it), ove si auspicava una riduzione della discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari e l'instaurazione di procedure rispettose dei principi europei di pa-

4. Il regime originario in ipotesi di rinnovo e il cd. diritto di insistenza

La disciplina di settore contemplava, originariamente, un ulteriore criterio preferenziale, nell'individuazione del concessionario del bene demaniale marittimo, da applicarsi nel caso in cui quel bene fosse stato oggetto di una precedente concessione, in ordine alla quale fosse stata presentata istanza di rinnovo. In particolare, ai sensi dell'art. 37, c. 2, cpv. 2, cod. nav. era sancito il cd. *diritto di insistenza*, in base al quale, in sede di rinnovo, era riconosciuto un requisito preferenziale in capo ai titolari di precedenti concessioni già rilasciate, rispetto alle nuove istanze. In altri termini, a fronte di due domande egualmente in grado di utilizzare proficuamente la concessione e idonee a perseguire un interesse pubblico di pari valore, l'amministrazione avrebbe dovuto (senza ricorrere alla licitazione privata) applicare il suddetto parametro e, ricorrendone i presupposti, affidare la concessione al precedente titolare della stessa.

La *ratio* di tale disposizione era da rinvenirsi nell'esigenza di incentivare le iniziative nel settore turistico-balneare, garantendo al concessionario di poter esercitare l'attività imprenditoriale per un periodo almeno sufficiente a rendere conveniente l'investimento, e salvaguardando nel contempo la stabilità e la continuità dell'erogazione del servizio alla collettività²⁶. In un contesto nel quale venivano in conflitto due principi fondamentali quali quello del legittimo affidamento e quello della concorrenza, si legittimava sostanzialmente una esclusiva prevalenza del primo sul secondo, evidentemente ritenendo necessario privilegiare la tutela della posizione giuridica di vantaggio ingenerata in capo al cittadino con il rilascio della prima concessione, piuttosto che garantire un reale confronto concorrenziale tra potenziali operatori²⁷.

rità di trattamento e non discriminazione; e in seguito con il parere dell'11 dicembre 2008, rif. AS491 (*Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*, in www.agcm.it), con il quale si ribadiva l'esigenza di individuare condizioni di affidamento e rinnovo delle concessioni per le attività marittime idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza.

²⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 257, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 258; Tar Liguria, sez. I, 17 dicembre 2003, n. 1666, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3, 649; Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 1993, n. 817, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 341; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 5 maggio 1994, n. 259, in *Foro amm.*, 1994, 2215; Tar Toscana, Sez. III, 10 febbraio 1994, n. 32, in *Foro amm.*, 1994, 1531.

²⁷ Cfr. C. Giust. Ce, sez. VI, 24 gennaio 2002, C-500/99, in *Racc.*, 2002, I, 867.

Alla iniziale posizione tesa a riconoscere al diritto di insistenza natura di vero e proprio diritto soggettivo²⁸, si è avvicinata la tesi – poi divenuta dominante – secondo la quale l'interesse del precedente concessionario ad essere preferito ad altri aspiranti non sarebbe stato tutelato incondizionatamente, rappresentando piuttosto solo un limite alla discrezionalità dell'amministrazione che, nel ponderare la scelta, «deve tenere conto anche della situazione di colui che già si trova in detta posizione e che quindi potrebbe risentire un danno dalla cessazione dell'attività»²⁹. Con sempre maggiore incisività, poi, negli anni la giurisprudenza aveva sostanzialmente provveduto a svuotare di contenuto il diritto di insistenza, affermando che – anche in sede di rinnovo di una concessione demaniale marittima – l'amministrazione non si sarebbe potuta esimere dall'operare una concreta valutazione comparativa tra le istanze presentate da soggetti concorrenti senza violare i principi costituzionali e europei di parità di trattamento, di non discriminazione e di *par condicio*³⁰. A ciò si aggiunga l'ulteriore profilo – sottolineato dalla giurisprudenza contabile – consistente nella necessità che la scelta circa l'utilizzo più proficuo del bene demaniale dovesse essere parametrata anche in relazione al potenziale beneficio delle casse erariali³¹. In tal senso, pertanto, il concessionario non vantava alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, avendo il diritto di insistenza mero carattere sussidiario rispetto ai

²⁸ Cfr. la giurisprudenza citata nella precedente nota 26. In tal senso anche L.R. Perfetti, «Diritto di insistenza» e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2, 622, per il quale – nelle ipotesi in cui la legge riconosca espressamente tale diritto di prelazione – non potrebbe che ritenersi sussistente un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere il rinnovo della concessione da parte del precedente concessionario allorché presenti le medesime condizioni del nuovo offerente.

²⁹ Tar Campania, Napoli, sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21232, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3432. In termini anche Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 23 novembre 2011, n. 833, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Dir. trasporti*, 2006, 1, 305; Tar Toscana, sez. I, 11 marzo 2002, n. 461, in *Foro amm. TAR*, 2002, 882; Tar Lazio, Roma, sez. I, 25 settembre 2007, n. 9401, in *Guida dir.*, 2007, 130.

³⁰ Cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 28 gennaio 2011, n. 200, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1, 293; Cons. St., Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, in *Urb e app.*, 2009, 10, 1209, con nota di G. Mangialardi, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*; Cons. St., Sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2555, in *Foro amm. CDS*, 2009, 4, 1073.

³¹ «È connotata da un profilo gravemente colposo la condotta dell'ufficio demanio marittimo comunale il quale è venuto meno ai normali criteri di diligenza nell'istruzione delle pratiche relative alla concessione di spazi per stabilimenti balneari, omettendo i necessari approfondimenti e valutazioni volti ad una gestione dei beni demaniali economicamente orientata, con la conseguente sua responsabilità per il danno erariale così prodotto» (C. conti, sez. giur. Reg. Lazio, 30 marzo 2009, n. 486, in *Dir. mar.*, 2010, 113).

criteri generali rappresentati dalla più proficua utilizzazione della concessione demaniale e dal migliore uso della stessa nel pubblico interesse³², il che avrebbe potuto anche portare l'amministrazione a decidere di non sostituire al precedente un nuovo concessionario, bensì di procedere ad un nuovo affidamento mediante licitazione privata³³. Il residuo ambito applicativo della disposizione in questione si limitava, in definitiva, alla (invero rara) ipotesi in cui – una volta adeguatamente pubblicizzata la procedura di rinnovo della concessione – sussistesse una effettiva equipollenza tra i requisiti e le condizioni prospettate nella domanda del precedente concessionario e nelle istanze degli altri aspiranti operatori economici³⁴.

Ciò nonostante, la perdurante vigenza del suddetto diritto di insistenza – per quanto, come si è osservato, quasi del tutto privo di concreta attuazione – aveva portato la Commissione Europea ad invitare lo Stato Italiano a conformarsi all'ordinamento europeo (procedura di infrazione n. 2008/4908)³⁵, sollecitando l'eliminazione dalla disciplina relativa alla gestione del demanio marittimo della preferenza accordata al precedente concessionario, in quanto contraria al principio di libertà di stabilimento (art. 43 Trattato CE), nonché all'art. 12 della cd. Direttiva servizi, ai sensi del quale, tra l'altro, in caso di rilascio di provvedimenti quali quello in esame, non è possibile «prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente».

³² Cfr. Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2011, n. 3160, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1666; Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765, in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 246, Tar Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2679, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 2, 599; Cons. St., sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4920, in *Foro amm. CDS*, 2008, 2775; Tar Sardegna, 31 ottobre 2000, n. 929, in *Dir. trasporti*, 2001, 876.

³³ Cfr. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2000, n. 725, in *Foro amm.*, 2000, 469; Cons. St., sez. VI, 24 aprile 1995, n. 354, in *Cons. St.*, 1995, I, 559.

³⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239, in *Giur. it.*, 2011, 2; Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 2009, n. 8716, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, 676; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2825, in *Dir. trasporti*, 2008, 463; Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. app.*, 2005, 329.

³⁵ Cfr., in particolare, la lettera di messa in mora del 2 febbraio 2009 (rif SG(2009) D/00491), reperibile in http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/index_en.htm.

5. Segue: un primo passo verso l'adeguamento della disciplina ai principi europei: l'abrogazione del c. 2, cpv. 2, dell'art. 37 cod. nav.

Attraverso l'approvazione di una disciplina avente dichiaratamente carattere transitorio, e in attesa di una generale revisione dell'intera normativa nazionale in materia di concessione di beni demaniali marittimi aventi finalità turistico-ricreativa, il legislatore italiano è, quindi, intervenuto, al fine di fornire una risposta alle sollecitazioni provenienti dall'Europa, depurando la procedura di rilascio delle concessioni dai previgenti profili di privilegio sussistenti nei confronti di determinati soggetti. In particolare, il nostro legislatore, con il c. 18 dell'art. 1, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 – convertito con modifiche dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25 – ha abrogato il c. 2, cpv. 2, dell'art. 37 cit., nella parte in cui prevedeva il diritto di insistenza, prorogando nel contempo la durata delle concessioni in corso al 31 dicembre 2015.

Come si è già avuto modo di osservare, il contesto imprenditoriale turistico-ricreativo è connotato da notevoli investimenti iniziali: si spiega così la contestuale proroga al 2015 delle concessioni in essere, che risponde evidentemente all'esigenza di rispettare il principio del legittimo affidamento degli imprenditori, garantendo l'ammortamento degli investimenti e dei costi di gestione. Proprio la legittimità della scelta di prorogare di sei anni le concessioni in corso è stata oggetto di verifica da parte di una recente pronuncia del Tar Puglia, Lecce, n. 679/2011, nella quale si è sostenuto che tale disposizione non violerebbe i principi di concorrenza e libertà di stabilimento, introducendo, piuttosto, un regime transitorio ragionevole, teso ad evitare il prodursi di danni sproporzionati tali da compromettere il successivo reinserimento sul mercato di categorie di imprese legittimamente operanti³⁶. Anzi, è stato osservato come, in alcune ipotesi, la prevista proroga *ex lege* per soli sei anni potrebbe rivelarsi non sufficiente a consentire agli attuali concessionari – facenti legittimamente affidamento sul diritto di insistenza – di rientrare pienamente negli investimenti sostenuti, laddove, al contrario, il c. 3 dell'art. 12 della direttiva servizi (qualora ritenuta applicabile alla fattispecie) avrebbe consentito al legislatore italiano di introdurre

³⁶ Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 679, in *Giur. merito*, 2011, 6, 1700. In ordine al grado di discrezionalità di cui gode il legislatore nel dettare un regime transitorio si rinvia a C. cost., 30 luglio 2008, n. 309, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 3364; C. cost., 31 luglio 2002, n. 413, in *Giur. cost.*, 2002, 2977.

concessioni demaniali marittime

un meccanismo in grado di parametrare la durata delle concessioni in maniera proporzionale agli effettivi piani di ammortamento³⁷.

Al riguardo, si registrano diverse iniziative legislative intraprese da alcune Regioni all'indomani dell'abrogazione del diritto di insistenza volte a salvaguardare gli interessi dei concessionari uscenti, attraverso il riconoscimento della facoltà di richiedere una proroga ulteriore rispetto al termine del 2015 previsto dal legislatore nazionale, in ragione dell'entità delle opere e degli investimenti realizzati, nonché dei relativi ammortamenti³⁸. La Corte costituzionale, tuttavia, ha con diverse pronunce sancito l'illegittimità costituzionale delle suddette disposizioni normative regionali, sulla base delle seguenti considerazioni: atteso che la scadenza al 31 dicembre 2015 garantisce in ogni caso la durata "normale" di una concessione demaniale (sei anni), le modalità di proroga introdotte in sede regionale non troverebbero alcuna giustificazione, a fronte del fatto che il concessionario era fin dall'inizio a conoscenza del termine finale in ordine al quale calibrare i propri investimenti; da ciò, prosegue la Corte, la palese violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto con i principi europei di diritto di stabilimento e tutela della concorrenza, nella misura in cui si sarebbe inteso privilegiare i concessionari uscenti a discapito di altri operatori economici i quali, alla scadenza del titolo concessorio, potrebbero ottenerne il rilascio unicamente nel

³⁷ Come noto, il c. 3 dell'art. 12 della direttiva servizi consente di derogare ai generali principi in tema di rilascio di autorizzazioni e concessioni, tenendo conto «di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario». Richiama la suddetta disposizione M. D'Orsogna, nel suo *Le concessioni demaniali marittime*, cit., 570. Prospetta una differente soluzione, invece, C. Fiorillo, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*, in *Dir. trasporti*, 2011, 170 ss., la quale ipotizza la «previsione di una liquidazione indennitaria per il concessionario uscente (e non vincitore della nuova gara pubblica), computata sulla base di una valutazione in termini economici degli investimenti sostenuti e non ammortizzati a causa del venir meno del prolungamento della durata della propria concessione», 176.

