

## **Editoriale**

LORENZO SALTARI, *Nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?*..... v

## **Saggi**

ALESSANDRA SALVATO, *Il servizio universale bancario* ..... 535

GIOVANNI MULAZZANI, *Le Università e il perseguimento della mission istituzionale alla luce dell'autonomia. Tra riforme legislative e interventi dell'Anac* ..... 579

## **Articoli**

MARCO DUGATO, *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività* ..... 607

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Il demanio marittimo nel diritto comparato: alcune esperienze europee* ..... 615

ANDREA PATRONI GRIFFI, *Principi costituzionali ed europei in tema di liberalizzazione del servizio tecnico nautico di rimorchio* ..... 635

ALESSIA PALLADINO, *I servizi di trasporto pubblico non di linea all'esame dei nuovi paradigmi della mobilità urbana e della sharing economy* ..... 651

CECILIA SERENI LUCARELLI, *L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, con particolare riferimento al termine di decadenza, in un'ottica di superamento delle categorie civilistiche* ..... 685

## **Commenti**

SALVATORE SORRENTINO, *La procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante la società mista* ..... 715

CARMEN IMBEMBO, <i>Il regime impugnatorio della lex specialis di gara: l'apparente contraddizione tra la specialità della disciplina legislativa sostanziale e processuale e il sistema giurisdizionale di diritto soggettivo</i> .....	745
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	785

TABLE OF CONTENTS  
MUNUS 2/2018  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/2\_2018

**Editorial**

LORENZO SALTARI, *Is it possible to do without concessions for highways?* ..... v

**Saggi**

ALESSANDRA SALVATO, *The universal banking service* ..... 535

GIOVANNI MULAZZANI, *Universities and the pursuit of the institutional mission in the light of autonomy. Between legislative reforms and the intervention of Anti-Corruption Agency* ..... 579

**Articoli**

MARCO DUGATO, *Court of auditors as judge of the public exchequer: the protection of collective financial interests* ..... 607

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Maritime state property in comparative law: some European experiences* ..... 615

ANDREA PATRONI GRIFFI, *Constitutional and European principles regarding the liberalization of the technical nautical towing service* ..... 635

ALESSIA PALLADINO, *Non-scheduled public transport services in the light of the new paradigms of urban mobility* ..... 651

CECILIA SERENI LUCARELLI, *The action for compensation of damage deriving from violation of legitimate interests, with particular reference to the term of limitation, with a view to overcoming civil law categories* ..... 685

**Commenti**

Salvatore SORRENTINO, *The management of public services through joint public-private enterprises* ..... 715

CARMEN IMBEMBO, <i>The legal qualification and the analysis of the protest regime of lex specialis in public procurement: the seeming contradiction between the specialty of the substantive and procedural legislation on public procurement and the judicial system of rights</i> .....	745
LIST OF CONTRIBUTORS .....	785

## EDITORIALE

LORENZO SALTARI

### NELLE AUTOSTRADE SI PUÒ FARE A MENO DELLE CONCESSIONI?

1. In Italia, le autostrade nascono embricate al regime concessorio. Così quelle degli esordi negli anni Venti del XX secolo. Così quelle realizzate nel secondo dopoguerra.

Nelle prime esperienze, siamo ancora in una fase anteriore all'affermazione della motorizzazione civile, un privato diviene, grazie al provvedimento concessorio, "organo indiretto" dello Stato. Ciò gli consente di espropriare, e non acquistare, i terreni necessari alla realizzazione dell'infrastruttura. Lo Stato, inoltre, concede all'imprenditore di trattenere il pedaggio pagato da coloro che percorrono l'autostrada per tutta la pluriennale durata della concessione al termine della quale riprende l'opera, essendone proprietario. Le autostrade di prima generazione costituiscono un'esperienza limitata per estensione, per lo più circoscritta al Nord, e tendenzialmente fallimentare: i volumi di traffico non sono generalmente adeguati a perseguire gli obiettivi di ammortamento e remunerazione dell'investimento.

Negli anni Cinquanta del boom economico, emerge la necessità che il Paese sia dotato di un'asse autostradale longitudinale, di grande estensione, che colleghi il Settentrione al Sud. Si tratta di un'impresa severamente impegnativa sotto molteplici aspetti: ingegneristico, imprenditoriale, finanziario. L'imprenditoria privata, che guardava a questa infrastrutturazione con evidente interesse, si pensi su tutti alla Fiat, avvia iniziative preliminari ma poi, innanzi alle complessità e ai rischi dell'impresa, rinuncia.

Deve intervenire lo Stato.

È attivato non lo Stato-burocratico: il Ministero dei lavori pubblici per il tramite dell'Anas. Inizialmente a muoversi sarà lo Stato-imprenditore: l'IRI che nel proprio seno crea la *Società autostrade costruzioni e concessioni*. Questa società in pubblico comando ottiene dal ministero la concessione per realizzare e gestire l'autostrada che collega Milano a Napoli: la A1. Il modello concessorio consente allo Stato di contenere il peso finanziario dell'opera a proprio carico. Coprirà solo il 36% dei costi. La parte restante delle risorse sarà trovata dalla concessionaria presso la finanza privata. L'infrastruttura si ripaga attraverso le tariffe versate nel periodo concessorio dagli utenti; tali

tariffe sono stabilite amministrativamente e il loro livello deve, in ragione dei volumi di traffico attesi, fornire al sistema la garanzia di equilibrio economico-finanziario.