³⁸ Si tratta, in particolare, della: l.r. Emilia Romagna, 23 luglio 2009, n. 8; l.r. Toscana, 23 dicembre 2009, n. 77; l.r. Marche, 11 febbraio 2010, n. 7; l.r. Veneto, 16 febbraio 2010, n. 13; l.r. Abruzzo, 18 febbraio 2010, n. 3. In tutti questi casi era stata introdotta la possibilità di proroga della concessione fino ad un massimo di venti anni, nell'ipotesi in cui ciò fosse stato ragionevole alla luce degli investimenti sostenuti. Differente, invece, il tenore della disposizione (censurata dalla Corte costituzionale) della l.r. Friuli Venezia Giulia, 3 giugno 2009, n. 13, ove si prevedeva che le concessioni precedentemente rilasciate a soggetti privi dei requisiti di legge sarebbero state prorogate fino all'individuazione di concessionari in possesso dei suddetti titoli, e comunque non oltre dodici mesi dalla scadenza.

caso in cui il precedente gestore dell'area demaniale non chieda la proroga³⁹. In effetti non può che condividersi il ragionamento della Consulta, se solo si pensa che consentire ai legislatori regionali di reintrodurre sostanzialmente una – seppur limitata – forma di diritto di insistenza in luogo di una disciplina ormai pienamente concorrenziale e aperta al mercato, sarebbe risultato del tutto contraddittorio rispetto all'intendimento dell'ordinamento nazionale di adeguare l'intera materia del rilascio delle concessioni demaniali marittime ai canoni europei di trasparenza, libertà di stabilimento e non discriminazione.

6. L'incompatibilità della conferma del regime del rinnovo automatico con la volontà di conformare la disciplina di settore ai canoni europei

In realtà, se è vero che il c. 18 dell'art. 1, d.l. n. 194/2009, nell'abrogare il diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav., ha finalmente eliminato dalla disciplina di settore nazionale una palese alterazione del mercato relativo al rilascio delle concessioni demaniali marittime, non è altrettanto vero che, in tal modo, l'ordinamento italiano si sia realmente allineato ai principi europei di riferimento. L'assetto normativo, in relazione alle sole concessioni demaniali aventi finalità turistico-ricreativa, contemplava infatti – accanto all'operatività del diritto di insistenza – anche un regime di rinnovo automatico, nonché la possibilità, a fronte della sussistenza di determinati presupposti, di vedersi rilasciato un titolo che durasse più dei sei anni previsti in linea generale, fino ad un massimo di venti anni.

In particolare, ai sensi dell'art. 01, c. 2, d.l. n. 400/1993 era previsto che le concessioni con finalità turistico-ricreativa⁴⁰ avessero durata di sei anni,

³⁹ Cfr. C. cost., 20 maggio 2010, n. 180, in *Dir. trasporti*, 2011, 167 (avente ad oggetto la l.r. Emilia Romagna n. 8/2009); C. cost. 1 luglio 2010, n. 233, in *Dir. trasporti*, 2011, 177 (avente ad oggetto la l.r. Friuli Venezia Giulia n. 13/2009); C. cost., 26 novembre 2010, n. 340, in *Dir. trasporti*, 2011, 181 (avente ad oggetto la l.r. Toscana n. 77/2009); C. cost. 18 luglio 2011, n. 213, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 2801 (avente ad oggetto la l.r. Marche n. 7/2010, la l.r. Veneto n. 13/2010 e la l.r. Abruzzo n. 3/2010).

⁴⁰ La norma, invero, faceva riferimento alle «concessioni di cui al comma 1» dello stesso art. 01 cit. A fronte di interpretazioni discordanti, il legislatore è successivamente intervenuto con una norma interpretativa, specificando che «Le parole “le concessioni di cui al comma 1” di cui al comma 2 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'articolo 10 della legge 16 marzo 2001, n. 88, si interpretano nel senso che esse sono riferite alle sole

concessioni demaniali marittime

ma che alla scadenza esse si rinnovassero «automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza», fatta salva l'ipotesi di revoca per ragioni di interesse pubblico⁴¹. Il concessionario uscente, pertanto, risultava titolare di un requisito preferenziale talmente forte da non essere costretto nemmeno a presentare domanda di rinnovo del titolo (necessaria per avvalersi del diritto di insistenza), operando nei suoi confronti un meccanismo di rinnovo automatico, da escludersi nella sola ipotesi in cui l'amministrazione fosse riuscita a dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico prevalente alla revoca della concessione.

Alla suddetta disposizione si affiancava, poi, quanto sancito dall'art. 03, c. 4-*bis*, d.l. n. 400/1993 (tuttora vigente), ai sensi del quale le concessioni aventi finalità turistico-ricreativa possono anche avere una durata superiore ai sei anni (ma nel limite dei venti) «in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni». Tale previsione trova, invero, una sua giustificazione nell'esigenza di permettere lo sviluppo delle attività imprenditoriali di settore, il che è possibile solo parametrando la durata delle concessioni all'effettiva entità degli investimenti effettuati, attraverso una ragionevole applicazione del principio di concorrenza comparato con quelli del legittimo affidamento e dell'equilibrio finanziario.

Se, pertanto, la possibilità, da parte del concessionario, di chiedere che il proprio titolo abbia una durata superiore ai sei anni – in proporzione alla rilevanza economica dell'operazione posta in essere – appare decisamente legittima e ragionevole anche sotto il profilo della corretta applicazione dei principi europei, lo stesso non può dirsi in ordine al meccanismo del rinnovo automatico, mediante il quale si finiva per riconoscere in capo al titolare della concessione una vera propria “rendita di posizione”⁴² di durata (almeno potenzialmente) illimitata, con conseguenziale violazione (ancora più grave di quella che scaturiva dall'applicazione del diritto di insistenza) dei principi europei in materia di libertà di stabilimento e concorrenza⁴³. Ciò

concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, quali indicate nelle lettere da a) ad f) del comma 1 del medesimo articolo 01» (art. 13, co. 1, l. 8 luglio 2003, n. 172).

⁴¹ La disposizione richiamava espressamente l'art. 42, c. 2, cod. nav., ai sensi del quale «Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima».

⁴² Adopera tale efficace locuzione G. Gruner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime*, cit., 682.

⁴³ Critica nei confronti del regime del rinnovo automatico si è mostrata anche l'Auto-

nonostante, quella stessa giurisprudenza che aveva da tempo fortemente limitato l'operatività del diritto di insistenza, fino a svuotarlo di contenuto, aveva nel contempo (del tutto inspiegabilmente) ritenuto legittimo il sistema del rinnovo automatico, affermando in più d'una occasione come esso escludesse la necessità di dare luogo a valutazioni comparative in presenza di domande di altri soggetti che aspirassero all'utilizzo dell'area già data in concessione, rinvenendosi l'unico limite nell'eventuale esercizio del potere di revoca di cui all'art. 42 cod. nav.⁴⁴.

Ebbene, la riforma del 2010, pur abrogando il diritto di insistenza, aveva tuttavia mantenuto in piedi il regime del rinnovo automatico: la legge di conversione n. 25/2010 aveva, infatti, inserito nell'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009 una formula (non presente nella versione originaria del d.l.) con la quale si facevano espressamente salve le disposizioni di cui all'art. 03, c. 4-bis, d.l. n. 400/1993. Se è vero che tale articolo disciplina la possibilità di prevedere una durata ventennale delle concessioni, in esso era a sua volta presente un espresso richiamo all'art. 01, c. 2, d.l. n. 400/1993, ove era per l'appunto individuato il suddetto principio del rinnovo automatico. Da una rigorosa lettura della disposizione, pertanto, emergeva chiaramente come si

rità Garante della Concorrenza e del Mercato che, con il parere dell'11 dicembre 2008, rif. AS491 (*Disposizioni sul rilascio delle concessioni di beni demaniali e sull'esercizio diretto delle funzioni amministrative in materia di demanio marittimo*, in www.agcm.it) ha osservato che «la proroga automatica delle concessioni in essere non consentirebbe di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica».

⁴⁴ In tal senso cfr. Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 257, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 258; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 11 ottobre 2006 n. 10254, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 1 settembre 2005, n. 11046, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Friuli Venezia Giulia, 27 settembre 2003, n. 685, in www.giustizia-amministrativa.it. G. Mangialardi, nel suo *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, cit. sostiene condivisibilmente che il carattere gravemente anticoncorrenziale della disposizione in questione avrebbe dovuto spingere il giudice amministrativo a sollevare questione di costituzionalità, il che avrebbe senza dubbio portato alla censura della norma da parte della Consulta; ma non si rinvergono ipotesi in cui il g.a. – pur essendosi in più occasioni pronunciato in merito al rinnovo automatico – abbia ritenuto necessario sottoporre la disposizione al vaglio della Corte costituzionale.

Non sono mancate, tuttavia, isolate pronunce nelle quali è possibile scorgere il tentativo di ridurre la forza del diritto al rinnovo automatico (cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 17 febbraio 2009, n. 193, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 590), configurandolo come legittima aspettativa che trova un limite non nel principio della concorrenza, bensì «nel persistente potere dell'Amministrazione di regolare l'uso del territorio marittimo e costiero e non impedisce l'esercizio della potestà pianificatoria» (Tar Abruzzo, 3 giugno 2009, n. 246, in *Dir. mar.*, 2010, 209).

fosse “fatto rientrare dalla finestra ciò che era stato fatto uscire dalla porta”, nella misura in cui – almeno in relazione alle concessioni aventi finalità turistico-ricreativa – l’abrogazione del diritto di insistenza finiva per perdere qualsiasi reale consistenza a fronte del perdurare del regime del rinnovo automatico.

Di tale avviso, del resto, si è immediatamente mostrata anche la Commissione Europea, la quale ha inviato in data 5 maggio 2010 al nostro Ministero degli Affari Esteri una messa in mora complementare *ex art.* 258 TFUE⁴⁵, con la quale – pur accogliendosi favorevolmente l’abrogazione del diritto di insistenza così come sollecitato con precedente lettera di messa in mora (procedura di infrazione n. 2008/4908) – si evidenziava come la formulazione della norma, con i suoi duplici rinvii, non solo andasse a creare un contesto giuridico ambiguo per gli operatori economici, ma finisse altresì per privare di ogni effetto utile la riforma stessa, lasciando in piedi un meccanismo (il rinnovo automatico) che violava le regole della concorrenza di cui all’art. 12 della Direttiva servizi, nonché la libertà di stabilimento di cui all’art. 49 TFUE.

7. L’“ultimo atto”: l’eliminazione dell’istituto del rinnovo automatico e il (prospettato) riordino della legislazione statale relativa alle concessioni demaniali marittime

A fronte dell’evidente contraddittorietà esistente tra il tenore della norma e la volontà espressamente manifestata dal legislatore nazionale di conformare la disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime ai canoni europei, è stato, pertanto, ipotizzato il richiamo al principio della disapplicazione della normativa interna contrastante con l’ordinamento europeo⁴⁶; come pure si è sostenuto che, nell’effettuare il rinvio in questione, il legislatore avesse inteso far salva unicamente la facoltà di rilasciare concessioni della durata superiore ai sei anni, e non anche il regime del rinnovo

⁴⁵ Si tratta, nello specifico, della lettera C(2010)2734, reperibile in http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/index_en.htm.

⁴⁶ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 27 ottobre 2010, n. 473, in *Urb. app.*, 2011, 5, 599, con nota di M. D’Orsogna, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*.

Il principio della disapplicazione della normativa interna contrastante con l’ordinamento europeo, come noto, è stato sancito per la prima volta da C. Giust. Ce, 22 giugno 1989, n. 103, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 423.

automatico⁴⁷. A tanto sembrava condurre, in effetti, la lettura della circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. n. 6105 del 6 maggio 2010⁴⁸, ove – anche in risposta alla lettera di messa in mora complementare inviata dalla Commissione Europea – nel chiarire la portata applicativa della riforma in questione, si precisava che il richiamo all'art. 03, c.4-*bis* sarebbe stato volto unicamente a confermare la possibilità per i titoli concessori di avere una durata sino ai venti anni, al fine di consentire al concessionario di ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali. Nessun cenno veniva effettuato, in quella sede, al meccanismo del rinnovo automatico, il che, pertanto, sembrava indicare la non operatività di tale istituto. Certo, al fine di poter considerare del tutto chiuso l'argomento, sarebbe stata auspicabile una più netta presa di posizione in tal senso da parte del Ministero, anche alla luce della considerazione che con la lettera di messa in mora del maggio 2010 la Commissione Europea non aveva affatto contestato la prevista facoltà di rilasciare concessioni di durata superiore a sei anni, bensì la (a questo punto presunta) ben più grave conferma del principio del rinnovo automatico.

Ebbene, tale lento e tortuoso processo di revisione della disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreativa ha finalmente trovato una sua soddisfacente (seppur parziale) soluzione ad opera della Legge Comunitaria 2010 (L. 15 dicembre 2011, n. 217). L'art. 11 di tale legge, infatti, introduce alcune modifiche all'impianto normativo di riferimento al dichiarato fine di «chiudere la procedura di infrazione n. 2008/4908», nonché di «rispondere all'esigenza degli operatori del mercato di usufruire di un quadro normativo stabile che, conformemente ai principi comunitari, consenta lo sviluppo e l'innovazione dell'impresa turistico-balneare-ricreativa» (c. 1). In particolare, si procede alla soppressione del c. 2 dell'art. 01, d.l. n. 400/1993, nonché del relativo richiamo presente nell'art. 03, c. 4-*bis*, cit., allineando così in maniera inequivocabile ai principi europei la procedura nazionale di individuazione del concessionario, at-

⁴⁷ In tal senso si è espresso G. Marchegiani, *Le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreative*, in www.giustamm.it, 6/2011, il quale osservava che il richiamo effettuato dal comma 18 in questione al comma 4-bis cit., per ragioni di coerenza non andasse riferito anche alla prescrizione contenente il rinnovo automatico, la quale «oltre a dover essere considerata non applicabile (o meglio non ascrivibile al riferimento) per manifesta contrarietà al diritto dell'Unione Europea, risulterebbe inattuabile anche da un punto di vista logico, perché concepita per essere strutturalmente connessa alle concessioni con durata di sei anni previste in tale comma e non a quelle di durata fino a venti anni, introdotte dal successivo comma 4-bis dello stesso decreto», 3.

⁴⁸ Reperibile in <http://www.mit.gov.it>.

concessioni demaniali marittime

traverso l'eliminazione dell'istituto del rinnovo automatico, ultimo elemento "dissonante" ancora presente nella disciplina di settore. Come era prevedibile, quindi, in data 27 febbraio 2012 la Commissione Europea ha formalmente chiuso la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, riconoscendo l'avvenuto allineamento della disciplina nazionale alle direttive UE e, nel contempo, confermando la legittimità della proroga delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015, disposta dall'art. 1, c. 18, l.n. 25/2010 cit.

La Legge Comunitaria 2010, invero, non si è limitata ad eliminare il meccanismo del rinnovo automatico, bensì ha contestualmente delegato il Governo ad adottare, entro marzo 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione dell'intera normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, con l'intento di individuare un quadro di regole complessivo tale da assicurare un uso del demanio rispondente all'interesse pubblico e proporzionato all'entità degli investimenti, nonché di introdurre modalità di affidamento che siano nel contempo rispettose dei principi dell'evidenza pubblica e in grado di valorizzare le attività imprenditoriali di settore. Si è, in seguito, ipotizzato di procedere all'attuazione della suddetta delega all'interno del c.d. Decreto liberalizzazioni presentato dal Governo Monti⁴⁹, la cui prima stesura conteneva un art. 26 – poi rimosso dal testo definitivo – rubricato "Procedure ad evidenza pubblica per le concessioni del demanio marittimo per attività turistico-balneari". Tale disposizione imponeva innanzitutto l'indizione di procedure ad evidenza pubblica e un limite temporale ristretto per la durata delle concessioni, sostanzialmente stravolgendo l'attuale assetto che, si ricorda, contempla l'applicazione di una serie di criteri preferenziali e, solo in ultima analisi, il ricorso ad una procedura ristretta (cfr. par. 1). In secondo luogo, era ivi previsto – coerentemente con la recente evoluzione normativa – che in caso di rinnovo si sarebbe comunque dovuto ricorrere a procedure competitive rispettose dei principi della concorrenza⁵⁰.

⁴⁹ Si tratta, come è noto, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*).

⁵⁰ «Art. 26 (Procedure ad evidenza pubblica per le concessioni del demanio marittimo per attività turistico – balneari)

1. In conformità alla normativa dell'Unione europea a tutela della concorrenza, la selezione del concessionario sui beni del demanio marittimo avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A favore dei precedenti concessionari è riconosciuto un diritto di prelazione, ove adeguino la propria offerta a quella presentata dal concorrente risultato vincitore della procedura.

La scelta, da parte del Governo, di rimuovere il citato art. 26 dal decreto Liberalizzazioni appare dettata dalla (condivisibile) volontà di procedere al recepimento dei diversi criteri di riforma indicati dalla Legge Comunitaria 2010 attraverso l'adozione di una disciplina *ad hoc* e di più ampio respiro. In particolare, il complessivo riordino della legislazione di settore dovrà innanzitutto chiarire una volta per tutte la corretta qualificazione delle concessioni amministrative *de quibus*, annoverandole espressamente tra quelle di beni o di servizi. In ogni caso, si dovrà eliminare qualsiasi forma di privilegio ancora esistente in capo al precedente concessionario, introducendo l'obbligo del ricorso a procedure ad evidenza pubblica sia in caso di rilascio che di rinnovo; tale operazione, ovviamente, non potrà effettuarsi prescindendo dalle peculiarità del contesto in esame, con la conseguente necessità di tenere in debito conto la valorizzazione delle attività imprenditoriali e la tutela degli investimenti, introducendo, ad esempio, un diritto di prelazione in capo al precedente concessionario ove adegui la propria offerta (non solo in termini economici) a quella presentata dal concorrente risultato vincitore, nonché disciplinando equamente le modalità di trasferimento delle infrastrutture inamovibili già realizzate in capo al nuovo titolare della concessione.

In ordine a tale ultimo profilo, in particolare, l'art. 49 cod. nav. dispone che «quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione, con restituzione del bene demaniale al pristino stato». Si prevede, in altri termini, l'applicazione dell'istituto dell'accessione, di cui all'art. 934 c.c., derogando, tuttavia, al connesso principio dell'indennizzo, di cui al successivo art. 936 c.c., in base al quale qualora il proprietario del fondo intenda non optare per l'abbattimento delle opere è tenuto a versare una cifra pari al valore dei materiali e della mano d'opera oppure, se preferisce, all'aumento di valore recato al fondo. Al riguardo, una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha chiarito come l'applicabilità del principio dell'accessione gratuita – fortemente penalizzante per i superficiari, nonché per i potenziali investimenti migliorativi del demanio marittimo – troverebbe una sua giustificazione proprio nel meccanismo del rinnovo automatico «tanto da figurare il rinnovo stesso, al di là del *nomen juris*, come una vera e propria

2. Le concessioni non possono avere durata superiore a quattro anni e non possono essere automaticamente prorogate. In ogni caso, per il rinnovo si ricorre a nuove procedure competitive».

proroga, protraendosi il medesimo rapporto senza soluzione di continuità»⁵¹. Ebbene, a fronte dell'eliminazione del suddetto meccanismo, il trasferimento a titolo gratuito delle opere inamovibili allo Stato e, di conseguenza, al nuovo concessionario, non rinviene più alcuna giustificazione, il che sembrerebbe legittimare la prospettazione dell'introduzione di un sistema indennitario a favore del precedente titolare della concessione.

Accanto a tali interventi si dovranno, poi, individuare limiti minimi e massimi di durata delle concessioni, lasciando alle amministrazioni competenti un adeguato margine di valutazione circa la durata da stabilirsi per ciascun titolo concessorio, attraverso la comparazione dell'interesse pubblico alla concorrenza con l'entità degli investimenti prospettati. Urgente appare, altresì, l'aggiornamento dei canoni concessori (oggi spesso irrisori), e l'individuazione di più efficienti modalità per la riscossione e per la suddivisione dei proventi derivanti dai canoni tra comuni, province e regioni, il tutto sempre in modo da garantire comunque la giusta remunerazione dei capitali investiti.

Il nuovo quadro normativo, in altri termini, nell'adeguare l'intera disciplina di settore ai canoni europei di riferimento, dovrà nel contempo tutelare l'affidamento delle centinaia di imprese turistiche (spesso a conduzione familiare) attualmente operanti in qualità di concessionari di aree demaniali, anche prevedendo – ove occorrenti e sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità – adeguate misure compensative. A ciò si aggiunga, ovviamente, la necessità di evitare che il futuro sviluppo di un mercato pro-concorrenziale dell'utilizzo delle aree costiere possa incidere negativamente sui già “feriti” ecosistemi del nostro litorale, generando uno sfruttamento non sostenibile del patrimonio paesaggistico-ambientale⁵².

⁵¹ Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 1623.

⁵² Su tale aspetto si rinvia alle considerazioni di M. R. Spasiano, (*L'uso del demanio costiero nell'ordinamento interno: aspetti di diritto amministrativo*, testo inedito della relazione tenuta a Rimini in occasione del Convegno *Tutela e usi del demanio costiero a fini turistici: diritto ed economia alla ricerca della sostenibilità*, Rimini, 20 gennaio 2012) che, tra l'altro, richiama il “Protocollo sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo”, sottoscritto a Madrid il 21 gennaio 2008, i cui obiettivi (art. 5) sono, per l'appunto, «a) agevolare lo sviluppo sostenibile delle zone costiere attraverso una pianificazione razionale delle attività, in modo da conciliare lo sviluppo economico, sociale e culturale con il rispetto dell'ambiente e dei paesaggi; b) preservare le zone costiere a vantaggio delle generazioni presenti e future; c) garantire l'utilizzo sostenibile delle risorse naturali, e in particolare delle risorse idriche; d) assicurare la conservazione dell'integrità degli ecosistemi, dei paesaggi e della geomorfologia del litorale; e) prevenire e/o ridurre gli effetti dei rischi naturali e in particolare dei cambiamenti climatici, che possono essere provocati da attività naturali o umane; f) conseguire la coerenza

In ogni caso, si auspica che tale intervento di riforma non tardi a realizzarsi, in quanto l'attuale assetto (eliminazione dell'istituto del rinnovo automatico e incertezza circa la durata e l'onerosità delle concessioni successivamente al 2015) ha comportato una situazione di grave stallo nel settore, che rischia di penalizzare ingiustamente uno degli ambiti di maggiore interesse per il rilancio dell'economia nazionale.

Abstract

The procedure of granting state-property maritime concessions concerns public and private interests and both doctrine and jurisprudence since long time stressed the inadequacy of the relating discipline regarding the European reference principles. Thus, the first part of this paper is dedicated to the exam of the so called "right to insist" and of the other institutions that, in various ways, affect the procedure of granting, underlining – also referring to the judicial case law – the potential infringements to the competition principle deriving from their application. The second part of this work draws attention to the several regulatory interventions that in recent years have been adopted to adequate the concessionaire selection procedures to the transparency, non discrimination and equality rules; till the enacting of the art. 11 of the n. 217/2011 Law, that has definitively eliminated the automatic renewal mechanism, and also delegated the Government to adopt an act aimed to revise the whole discipline of state-property maritime concessions. In the conclusive section some solutions and corrective interventions have been proposed in order to connote the Government act to balance development requirements and competition principles.

tra iniziative pubbliche e private e tra tutte le decisioni adottate da pubbliche autorità, a livello nazionale, regionale e locale, che hanno effetti sull'utilizzo delle zone costiere».

COMMENTI

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 14 OCTOBRE 2011, DÉCISION N. 2011-183/184 QPC, « ASSOCIATION FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT »

La décision du Conseil constitutionnel français du 14 octobre 2011 - qui a répondu à deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées par le Conseil d'Etat - a déclaré contraires à la Constitution les articles L. 511-2 al. 2 et L. 511-7-III du Code de l'environnement relatifs à la réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

Ces dispositions législatives ne prévoyaient pas la participation du public à l'élaboration des projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives à ces installations. Elles méconnaissaient ainsi l'article 7 de la Charte de l'environnement, adossée à la Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, lequel dispose que « toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi (...) de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN

PARTICIPATION DU PUBLIC AUX DECISIONS ENVIRONNEMENTALES ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

SOMMARIO: 1. Le contenu de la décision. – 2. Des réponses prévisibles. – 3 Des questions ouvertes. – 3.1. Des bases constitutionnelles de la participation du public à la décision administrative. – 3.2. Le statut de la procédure administrative dans le droit administratif français.

1. Le contenu de la décision

La décision du Conseil constitutionnel français du 14 octobre 2011 répond à deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées par le Conseil d'Etat¹. Elle déclare contraires à la Constitution les articles L. 511-

¹ V. CE 18 juillet 2011 *Association France Nature Environnement*, (2 affaires), n°340539 et

2 al. 2 et L. 511-7-III du Code de l'environnement relatifs à la réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

Ces dispositions législatives en effet, ne prévoyaient pas la participation du public à l'élaboration des projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives à ces installations. Elles méconnaissaient ainsi l'article 7 de la Charte de l'environnement, adossée à la Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, lequel dispose que « *toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi (...) de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

Tant au point de vue du fond qu'à celui de la procédure, la décision *France Nature Environnement* confirme plus qu'elle n'innove (par. 2). Elle pose pourtant d'importantes questions, relatives aux sources constitutionnelles de la procédure administrative française et à son inscription dans la théorie générale du droit administratif de ce pays (par. 3).

2. Des réponses prévisibles

A de multiples égards, la décision du 14 octobre 2011 confirme plus qu'elle n'innove.

Certes, elle reconnaît que le « *droit à la participation* » de l'article 7 de la

340551 – La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure incidente permettant au requérant d'opposer la contrariété à la Constitution de dispositions législatives applicables à sa cause. Elle a été introduite récemment, par la loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Vème République*. Un nouvel article 61-1 C. dispose désormais : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ». Les hautes juridictions des ordres judiciaire et administratif ne renvoient les questions au Conseil constitutionnel qu'à « la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux » (motifs constants issus de l'article 23-2 LO 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, v. par ex. CE 18 juillet 2011 *Association France Nature Environnement*, précité note 1). Le contrôle de constitutionnalité des lois en France, contrôle essentiellement *a priori* et abstrait, est ainsi enrichi et élargi par l'ajout d'un contrôle *a posteriori* et partiellement concret. Partiellement concret seulement, puisque si les juges du fond peuvent apprécier, au regard de la cause qui leur est soumise, l'existence d'un problème de constitutionnalité justifiant de poser la question prioritaire au Conseil constitutionnel, le contrôle qu'opère cette autorité, déconnecté de la cause, demeure abstrait.

participation aux décisions environnementales

Charte de l'environnement est au nombre des « droits et libertés garanties par la Constitution ». Mais il est vrai que dans la conception qui anime les droits dits environnementaux, « la participation du public se trouve associée à un droit de l'homme »² ; et puisque le « droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » énoncé à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement était déjà garanti par la question propriétaire de constitutionnalité³, pouvait-il en aller autrement du « droit à la participation » de son article 7 ?

Certes encore, la décision du 14 octobre 2011 montre que le champ du « droit à la participation » s'étend non seulement à la décision publique individuelle, mais également à la décision publique réglementaire. Elle révèle ainsi très concrètement la vigueur de ce droit, opposé en l'espèce à un décret du Premier ministre et touche ainsi, comme le note Cyril Roger-Lacan, à un « pilier régalién du droit de l'environnement »⁴. Mais cette interprétation très large de la notion de « décision publique ayant une incidence sur l'environnement » est déjà clairement reconnue par l'article L. 120-1 du Code de l'environnement, issu de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite Grenelle II) qui fixe « les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement est applicable aux décisions réglementaires (...) de l'Etat et de ses établissements publics ayant une incidence directe et significative sur l'environnement ». Ainsi rédigé, ce texte avait levé toute ambiguïté pouvant subsister sur le point de savoir si le droit à la participation s'étend à l'élaboration même des règles ayant une incidence sur l'environnement, ou s'il se limite aux seules décisions qui procèdent à la mise en œuvre de ces règles⁵.

² CONSEIL D'ETAT, Etude annuelle 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, Paris, Doc. Fra. 2011, 54.

³ V. 2011-116 QPC du 8 avril 2011 *Michel Z. et autre {Troubles du voisinage et environnement}*, JO 9 avril 2011, 6361.

⁴ Roger-Lacan, *Note* sous la présente décision au *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n°36, décembre 2011, 5.

⁵ Cette conception restrictive était encore manifeste dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Aguila sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* rendu à propos d'un décret relatif aux modalités de délimitation de périmètres protégés autour de lacs de montagne. « Il ne s'agit pas, affirmait alors Monsieur Aguila, d'appliquer le principe de participation au décret attaqué – ce décret n'avait évidemment pas à être lui-même soumis à la consultation du public. Il s'agit de l'appliquer aux futures décisions de délimitation du périmètre autour des lacs de montagne. » – v. ainsi CE Ass. 3 octobre 2008 *Commune d'Annecy*, n°297931, *Revue Française de Droit Administratif*, 2008, 1147 concl. Aguila.

C'est encore sans étonnement que l'élément *matériel* de la notion de « décision publique ayant une incidence sur l'environnement » s'éclaire ici. La nomenclature des ICPE, qui classe les installations selon leur dangerosité et leurs inconvénients pour l'environnement afin de leur appliquer le régime adéquat de police administrative a de toute évidence « une incidence sur l'environnement ». Pour décider dans ce sens, les juges n'ont manifestement pas été confrontés à d'importantes difficultés théoriques ou pratiques.

Au chapitre procédural enfin, la décision du 14 octobre 2011 se rangera au nombre des espèces qui sanctionnent l'incompétence négative du législateur à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, sachant que cette incompétence négative n'y est sanctionnée que dans la mesure où l'abstention du législateur affecte un droit ou une liberté constitutionnelle⁶. Mais il en allait bien ici de la sorte. En ne prévoyant aucune mesure permettant à toute personne de participer, tant à l'élaboration des décrets de nomenclature des ICPE, qu'à celle des prescriptions générales opposables à certaines d'entre elles et soumises à un régime simplifié d'autorisation préalable (l'enregistrement), le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence.

L'intérêt doctrinal de la décision *France Nature Environnement* semblerait ainsi s'épuiser dans quelques précisions, assez largement prévisibles. Cette affaire pourtant, mérite plus d'attention de la part de l'interprète. Elle doit en effet lui permettre de réfléchir plus largement à ce « droit de participation à la décision publique », ce droit dont le Conseil d'Etat ne peut mieux dire qu'il est « *sensible et complexe dans sa mise en œuvre, dès lors qu'il touche au politique et à l'administratif* »⁷.

La décision *France Nature Environnement* sera ainsi comme une invitation à partager quelques idées autour de ce droit nouveau, à souligner quelques questions en suspens.

3. Des questions ouvertes

A cet égard, deux séries d'observations pourraient être formulées.

⁶V. dans ce sens 2010-5 QPC du 18 juin 2010 *SNC Kimberly Clark* {*Incompétence négative en matière fiscale*}, JO 19 juin 2010, 11149 – jurisprudence constante : l'objet spécifique de la question prioritaire de constitutionnalité, procédure restreint à la défense des droits et libertés n'inclut la défense du domaine de la loi que dans la seule mesure strictement utile à la réalisation de cet objet restreint.

⁷ CONSEIL D'ETAT, *Etude annuelle 2011*, op. cit. p. 54.

participation aux décisions environnementales

Les premières concerneraient les « bases constitutionnelles » du droit du public à participer aux décisions publiques. Les secondes seraient relatives aux enjeux théoriques portés par l'enrichissement des droits procéduraux des administrés.

3.1. Des bases constitutionnelles de la participation du public à la décision administrative

Dans la Constitution française, le « droit à la participation du public » ne vise actuellement que la décision publique ayant une incidence sur l'environnement⁸. Conformément à l'article 7 de la Charte qui le proclame, les modalités de mise en œuvre de ce droit sont fixées par le Parlement⁹. Cette compétence exclusive du Parlement montre que la définition de la *procédure* de participation à la décision publique en matière environnementale présente les caractères d'une « garantie légale d'exigence constitutionnelle »¹⁰. C'est ainsi un élément de *procédure administrative* qui tisse un lien d'une particulière intensité avec la Constitution, ce qui, plus généralement peut-être devrait poser la question de savoir s'il y a, dans le fonds du droit français, d'autres règles, principes ou droits de valeur constitutionnelle, qui trouvent dans les procédures de participation des garanties de leurs exigences, et si oui lesquelles ? C'est la question générale des « bases constitutionnelles » du droit du public à la participation aux décisions publiques qui se trouve ainsi posée. Elle est à éclaircir car ces bases sont probablement nombreuses et qu'une réflexion portée sur elles engagera à réfléchir d'une manière renouvelée sur l'articulation des notions de droits individuels et de libertés publiques, de même qu'aux cadres généraux de notre vie en démocratie¹¹.

⁸ Le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, énonce également que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Mais outre que cette participation est une participation indirecte, « par l'intermédiaire de ses délégués », le travailleur s'inscrit dans une organisation qui est celle de son entreprise ou de son service public. Il se distingue ainsi du public, « collectivité essentiellement inorganisée » (Hauriou). Il n'est donc pas possible d'assimiler ce principe de participation des travailleurs à un principe de participation du public.

⁹ Est ainsi entaché d'incompétence le décret qui, en l'absence de loi, avait organisé lui-même les modalités de participation du public à une décision ayant une incidence sur l'environnement, v. CE Ass. 3 octobre 2008 *Commune d'Annecy*, n°297931 préc.

¹⁰ V. not. Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2007, préf. Verpeaux.

¹¹ Sur la place de l'écologie dans ces questions, v. CONSEIL D'ÉTAT, *La démocratie environnementale*, à paraître à la Documentation Française.

Pour prendre un exemple des plus communs de participation du public à la décision publique, le droit de l'enquête publique dans la procédure d'expropriation est un *mode d'éclaircissement de l'utilité publique d'un projet*. Elle contribue au constat public de cette utilité et, partant, de la légitimité de l'atteinte au droit de propriété d'un ou plusieurs individus. Dans cette hypothèse, la liaison du droit à la participation du public à la défense du droit individuel de propriété privée est étroite, mais cette liaison ne peut plus résumer l'entier concept de la participation du public à l'action administrative¹². La participation du public doit plus largement se comprendre comme un mode de contrôle *a priori* de la *qualité* de la décision administrative. Or, cette qualité semble aujourd'hui devoir être atteinte, dans un nombre croissant de domaines de l'action publique, par de *nouveaux modes d'élaboration des décisions*, parmi lesquels la participation directe du public a vocation à tenir une place croissante. Le droit de la procédure administrative, dont les fondations constitutionnelles sont entrain d'émerger, est donc destiné à occuper une place de choix dans le droit administratif français contemporain.

C'est ce qui peut conduire à une seconde série d'observations.

3.2. *Le statut de la procédure administrative dans le droit administratif français*

La deuxième série de remarques que permet ce « coup de projecteur » porté par le Conseil constitutionnel sur le droit du public à participer à une décision publique concerne les concepts qui animent ce que la doctrine française appelle « *la procédure administrative non contentieuse* » et à la manière dont le droit à la participation peut s'y intégrer.

Le droit administratif français s'est construit autour d'une dialectique du substantiel et du procédural à l'occasion à l'occasion du contentieux administratif et tout particulièrement à l'occasion du recours pour excès de pouvoir¹³. Ce modèle du recours pour excès de pouvoir fut d'une remarquable modernité. Contrôle objectif de légalité, ouvert à des intérêts individuels ou catégoriels très largement compris, le recours pour excès de

¹² V. récemment Jégouzo, *L'enquête publique en débat*, Mél. Hostiou, Paris, LexisNexis, 2008, p. 273.

¹³ Quelques sources maîtresses peuvent être ici rappelées, Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 2^{ème}, Berger-Levrault, 1896, 2 vol. Hauriou, *Notes d'arrêt sur les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, 3 vol. et Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926 ; v. également Cassese, *La construction du droit administratif : France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000.

participation aux décisions environnementales

pouvoir peut en effet se comprendre historiquement comme la première forme spécialement élaborée d'association du public au contrôle juridique de l'activité administrative, avec ses procédures, ses méthodes, ses conséquences de droit.

Le droit administratif français est le fruit de cette très étroite association du public au contrôle des décisions publiques (formidable levier de légitimité pour le Conseil d'Etat devenu juge). Mais la prédominance du contrôle *a posteriori* dans la formation du droit administratif a eu pour effet de longtemps laisser dans l'ombre le problème du contrôle *a priori* de l'action administrative, d'en minimiser la valeur et l'intérêt théorique pour le droit administratif français. Pour le dire autrement l'idée de procédure administrative se confondait assez largement à celle de procès administratif.

Aussi, lorsque l'idée de bonne administration a commencé de déborder l'idée de décision légale, lorsque les questions liées à l'élaboration des décisions publiques ont commencé de se poser plus largement en termes de droits des citoyens à de nouvelles relations avec l'administration, ce champ de questions a pris naturellement dans la doctrine française, le nom de procédure administrative «*non contentieuse*»¹⁴.

Cette conception « par la négative » du droit français de la procédure conduisant à la décision administrative s'accompagne encore aujourd'hui d'une assez faible autonomie par rapport au droit du procès administratif. S'il s'agissait de rendre compte des principes généraux de la «*procédure administrative non contentieuse*», il faudrait dire, sans avoir à trop grossir le trait, qu'ils se résument essentiellement à l'existence d'un *droit à la décision*, c'est-à-dire à des méthodes permettant à l'administré d'être certain qu'une décision a été prise par l'administration et de savoir ainsi à quel titre va s'opérer la «*liaison du contentieux*», c'est-à-dire l'accès au contrôle juridictionnel. La théorie de la décision implicite est à cet égard tout à fait exemplaire. Paradoxalement donc, le droit français de la procédure administrative française semble plus s'intéresser à la décision prise qu'à la décision à prendre.

¹⁴V. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, préf. Dupeyroux, v. l'état des lieux dressé à cette occasion par Gilli, *Rev. Inter. Dnt. Comp.* vol. 21 n°3 p. 660 – Voici d'ailleurs une illustration tout à fait frappante de cette difficulté à concevoir la procédure administrative au sens propre comme autre chose qu'une démarche devant le juge. Lorsque Céline Wiener publie son ouvrage « *Vers une codification de la procédure administrative* », la première ligne de la préface de Raymond Odent, alors président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, recentre immédiatement la question en demandant : « convient-il de codifier les règles de notre *procédure administrative non contentieuse* ? » – v. Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, Paris, PUF, 1975, préf. Odent p. I.

Or, l'idée du droit de participation à l'élaboration de la décision publique est essentiellement étrangère à cette optique contentieuse du contrôle de l'administration. Elle a justement pour objet de déplacer le lieu du contrôle de l'action administrative pour le situer désormais *en amont de la décision*. Ce droit nouveau joue, pour ainsi dire, sur les *topiques du contrôle de l'action publique*. C'est pour cela que le droit de participer à la décision publique est un défi porté à la pesanteur de l'optique contentieuse du droit administratif français.

La doctrine en prend chaque jour un peu plus conscience. Une preuve de cela est que le Conseil d'Etat, proposant de mettre en ordre les principes de « l'administration délibérative », préfère qu'ils soient édictés dans un texte distinct de celui qui fixe actuellement les grandes lignes du droit de la procédure administrative « non contentieuse », à savoir la loi du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration* (DCRA)¹⁵. En effet, la perspective « relationnelle » que tend à donner le droit français à la procédure administrative non contentieuse n'est pas entièrement satisfaisante. Elle semble occulter une dimension essentielle et beaucoup plus énergique de la procédure administrative, qui est la dimension de *contrôle de l'action administrative par le citoyen*. Dans cette perspective, le « non-contentieux » et le contentieux, loin de s'opposer, sont deux phases d'une même dynamique processuelle de *contrôle juridique* de l'administration.

La question du droit de participation des citoyens à la décision publique vient ainsi révéler la *procédure administrative* comme un élément à part entière du processus de contrôle de l'action publique et administrative. Cela peut apparaître une évidence à nombre de lecteurs européens. Ce ne l'est pas nécessairement pour un lecteur français qui, progressivement, comprend que la *procédure administrative* doit s'inscrire dans une théorie générale du contrôle de l'administration par les citoyens, au même titre que s'y inscrit actuellement, et quasi-exclusivement, la *procédure juridictionnelle* devant le juge administratif.

Abstract

In its 2011-183/184 decision from Oct. 14th 2011, the French constitutional council holds unconstitutional two legal provisions of the Environmental Code. These

¹⁵V. les conclusions de l'étude « *Consulter autrement, participer effectivement* » en ligne sur le site www.conseil-etat.fr.

partecipation aux décisions environnementales

provisions, ruling the regulation of facilities presenting a risk for the environment, did not organise the participation of the public to their drafting, in violation of article 7 of the 2004 French constitutional Environmental Bill. Above its occasional input, this decision is an opportunity to question the situation of the procedural rights in French administrative law, their constitutional basis and the way they can enrich the legal theory of administrative action.

GIOVANNI COCOZZA

LA LOCALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI DI ENERGIA:
IL DIFFICILE RAPPORTO
TRA LEGGE STATALE, LEGGE REGIONALE
E GIUDICATO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. La complessa regolamentazione del settore dell'energia. – 2. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569. – 3. Le esigenze di bilanciamento tra la disciplina statale e quella regionale. – 4. I limiti di localizzazione territoriale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 5. Le “zone d'ombra” nella linea interpretativa del Giudice costituzionale. – 6. I “chiarimenti” nella sentenza n. 3569/2012 del Consiglio di Stato.

1. La complessa regolamentazione del settore dell'energia

La regolamentazione del settore dell'energia è di certo caratterizzata da una tale complessità, in considerazione della delicatezza degli interessi protetti – di frequente di rango costituzionale – e della necessità del loro raccordo, che, non di rado, v'è una contrapposizione tra valori¹. A fronte delle correlate esigenze di bilanciamento, si registra, peraltro, un intreccio di normative che rende difficile delineare i rapporti fra le fonti di disciplina.

¹ Sui complicati rapporti tra la salvaguardia dell'ambiente e la tutela del paesaggio, cfr. V. Molaschi, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 5-6, 171 ss.; G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive – L'esperienza italiana*, in www.giustamm.it; A. Gandino, *Note critiche a margine del nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti convenzionali*, in www.giustamm.it; R. Zanino, *Alcune problematiche attinenti gli impianti di energia rinnovabile*, in www.giustamm.it; P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente*, in *Urb. e app.*, 8, 2005, 931 ss.; F. de Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889 ss.; M. Occhiena, *Alle Regioni quel che è dello Stato: il federalismo nella tutela del paesaggio* (commento a Cons. St., ad. pl., 14 dicembre 2001, n. 9), in *Urb. app.*, 2002, 4, 440 ss.

Si v., anche, sul concetto di paesaggio, P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363 ss.; G.F. Cartei, *Il paesaggio*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, tomo II, 2109 ss.; M. Immordino, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1995, 573 ss.

Alla necessità di concepire un impianto normativo agile e flessibile in grado di offrire la maggior tutela possibile per i vari interessi pubblici coinvolti, con la correlata esigenza di rispettare quanto discende dal livello sovranazionale², in concreto si contrappone una interferenza tra fonti di livello sovranazionale, nazionale e locale.

In particolare, emerge, negli aspetti applicativi della disciplina di regolamentazione dell'energia, un difficile raccordo tra normativa statale e regionale, anche in considerazione del riparto costituzionale delle competenze previsto dall'art. 117 Cost.³, giacché le materie relative alla «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» rientrano nella potestà legislativa concorrente⁴.

In questa sede si intende approfondire un aspetto particolare di tale

² Si pensi, ad esempio, alla ratifica, avvenuta con l. 1 giugno 2002, n. 120, del protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997, con il quale l'Italia ha assunto l'obbligo di riduzione delle emissioni in atmosfera dei gas responsabili dell'effetto serra attraverso le fonti energetiche rinnovabili. Si considerino, altresì, le previsioni contenute nell'art. 3.1 lett. u) del Trattato CE secondo cui l'azione della Comunità comporta, tra le altre, l'adozione di «misure in materia di energia, protezione civile e turismo»; l'art. 154 dove si prevede che «la Comunità concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia», nonché l'art. 175.2, lett. c), che si riferisce all'adozione di «misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo». Non si possono inoltre non ricordare in materia le direttive 2003/54/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e 2003/55/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale); i regolamenti 26 giugno 2003, n. 1228 (relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica) e 28 settembre 2005, n. 1775 (relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale); la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che ha stabilito un insieme di orientamenti relativi alle reti transeuropee nel settore dell'energia (1229/2003/CE). Più di recente, la direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE (promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) e 2003/30/CE (sulla promozione dell'uso dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti).

³ In tema, cfr. Q. Camerlengo, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2006, 422 ss.; L. Pianesi, *Governo del territorio, enti locali e fonti energetiche rinnovabili: il caso degli impianti eolici*, in www.federalismi.it; R. Galbiati – G. Vaciago, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, 360 ss.; L. Perfetti, *Il Governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, *ivi*, 2002, 376 ss.; F. Donati, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in www.giustamm.it; G. Caia, *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, Milano, 1984.

⁴ Art. 117, c. 3, Cost.

la localizzazione degli impianti di energia

raccordo tra normativa statale e regionale, relativo al profilo della localizzazione degli impianti di produzione di energia⁵. A tal fine è interessante ripercorrere la ricostruzione operata dal giudice amministrativo nella vicenda giudiziaria relativa alla riconversione di una centrale per la produzione di energia elettrica in località Porto Tolle, che registra un intervento assai recente con la sentenza Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569⁶.

2. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

Con la sentenza n. 3569 del 2012, la VI sezione del Consiglio di Stato, pronunciandosi sul giudizio di ottemperanza per chiarimenti richiesto dal Ministero⁷, definisce una complessa vicenda giudiziaria, iniziata nel 2006 e

⁵ Sul punto, N. Durante, *La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 5, 227 ss.; Id., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 2-3, 73 ss.; M. Luciani, *La localizzazione delle centrali elettriche. Problemi giuspubblicistici*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, 161 ss.; più in generale, si v. G. de Vergottini (a cura di), *Localizzazione degli impianti energetici e tutela dell'ambiente e della salute*, Rimini, 1988.

⁶ Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, in *www.lexitalia.it*.

⁷ Ripercorrendo brevemente le tappe più rilevanti della vicenda, si deve ricordare che nel 2005 l'ENEL aveva chiesto al Ministero dell'ambiente il rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 1, c. 2, d.l. 7 febbraio 2002, n. 7 (convertito, con modificazioni, in legge 9 aprile 2002, n. 55), con contestuale pronuncia di compatibilità ambientale ex art. 6, l. 8 luglio 1986, n. 349, per la realizzazione di una centrale termoelettrica alimentata a carbone e biomasse vergini, in sostituzione della già esistente centrale alimentata ad olio combustibile.

A seguito di una prima pronuncia interlocutoria sfavorevole da parte della Commissione VIA nazionale del Ministero dell'ambiente (il primo parere sfavorevole della Commissione VIA si basava sia sulla qualità peggiore delle emissioni in atmosfera di una centrale a carbone rispetto a quelle di una centrale alimentata a metano sia all'irrelevanza in sé della vetustà dell'impianto esistente e del suo mantenimento in un'area delicata qual è il delta del Po), solo nel 2009, dopo la riattivazione del procedimento di VIA, la suddetta Commissione aveva espresso parere favorevole al progetto, anche in virtù della nuova disciplina contenuta nell'art. 5-bis, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito, con modificazioni, in l. 9 aprile 2009, n. 33). In tal modo la Giunta regionale del Veneto recepì il parere favorevole della Commissione VIA e il decreto con cui il Ministero dell'ambiente aveva espresso giudizio positivo di compatibilità ambientale.

Proprio tali atti sono stati però oggetto di ricorso al Tar, in cui i ricorrenti hanno chiesto l'annullamento del decreto VIA. In particolare, hanno dedotto vizi di legittimità costituzionale della normativa contenuta nell'art. 5-bis, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, per violazione degli artt. 77 e 117 Cost.; hanno dedotto, altresì, diversi vizi di illegittimità nella

che ha visto differenti conclusioni da parte del TAR⁸ e del Consiglio di Stato⁹.

Chiarimenti resisi necessari perché dopo la formazione del giudicato vi è stata una modifica della disciplina legislativa sulla base della quale quel giudicato si era determinato con la sentenza Cons. St. n. 3107, 2011¹⁰.

Pertanto, ai sensi della disciplina prevista dall'art. 112, c. 5 c.p.a., l'Amministrazione ha richiesto ai Giudici di Palazzo Spada chiarimenti in ordine alle modalità di esecuzione di tale sentenza e, quindi, sulla necessità di tener conto della modifica normativa intervenuta.

La questione trattata dal giudice amministrativo attiene dunque soprattutto alla nota problematica del rapporto tra giudicato e *ius superveniens*. Problematica che viene affrontata con una ricostruzione strutturata e di ampio respiro.

Ma non è questo il profilo che si intende osservare in questa sede. Bensì, tenendo conto delle conclusioni cui da ultimo perviene il Consiglio di Stato, riconsiderare i profili sostanziali emersi nel corso del complessivo giudizio amministrativo riferito al caso di specie per una analisi della nozione ivi delineata di limiti alla localizzazione territoriale, quale criterio di coordinamento tra normativa statale e regionale nella materia di produzione di energia elettrica.

Nella vicenda indicata si coglie, infatti, molto bene quanto difficile sia il bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'ambiente¹¹, materia trasversale

formazione del decreto VIA, tra i quali: la mancata acquisizione di pareri di Enti competenti, vizi di formazione e di funzionamento della Commissione VIA-VAS, carenze approfonditive e d'istruttoria. A seguito della pronuncia del Tar che ha respinto il ricorso (sent. n. 32824 del 2010), le associazioni ambientaliste soccombenti in primo grado hanno proposto appello avverso la predetta sentenza; l'appello è stato accolto in parte dal Consiglio di Stato (sent. n. 3107 del 2011) e su tale sentenza è stata richiesta l'ottemperanza per chiarimenti.

⁸ Tar Lazio Roma, sez. II, 14 ottobre 2010, n. 32824, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 2011, 5, 356, con osservazione di A. Cimellaro, P. Costantino, *Energia sì, ma con giudizio (tecnico-scientifico)*.

⁹ Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 5, 1663.

¹⁰ Come si avrà modo di vedere meglio in seguito, infatti, le due discipline in rilievo nella vicenda (quella statale contenuta nell'art. 5-bis, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 e quella regionale contenuta nell'art. 30 della l.r. Veneto 8 settembre 1997, n. 36) sulle quali si era espresso il Consiglio di Stato nella pronuncia oggetto di giudizio di ottemperanza, sono state entrambe modificate. La normativa statale è stata modificata dall'art. 35, c. 8, d.l. 6 luglio 2011, n. 98; quella regionale, invece, dall'art. 2, l.r. 5 agosto 2011, n. 14. Sui contenuti delle modifiche si tornerà in seguito.

¹¹ Sui profili di tutela e sul concetto di ambiente, tra i numerosi contributi, cfr. R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir.*

la localizzazione degli impianti di energia

nel catalogo del secondo comma dell'art. 117 Cost., e quelle del governo del territorio, di competenza concorrente. E come, in un modo abbastanza peculiare, le discipline statali e regionali si intersechino e si distinguano nei contenuti e facciano registrare, poi, modificazioni, quasi contestuali, con singolari coincidenze.

3. Le esigenze di bilanciamento tra la disciplina statale e quella regionale

Come accennato, la questione sottoposta alla valutazione del giudice amministrativo concerne l'applicabilità al procedimento *de quo* del citato art. 5-*bis*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, in presenza di una precedente regolamentazione regionale contenuta nell'art. 30, l.r. Veneto 8 settembre 1997, n. 36, che esprimeva una preferenza, per l'alimentazione degli impianti di produzione di energia elettrica, per il gas metano o altri combustibili meno inquinanti¹².

L'art. 5-*bis* del decreto legge contiene invero una deroga molto ampia e, per certi versi, generale, nel momento in cui stabilisce la possibilità di consentire l'alimentazione a carbone o altro combustibile solido in deroga alle disposizioni di legge che prevedono limiti di localizzazione territoriale¹³.

e soc., 2006, 507 ss.; P.M. Vipiana (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela*, Milano, 2005; F. Fonderico, *La tutela dell'ambiente*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, tomo II, 2015 ss.; M. Comperti, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, 191 ss.; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quad. reg.*, 1989, 533 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 189 ss.; G. Torregrossa, *Profili di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 1384 ss.

¹² Il contenuto della disposizione è il seguente: «Nell'ambito dell'intero territorio dei comuni interessati dal Parco del Delta del Po [...] a) gli impianti di produzione di energia elettrica dovranno essere alimentati a gas metano o da altre fonti alternative di pari o minore impatto ambientale».

¹³ Il tenore della disposizione – prima dell'intervento di riforma operato con il d.l. 6 luglio 2011 n. 98 (convertito, con modificazioni, in l. 15 luglio 2011, n. 111), che, come si vedrà in seguito, risulta assai significativa, in quanto incide in modo decisivo sul rapporto tra la disciplina statale e regionale, riaprendo dubbi di legittimità costituzionale perché in conflitto proprio con i principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278/2010 – era il seguente: «Per la riconversione degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati ad olio combustibile in esercizio alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, al fine di consentirne l'alimentazione a carbone o altro combustibile solido, si procede in deroga alle vigenti disposizioni di legge nazionali e regionali che

Il Giudice amministrativo di primo grado¹⁴ non ha mostrato particolari dubbi sulla prevalenza della successiva normativa statale. In via preliminare, infatti, ha dichiarato la «pacifica» applicabilità dell'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009 al procedimento di VIA del progetto di conversione della centrale e ha concluso per la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale proposte per violazione degli artt. 77 e 117 Cost. Quanto all'ultima delle disposizioni costituzionali richiamate, per quel che concerne il profilo del raccordo tra le competenze dello Stato e delle Regioni, il giudice amministrativo ha affermato che «la norma statale è criterio direttivo alle Regioni per alcuni casi di riconversione dei sistemi di alimentazione delle centrali termoelettriche e, per altro verso, essa riguarda non la sola produzione di energia, ma soprattutto le modalità di tutela dell'ambiente nell'esercizio d'ogni attività produttiva energetica per il dimezzamento dei valori emissivi rispetto a quelli posti dall'art. 273 del d.lgs. 152/2006». Di qui la conclusione che «l'interesse pubblico alla produzione elettrica (in genere, energetica) è un interesse di natura primaria, strettamente legato allo sviluppo economico e sociale di tutta la Repubblica e, quindi, esclude che tale trasformazione sia da reputare un problema di rilevanza meramente locale, mentre va visto nell'ottica dei bisogni d'approvvigionamento energetico nazionale»; pertanto, «non può giammai predicarsi una pretesa superiorità d'ogni scelta locale o regionale, ove non sia previamente delineato un disegno che bilanci seriamente le esigenze connesse alla produzione di energia e gli altri interessi, variamente modulati, di gestione del territorio»¹⁵.

La conclusione sulla pacifica applicabilità della disciplina derogatoria statale al procedimento di VIA in esame, viene però smentita dalla succes-

prevedono limiti di localizzazione territoriale, nonché che condizionino o limitino la suddetta riconversione, obbligando alla comparazione, sotto il profilo dell'impatto ambientale, fra combustibili diversi o imponendo specifici vincoli all'utilizzo dei combustibili, purché la riconversione assicuri l'abbattimento delle loro emissioni di almeno il 50 per cento rispetto ai limiti previsti per i grandi impianti di combustione di cui alle sezioni 1, 4 e 5 della parte II dell'allegato II alla parte V del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. La presente disposizione si applica anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

¹⁴ Tar Lazio, Roma, sez. II, 14 ottobre 2010, n. 32824, cit.

¹⁵ Il Tar aggiunge inoltre che «in ossequio al principio di leale cooperazione tra i diversi livelli di governo, il miglioramento dell'efficienza e della competitività delle infrastrutture energetiche nazionali impinge, anche trasversalmente come ben evincesi dal medesimo art. 5-*bis*, su fattori ambientali ineludibili per ogni Regione, sì da giustificare la piena competenza statale e la responsabilità esclusiva della Commissione statale VIA-VAS per tutti i progetti e sulle prescrizioni inerenti agli impianti termoelettrici».

la localizzazione degli impianti di energia

siva pronuncia del Consiglio di Stato¹⁶ su appello proposto dai ricorrenti in primo grado. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, deve essere diversamente osservato il rapporto tra la normativa statale e quella regionale; ciò anche in virtù dei principi interpretativi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 278/2010¹⁷.

L'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009, così, deve «intendersi come volto a derogare alle sole leggi, statali e regionali, che prevedono limiti di localizzazione territoriale, ossia quelle norme che determinino, con specifico riguardo agli impianti di produzione di energia elettrica, un divieto di localizzazione tale da determinare l'impossibilità dell'insediamento e non permettano, nel contempo, una localizzazione alternativa».

Il Consiglio di Stato in tal modo recupera la giurisprudenza costituzionale che si era espressa sulle modalità interpretative dell'art. 5-*bis* e sancisce la non applicabilità della disciplina statale nel caso di specie. Questo perché l'art. 30, l.r. Veneto 8 settembre 1997, n. 36, stabilisce una modalità preferenziale di alimentazione per gli impianti di produzione di energia elettrica e non un limite di localizzazione territoriale.

4. I limiti di localizzazione territoriale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

La diversa soluzione prospettata dal Consiglio di Stato rispetto al TAR sul problema del rapporto tra normativa regionale e statale risulta fondata sull'interpretazione restrittiva dell'art. 5-*bis*, limitata, come detto, ai vincoli di localizzazione territoriale. E ciò sulla base di quanto affermato da C. cost. n. 278/2010¹⁸.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107, cit.

¹⁷ C. cost., 22 luglio 2010, n. 278, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3397, con nota di A. Colavecchio, *La Corte e l'atomo*. Su tale sentenza, si v. le osservazioni di M. Cecchetti, *La Corte "in cattedra"!* Una emblematica "sentenza-trattato" che si proietta ben oltre le contingenti vicende storiche della disciplina legislativa presa in esame, in www.forumcostituzionale.it; L. Vespignani, *Supplenza della Corte o Justice à la carte?*, in www.federalismi.it.

¹⁸ Successivamente a tale sentenza, nel 2011, il giudice costituzionale è nuovamente intervenuto nella problematica della localizzazione degli impianti di produzione di energia. In particolare, si ricorda la sentenza 11 novembre 2011, n. 308, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 1, 22, dove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, c. 1, lett. a) e b), l.r. Molise 23 dicembre 2010, n. 23, affermando che «le disposizioni censurate prevedono un divieto arbitrario, generalizzato e indiscriminato di localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili».

Tale pronuncia del giudice delle leggi costituisce un recente approdo interpretativo sulle problematiche dei criteri e limiti di localizzazione degli impianti, che si colloca, per espressa dichiarazione della stessa Corte, in linea di continuità con la precedente giurisprudenza in argomento. Il giudice costituzionale, infatti, richiama le precedenti decisioni in tema: innanzitutto la sentenza n. 307/2003¹⁹, poi le successive n. 331/2003²⁰, 103/2006²¹, 303/2007²² e 314/2009²³. Invero, è proprio con la prima che la Corte fornisce uno strutturato quadro ricostruttivo dei rapporti Stato-Regioni nei settori materiali che si pongono all'interno della previsione dell'art. 117, c. 3, Cost.

Come è noto, si tratta del raccordo fra legge statale e leggi regionali di settore in materia di impianti di telecomunicazione e inquinamento elettromagnetico, nel momento in cui la legge statale reca una disciplina organica ed anche puntuale in un ambito materiale di competenza concorrente.

Il giudice delle leggi in tale occasione precisa come le materie quali «la “tutela della salute”, minacciata dall'inquinamento elettromagnetico, l'“ordinamento della comunicazione” (per quanto riguarda gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi), la “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” (per quanto riguarda gli elettrodotti), oltre che, più in generale, del “governo del territorio” (che comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività)» siano di potestà legislativa concorrente, ma ravvisa nella regolamentazione statale quell'equilibrio idoneo a proporsi come principio fondamentale della materia.

In conformità alla previsione dell'art. 117, c. 3, Cost., nel dare concretizzazione alla potestà concorrente, la Corte ritiene che, per quanto riguarda «le discipline localizzative e territoriali [...] è logico che riprenda pieno vigore l'autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l'uso del proprio territorio, purché, ovviamente, criteri localizzativi e *standard* urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi»²⁴. E, quindi, l'ingiustificato ostacolo all'insedia-

¹⁹ C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2791 con nota di F. de Leonardis, *La Corte costituzionale sulla «necessità» degli impianti di telecomunicazione*.

²⁰ C. cost., 7 novembre 2003, n. 331, in *Foro it.*, 2004, I, 1365.

²¹ C. cost., 17 marzo 2006, n. 103, in *Giur. cost.*, 2006, 2.

²² C. cost., 20 luglio 2007, n. 303, in *Giur. cost.*, 2007, 4.

²³ C. cost., 4 dicembre 2009, n. 314, in *Foro it.*, 2010, 2, I, 376.

²⁴ Nella specie, erano state sollevate le questioni di legittimità costituzionale delle leggi

la localizzazione degli impianti di energia

mento degli impianti ad essere impedito al legislatore regionale a fronte di un intervento statale teso a garantire le esigenze di pianificazione nazionale.

La conclusione conseguita dalla Corte per definire i limiti reciproci della potestà legislativa statale e regionale in tema di localizzazione, risulta, nella decisione, collegato, dunque, ad alcuni elementi che caratterizzano il percorso motivazionale.

Nel caso analizzato si trattava infatti di una legge statale – 22 febbraio 2001, n. 36 (“Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”) – che recava un intervento organico per stabilire gli *standards* di protezione dall’inquinamento elettromagnetico nonché la fissazione delle “soglie” di esposizione che rispondono alla logica di bilanciare da un lato l’esigenza di installazione di una rete di impianti sul territorio e dall’altro di rispettare la tutela della salute. Ed ecco che i criteri di localizzazione, di spettanza delle regioni, non devono impedire l’obiettivo di sviluppo della rete come può accadere quando essi “di fatto” si oppongono al risultato. Essi ben possono essere anche limiti-divieti (come afferma la stessa Corte «criteri in negativo»), ma devono dare una possibilità alternativa di localizzazione.

regionali Campania, Marche, Puglia e Umbria, in materia di impianti di telecomunicazione e inquinamento elettromagnetico. La Corte, nell’esaminare i limiti della potestà delle Regioni di modificare i valori-soglia (limiti di esposizione, valori di attenzione, obiettivi di qualità definiti come valori di campo) fissati da parte dello Stato afferma che «da un lato si tratta effettivamente di proteggere la salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche (e da questo punto di vista la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto); dall’altro, si tratta di consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all’art. 117, c. 3, Cost., come quelli che fanno capo alla distribuzione dell’energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione. Tali interessi [...] sono indubbiamente sottesi alla considerazione del “preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee” che, [...], fonda l’attribuzione allo Stato della funzione di determinare detti valori-soglia. In sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l’impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell’energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». Diverso è il ragionamento per quanto riguarda il potere delle Regioni e degli enti locali di determinare le discipline localizzative e territoriali, dove, ad avviso della Corte, «riprende pieno vigore l’autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l’uso del proprio territorio», pur con i limiti evidenziati.

Conclusioni confermate nella, di poco successiva, sentenza del medesimo anno²⁵, quando la Corte costituzionale dichiara la fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti di una legge regionale Lombardia, perché in violazione del criterio di riparto della potestà concorrente.

In tale caso, a fronte della disposizione statale che prevedeva soglie per l'immissione delle irradiazioni nei luoghi particolarmente protetti, la normativa regionale aggiungeva un ulteriore criterio di localizzazione degli impianti basato sulla distanza tra luoghi di emissione e luoghi di immissione. Ed allora, pur non mettendo in dubbio che la determinazione dei criteri localizzativi fosse di competenza delle regioni, la Consulta ribadisce che i "criteri di localizzazione", pur potendo essere "limiti di localizzazione", non devono mai assumere una configurazione tale da essere, di fatto, una preclusione che non consente, in alcun modo, la localizzazione degli impianti²⁶.

Sulla stessa linea interpretativa si è orientata la giurisprudenza costituzionale successiva che conferma l'autonomia delle regioni che «possono regolare l'uso del proprio territorio purché criteri localizzativi e *standard* urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi»²⁷.

Così, ancora, nel 2007, il giudice delle leggi, nel valutare il riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni nel quadro della politica di protezione dall'inquinamento elettromagnetico, riafferma la piena autonomia delle regioni di «regolare l'uso del proprio territorio» nel rispetto, tuttavia, delle «esigenze della pianificazione nazionale degli impianti» e senza «impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi»²⁸.

²⁵ C. cost., 7 novembre 2003, n. 331, cit. Sulla sentenza si v. le osservazioni di M. Ceruti, *La Corte costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 2, 258 e di M.A. Mazzola, *Ambiente, salute, urbanistica e poi... l'elettrosmog: quale potestà legislativa tra Stato e Regioni dopo il nuovo Titolo V della Costituzione?*, *ivi*, 269.

²⁶ La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 12, lett. a), l.r. Lombardia 6 marzo 2002, n. 4. Nella motivazione si afferma che i «divieti come quello in esame, [...], in particolari condizioni di concentrazione urbanistica di luoghi specialmente protetti, potrebbe[ro] addirittura rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, trasformandosi così da "criteri di localizzazione" in "limitazioni alla localizzazione».

²⁷ C. cost., 17 marzo 2006, n. 103, cit.

²⁸ C. cost., 20 luglio 2007, n. 303, cit.

la localizzazione degli impianti di energia

Ad analoghe conclusioni si perviene nel 2009 nell'analisi della problematica sulla localizzazione di impianti di smaltimento dei rifiuti. Pur se la situazione presenta delle peculiarità, va ricordato il passaggio secondo il quale la «localizzazione degli impianti di trattamento dei rifiuti sul territorio [...] attiene al “governo del territorio”» sempre «nel rispetto dei criteri tecnici fondamentali stabiliti dagli organi statali che rappresentano soglie inderogabili di protezione ambientale»²⁹.

5. Le “zone d'ombra” nella linea interpretativa del Giudice costituzionale

Sembrano, quelli indicati, i principi enucleabili nelle decisioni che precedono la più recente sentenza n. 278/2010 (che costituisce la base, poi, dell'impianto argomentativo della decisione del Consiglio di Stato sulla centrale elettrica di Porto Tolle).

In tale sentenza la Corte costituzionale si occupa, tra le altre, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, c. 27, l. 23 luglio 2009, n. 99³⁰, che, nel disciplinare gli impianti alimentati con carbon fossile di nuova generazione ed ampliamenti della capacità produttiva per gli impianti di produzione di energia elettrica a carbon fossile, richiama le deroghe contemplate nell'art. 5-bis, d.l. n. 5/2009. La normativa costituirebbe, infatti, secondo le doglianze contenute nei ricorsi proposti dalle Regioni, «norma dettagliata, tale da impedire qualsivoglia sviluppo ulteriore da parte del legislatore regionale». E ciò, in via ulteriore, avrebbe come conseguenza la vanificazione del procedimento di intesa previsto dall'art. 1, c. 2, d.l. 7 febbraio 2002, n. 7, e l'impossibilità, da parte delle Regioni, di assicurare la garanzia dei «valori di ordine territoriale, di tutela della salute, turistici, ai quali è preordinata la legislazione».

Vi sono alcuni punti da notare.

Innanzitutto. La Corte, nella sentenza in esame, non si pronuncia sulla

²⁹ C. cost., 4 dicembre 2009, n. 314, cit.

³⁰ Tale normativa (“Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”) prevedeva che: «agli impianti di produzione di energia elettrica alimentati con carbon fossile di nuova generazione, se allocati in impianti industriali dismessi, nonché agli impianti di produzione di energia elettrica a carbon fossile, qualora sia stato richiesto un aumento della capacità produttiva, si applicano, alle condizioni ivi previste, le disposizioni di cui all'articolo 5-bis del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33».

legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009 (che prevede le deroghe per altre finalità) ma dell'art. 27, c. 27, l. 23 luglio 2009, n. 99, che lo richiama. Infatti rileva nella pronuncia costituzionale solo lo schema derogatorio, contemplato dall'art. 5-*bis*, oggetto del rinvio da parte dell'art. 27, c. 27. Tale schema derogatorio viene però interpretato dalla Corte costituzionale.

Poi. Nell'art. 27, c. 27, l. n. 99/2009, oggetto del sindacato, la Corte coglie la ragione dell'intervento statale, che giustificerebbe la delimitazione dell'autonomia regionale, nella tutela dell'interesse ambientale all'utilizzo di carbon fossile di nuova generazione.

Ma, a ben vedere, la norma in esame non contempla soltanto l'ipotesi di impianti di produzione di energia elettrica alimentati con carbon fossile di nuova generazione ma anche quelli a carbon fossile qualora sia stato richiesto un aumento della capacità produttiva. Il che consente di nutrire qualche dubbio sulla tenuta del ragionamento a base della conclusione sulla legittimità costituzionale della legge statale dal momento che è difficile pensare che la deroga sia ammissibile anche in assenza di quell'interesse allo sviluppo di un certo tipo di alimentazione. E, comunque, se quella è la linea per giustificare la legittimità (sviluppo di un combustibile con minore capacità inquinante) la stessa non potrebbe essere applicabile all'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009, che prevede l'utilizzo del carbone, il quale in quanto tale, non si segnala per la scarsità delle emissioni ed è certamente di maggiore impatto rispetto ad altri combustibili.

Inoltre. Il caso di specie è diverso da quelli valutati dalla giurisprudenza costituzionale precedente e richiamata nella sentenza della stessa Corte del 2010, in quanto non si tratta, come in quei casi, di punto di equilibrio tra protezione dell'inquinamento e sviluppo di una rete, ma di una fattispecie diversa (utilizzo di un combustibile presuntivamente meno inquinante).

Comunque, nel ragionamento della Corte, al fine di salvaguardare la compatibilità con la Costituzione della normativa richiamata, emerge un'interpretazione secondo la quale la deroga imposta dalla disciplina statale deve essere intesa restrittivamente e deve riguardare esclusivamente i "limiti" di localizzazione territoriale, intendendo, con tale formulazione linguistica, un vero e proprio «divieto di localizzazione tale da determinare l'impossibilità dell'insediamento e non permettere, nel contempo, una localizzazione alternativa»³¹. Una tale deroga si giustifica in quanto «espressione di una scelta di sistema, a sua volta ascrivibile a principio fondamentale della materia».

Ma, allora, a ben vedere, la sottile distinzione terminologica operata dalla Corte tra "criteri" e "limiti" di localizzazione costituisce il punto di partenza per bilanciare la potestà legislativa concorrente tra Stato e regioni;

la localizzazione degli impianti di energia

solo il “limite”, inteso come divieto ingiustificato alla localizzazione tale da non consentire un’alternativa, giustifica l’attribuzione al potere statale di deroga.

A dire il vero, però, tali conclusioni, per la loro astrattezza, destano qualche perplessità: nella pratica, difatti, non sembra particolarmente agevole riuscire a distinguere il “criterio” dal “limite” alla localizzazione, in quanto potrebbe ragionevolmente ritenersi che una generale previsione regionale di criteri organizzativi contenga sempre qualche limite; in tal modo il confine tra le due situazioni si assottiglia al punto da scomparire. Riprova ne sia il fatto che la stessa Corte, nella giurisprudenza del 2003, non adoperava in maniera nettamente distinta i due termini. Anzi, come ricordato, la stessa Corte ha ammesso limiti e divieti da parte del legislatore regionale purché tali da non compromettere il piano. Ed allora, rimane quale unico criterio distintivo tra le due situazioni quella “mancanza di alternative” di cui parla la Consulta, cioè la mancata previsione da parte della normativa regionale di localizzazioni alternative in caso di divieto. Anche tale interpretazione però sconta qualche difficoltà pratica, perché, se non circoscritta ad una porzione del territorio, non riesce a rendere chiari i suoi contorni identificativi.

Come si è anticipato, l’interpretazione della Corte è utilizzata dal Consiglio di Stato nella vicenda in oggetto quando conclude per la non applicabilità dell’art. 5-*bis*, d.l., n. 5/2009 al caso di specie, e per l’applicabilità dell’art. 30, l.r. Veneto n. 36/1997, che, come invero lo stesso Consiglio di Stato riporta, «lungi dal precludere la localizzazione e l’insediamento di impianti di produzione di energia elettrica, si limita ad esprimere – in considerazione delle esigenze di protezione che la specificità del territorio considerato evidentemente pone – una opzione del legislatore regionale di preferibilità per gli impianti alimentati a gas metano, ammettendo una differente alimentazione solo a condizione che siano utilizzate “fonti alternative di pari o minore impatto ambientale”»³².

Si tratta dell’utilizzo delle conclusioni della Corte costituzionale in funzione, condivisibile, di interpretazione conforme, che consente al Consiglio di Stato di non valutare il *fumus* della questione di legittimità costitu-

³¹ Precisa la Corte che in tal modo «non vengono coinvolte dalla deroga, pertanto, né la generale normativa regionale di carattere urbanistico, che non abbia ad oggetto gli impianti in questione, o che comunque non si prefigga di impedirne la realizzazione, né tantomeno le discipline regionali attinenti alle materie di competenza legislativa residuale o concorrente, che siano estranee al governo del territorio».

³² Cons. St., n. 3107/2011 cit.

zionale dell'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009 – questione aperta dal momento che, come detto, su di esso in specifico non si è pronunciata la Corte costituzionale – ma di concludere per l'irrelevanza della questione di legittimità, proprio sulla base dell'interpretazione proposta.

6. I “chiarimenti” nella sentenza n. 3569/2012 del Consiglio di Stato

Come si è detto, a fronte di un giudicato amministrativo fondato su un'interpretazione conforme di una disciplina altrimenti con non pochi sospetti di illegittimità costituzionale e a conferma di un quadro particolarmente complesso dal punto di vista politico e giuridico, entrambe le normative oggetto della vicenda hanno registrato una significativa modifica.

La normativa regionale ha visto un'aggiunta nell'agosto del 2011 con l'inserimento della lett. a-*bis*)³³.

La normativa statale, invece, ha subito una modifica di poco precedente quella regionale, nel luglio 2011 (“*Manovra economica 2*”)³⁴.

Non si possono non notare subito due elementi.

Il primo è il tempo dell'intervento. Entrambe le discipline sono entrate in vigore immediatamente dopo la sentenza del Consiglio di Stato.

³³ L'art. 30, l.r. Veneto 8 settembre 1997, n. 36, che stabiliva nella lett. a) – per il territorio dei comuni interessati dal Parco del Delta del Po – una preferenza per l'alimentazione a gas metano o a altre fonti alternative di pari o minore impatto ambientale degli impianti di produzione di energia elettrica, ha visto l'aggiunta (da parte dell'art. 2 della legge regionale 5 agosto 2011, n. 14) della lett. a-*bis*) a tenore della quale: «nel caso di impianti di produzione di energia elettrica alimentati ad olio combustibile di potenza superiore a 300 MW termici già esistenti alla data di entrata in vigore della legge istitutiva del Parco regionale delta del Po, per i quali sia stata richiesta o venga richiesta la conversione a carbone o altro combustibile solido ai sensi della normativa statale, la conversione deve assicurare l'abbattimento delle emissioni di almeno il cinquanta per cento rispetto ai limiti previsti per i grandi impianti di combustione di cui alle sezioni 1, 4 e 5 della parte II dell'allegato II alla parte V del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 “Norme in materia ambientale”; in tal caso non trovano applicazione le disposizioni di cui alla lettera a)». Come si può notare agevolmente la negazione del principio espresso in precedenza è palese.

³⁴ La deroga prevista dall'art. 5-*bis*, d.l. n. 5/2009 riferita alle disposizioni di legge nazionali e regionali che prevedevano limiti di localizzazione territoriale è stata ampliata prevedendosi, con l'art. 35, c. 8, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, che essa deroga opera anche nei confronti di leggi che «condizionino o limitino la suddetta riconversione, obbligando alla comparazione, sotto il profilo dell'impatto ambientale, fra combustibili diversi o imponendo specifici vincoli all'utilizzo dei combustibili».

la localizzazione degli impianti di energia

Il secondo è che vi è una singolare coincidenza contenutistica. E questo comporta che entrambe le discipline consentono il superamento del giudicato amministrativo nel senso che introducono, di fatto, regole che, se applicabili, vanificano quanto statuito dal Consiglio di Stato.

Nel giudizio di ottemperanza viene in rilievo proprio questo problema dell'“applicabilità” di tal *ius superveniens* da parte della pubblica amministrazione che sta eseguendo il giudicato.

Nel ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato in tale giudizio emerge come il rapporto tra giudicato e *ius superveniens* sfugga ad una regolamentazione predeterminata, dovendosi necessariamente operare un'indagine calata nel dato reale. Infatti, tale rapporto è «strettamente correlato all'oggetto del sindacato giurisdizionale, che dipende dalla tipologia di azione proposta e di potere pubblico esercitato, e al contenuto precettivo dello *ius superveniens*»³⁵.

Pertanto, nelle ipotesi di sindacato pieno da parte del giudice amministrativo, dove non siano presenti ulteriori margini di esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, il giudicato sarà «idoneo a produrre un vincolo conformativo pieno sull'esercizio della successiva attività dell'amministrazione»³⁶. E ciò si ripercuote sulla efficacia della normativa sopravvenuta che non potrà essere considerata applicabile stante l'intangibilità del giudicato.

Diversamente, nel caso in cui il giudice amministrativo non può estendere il proprio sindacato senza intaccare ambiti in cui la valutazione spetta alla pubblica amministrazione e la formazione del giudicato non vincola in

³⁵ Cons. St., n. 3569/2012 cit.

³⁶ Cons. St., n. 3569/2012 cit.

³⁷ Esemplificando le ipotesi che, in concreto, possono verificarsi, il Consiglio di Stato evidenzia come il sindacato pieno sul rapporto dedotto nel processo può riscontrarsi quando viene proposta: «i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato; ii) un'azione di adempimento, contestualmente alla prima, con cui si chiede la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; iii) un'azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere computi dall'amministrazione; iv) un'azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto». In tali casi il giudicato sarà «idoneo a produrre un vincolo conformativo pieno sull'esercizio della successiva attività dell'amministrazione».

Diversamente, non v'è la «formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso» quando viene proposta: «i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo discrezionale; ii) un'azione avverso il silenzio avente ad oggetto una attività caratterizzata da discrezionalità non ancora esercitata dall'amministrazione».

modo definitivo l'azione della P.A., la normativa sopravvenuta potrebbe occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato³⁷.

Alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato conclude per l'applicabilità della normativa sopravvenuta al caso di specie, poiché si è in presenza di un accertamento del rapporto non pieno³⁸. Ed aggiunge, osservando il rapporto fra giudicato e legge sopravvenuta, che tali leggi (statali e regionali) non sono qualificabili come di tipo provvedimentale. In tal senso, viene ricordata quella giurisprudenza costituzionale³⁹ che ha chiarito come le leggi provvedimento siano caratterizzate da «un contenuto particolare e concreto incidendo su un numero limitato e determinato di destinatari»⁴⁰, ribadendo come sia giustificabile la prevalenza del giudicato solo nel caso in

³⁸ Afferma il giudice amministrativo che «l'illegittimità degli atti impugnati è stata dichiarata per la presenza di un vizio formale senza che il sindacato giudiziale abbia coinvolto l'assetto sostanziale degli interessi verificando la presenza di preclusioni alla successiva modificazione della realtà materiale e dunque al riesercizio del potere. Non si è, dunque, realizzato in capo ai terzi ricorrenti alcun affidamento alla stabilità della situazione fattuale oggetto del sindacato giurisdizionale».

³⁹ Si tratta delle sentenze 8 maggio 2009, n. 137, in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1472, con nota di S. Spuntarelli, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge* e 2 aprile 2009, n. 94, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 833; nonché delle sentenze 5 febbraio 1999, n. 14, in *Dir. e prat. del lavoro*, 2000, 160 e 3 giugno 1998, n. 211, in *Giur. cost.*, 1998, 1633. Sul tema delle leggi provvedimento e del sindacato del Giudice costituzionale cfr., anche, C. cost., 13 luglio 2007, n. 267, in *Giur. cost.*, 2007, 4, 2608, con osservazioni di G. Arconzo, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento (in margine alla sent. n. 267 del 2007)* e di S. Spuntarelli, *Leggi provvedimento, funzione giurisdizionale e cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*; 18 luglio 2008, n. 288, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 3195; 8 ottobre 2010, n. 289, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3728, con osservazioni di R. Manfredi, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*; A. Pace, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)* e C. Pinelli, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*.

⁴⁰ Molto chiaro il passaggio (sentenza 13 luglio 2007, n. 267, cit.), in cui la Corte costituzionale, nel confermare che «non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, ossia di leggi-provvedimento», ritiene necessario che tali leggi debbano essere ritenute «ammissibili 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 della ragionevolezza e non arbitrarietà»; pertanto, le stesse sono soggette «ad uno scrutinio stretto di costituzionalità essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore». Conclusioni confermate nella più recente sentenza 8 ottobre 2010, n. 289, cit., che, nell'occuparsi del profilo della tutela del privato riguardo agli effetti provvedimentali dell'atto normativo, ricorda come lo scrutinio di legittimità «sarà tanto più stringente quanto più marcati sono i profili provvedimentali caratteristici della legge soggetta al controllo».

⁴¹ Cfr. Cons. St., n. 3569/2012, punto 4.1. del considerato in diritto.

la localizzazione degli impianti di energia

cui la normativa sovrappone «la propria regola giuridica a quella giudiziale al fine esclusivo di correggere l'esercizio delle funzioni del giudice»⁴¹.

Così delineato il quadro problematico, come detto, il giudice esclude che nel caso di specie si possa parlare di leggi provvedimento⁴², non intervenendo sul «tratto della vicenda amministrativa oggetto di sindacato giurisdizionale», né «limitando l'intervento a un singolo caso», ma costituendo una regola giuridica valevole per tutte le fattispecie ricadenti in quella regolamentazione.

Soluzione sulla quale qualche osservazione va compiuta.

Intanto va notato che il Consiglio di Stato, pur riferendo l'assenza del carattere provvedimentale alla normativa statale e regionale, non si sofferma a motivare la conclusione conseguita sulla disposizione di legge regionale, che viene soltanto ricordata nel suo contenuto.

Quest'ultima, sulla quale, come detto, il giudice non argomenta, come modificata, però contraddice completamente la precedente previsione della stessa legge che è riferita ad una ben delimitata area territoriale. Essa, infatti, prevede la possibilità di alimentazione anche con altri combustibili in caso di conversione purché vi sia l'abbattimento del cinquanta per cento delle emissioni, derogando così alla disposizione precedente che invece statuiva una preferenza per l'alimentazione a gas metano o altre fonti a pari o minore impatto ambientale. In tal modo, non poche sono le difficoltà sulla possibilità di cogliere una ragione generale in una scelta che è in puntuale contrasto con l'opzione precedente che era funzionale all'ottenimento di un più elevato *standard* di tutela ambientale in un certo ambito territoriale.

Insomma, la legge regionale, nella sua versione originaria, recava una disciplina specifica e delimitata ad un'area del territorio per finalità di tutela ambientale. Con un successivo intervento mirato si modifica quella normativa in una direzione di minore tutela ed in irragionevole controtendenza rispetto all'esigenza di migliori *standards* di tutela ambientale in parti sensibili del territorio. Di certo proprio un tale intervento consente quell'insediamento che il giudice amministrativo aveva escluso sulla base della pregressa disciplina.

⁴² Sulla complessa tematica delle leggi provvedimento, cfr. P.A. De Santis, *Leggi (o) provvedimento?*, in *Giur. merito*, 2010, 6, 1749 ss.; G.U. Rescigno, *Leggi - provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi - provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319 ss.; S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007; A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. cost.*, 1999, 2, 1136 ss.; A. Celotto, *Il controllo sulle leggi di sanatoria: «schemi» di giudizio di uno scrutinio «particolarmente» rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999, 127 ss.; F. Sorrentino, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 2780 ss.; L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, 871 ss.; C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

Qualche riflessione merita anche quanto viene riferito dal Consiglio di Stato in merito alla legge statale.

Quest'ultima, infatti, con la più recente modifica, non circoscrive più la deroga statale alle sole disposizioni che prevedono limiti di localizzazione territoriale ma la estende anche nel caso di disposizioni che pongano condizioni o limiti alla riconversione, attraverso obblighi di comparazione tra combustibili diversi o imponendo specifici vincoli all'utilizzo di combustibili. In tal modo, la disposizione sembra porsi in puntuale contrasto con l'interpretazione restrittiva dell'art. 5-*bis* indicata dalla Corte costituzionale come via attraverso la quale salvaguardare le competenze delle regioni in conformità al dettato costituzionale.

Ed allora non del tutto convincente è l'argomento, per escludere che la legge statale sia di tipo provvedimentale collegabile al giudicato, del richiamo operato dal Consiglio di Stato ai lavori preparatori del d.l. n. 98/2011, quando si ricorda che lo scopo della modifica normativa è di «evitare che disposizioni di leggi regionali possano prevedere come vincolo per la riconversione anche quello di una previa comparazione in termini di impatto ambientale tra diverse modalità/combustibili di alimentazione».

Per un verso una tale finalità colora di illegittimità l'intervento che si pone al di fuori di quell'interpretazione restrittiva offerta dal giudice amministrativo con il richiamo alla giurisprudenza costituzionale che costituiva l'unica modalità per salvaguardare la compatibilità a Costituzione.

Per altro, proprio questo disallinearsi rispetto all'intera costruzione in precedenza operata dal Consiglio di Stato per coordinare i piani degli interventi del legislatore statale e regionale, lascia spazio a dubbi sull'effettiva estraneità di una tale disciplina sganciata dalla decisione giudiziale.

Abstract

The work focuses on the complex relationship between state and regional legislation in the discipline of location of energy production plants. Through the analysis of administrative and judicial succession regarding the conversion of a power plant in Porto Tolle and through the examination of constitutional jurisprudence on the subject, are put in evidence the ambiguities and difficulties in the identification of the concept of "limit to the territorial location" as discriminating for distribution of legislative powers between State and Region in the matter of location of plants. In the reconstruction is intercepted a further perspective on the vexed issue of the relationship between judgment and supervening legislation.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

TOMMASO BONETTI è ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Pianificazione dell'Università IUAV di Venezia.

MARCO CALABRÒ è ricercatore di diritto amministrativo presso la Facoltà di Architettura della Seconda Università di Napoli.

GIOVANNI COCOZZA è dottore di ricerca in “Programmazione negoziale per lo sviluppo e la tutela del territorio” presso l'Università di Napoli Federico II.

ELISA D'ALTERIO è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento Seminario giuridico (Giurisprudenza) dell'Università di Catania.

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN è Maître de conférence à l'Institut d'Etudes politiques de Paris (Sciences Po).

GIOVANNA MARCHIANÒ è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia dell'Università di Bologna.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienza della formazione dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

LORENZO SALTARI è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