Nel 1961 la legge “Zaccagnini” n. 729/1961 affida all’Anas la costruzione e la futura gestione dell’asse longitudinale più a sud: la Salerno-Reggio Calabria, che, insieme al GRA e alla Roma-Fiumicino, più alcuni tratti autostradali della Sicilia, fuoriescono dal modello concessorio, perché tutti i costi sono coperti dalla fiscalità generale e non dai pedaggi degli utenti. Quest’assetto alternativo è però assolutamente minoritario rispetto a quello imperniato sulla concessione. Peraltro, è noto come esso scaturì dalla resistenza del management della *Società autostrade* che, caricatasi della realizzazione della dorsale adriatica e del collegamento trasversale Napoli-Canosa, riteneva eccessivamente gravoso e rischioso assumere anche l’onere di un’opera complessa, non solo tecnicamente, nel profondo sud tirrenico.

2. Gli anni Novanta del XX secolo segnano una svolta per il settore. Vi è intanto la normalizzazione della gestione, manutenzione e costruzione delle autostrade che, dall’essere per legge vincolata al solo equilibrio economico-finanziario, diviene libera e, quindi, orientabile al lucro come qualsiasi altra attività d’impresa. Vi è poi la privatizzazione “calda” della *Società autostrade* con la cessione ai privati del nocciolo duro. Tali scelte di politica economica avvengono in contesto marcato dalla liquidazione dell’Iri di cui *Società Autostrade* era parte e dall’esigenza di riduzione del debito pubblico anche mediante la cessione di *asset* statali per conseguire i risultati di finanza pubblica imposti dall’aggancio alla zona euro. Non va dimenticato, infine, che a influire fortemente su queste scelte vi era anche il diffuso approccio culturale favorevole al privato in luogo di forme pubbliche di gestione di *public utilities* considerate corrotte e inefficienti.

Quest’ultima considerazione impone di chiedersi se le autostrade siano riconducibili nel novero delle *public utilities*. Qui emerge l’ambivalenza della concessione autostradale divisa tra la costruzione di un’opera e la gestione della stessa che si traduce nell’offerta di un servizio di trasporto passivo. Per mettere correttamente a fuoco il regime dell’attività, e uscire dall’anfibologia, conviene concentrarsi sul suo *output* finale: la fornitura di servizi di trasporto a valore aggiunto rispetto alla viabilità ordinaria statale senza pedaggio. È questo aspetto a rendere la ‘concessione autostradale’ un sofisticato congegno giuridico, profondamente eterogeneo dall’appalto di opera pubblica.

3. Nel diritto europeo, vi è la preoccupazione di conferire natura con-

## **nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?**

trattuale alle concessioni (direttiva n. 23/2014). Tale preoccupazione, in assenza di una disciplina sovranazionale di settore, finisce col riguardare anche le concessioni autostradali. Queste, però, presentano un proprio elemento di complessità. Nel loro regime giuridico non può mancare il bilanciamento tra i principi di non discriminazione e libertà di concorrenza e la tutela degli interessi pubblici sottesi all'attività autostradale che consiste nella gestione di un monopolio naturale statale di trasporto. Il secondo profilo implica la valorizzazione del momento pubblicistico o, con più corretto ordine concettuale, regolatorio.

4. Il drammatico crollo avvenuto a Genova nell'estate del 2018 ha acceso l'attenzione della politica e dell'opinione pubblica sul settore. Sul terreno si contrappongono due linee d'azione: 1) attendere gli esiti delle inchieste giudiziarie sul crollo del ponte Morandi e solo dopo attivare le previsioni convenzionali relative alla caducazione della concessione qualora venga appurata una grave responsabilità da parte del privato concessionario (ASPI); 2) mettere mano, senza indugi, al sistema giuridico che regola le concessioni autostradali con misure normative d'urgenza. In questo secondo caso, il governo, sostenuto dalla sua maggioranza parlamentare, dovrebbe però chiarire quale obiettivo intende perseguire.

L'alternativa è tra il ritorno alla pubblicizzazione delle gestioni (dove operano anche altri privati oltre ad Autostrade per l'Italia coinvolta dal crollo) oppure rafforzare il momento pubblicistico indiretto elevando la dimensione regolatoria della concessione-convenzione. Vi sono argomenti niente affatto trascurabili perché si dia privilegio alla seconda soluzione. In primo luogo, le gestioni pubbliche di servizi hanno sovente fatto fallimento perché inclini ad essere meno efficienti. In secondo luogo, nelle infrastrutture vi è la necessità di raccogliere capitali privati (di rischio e risparmio) per sopperire alla scarsità di risorse sul versante del bilancio dello Stato. Sempre che non si ritenga possibile ricreare le condizioni che portarono, nel dopoguerra, ad avere nell'Iri e in specie nella sua società dedicata alle autostrade un soggetto nello stesso tempo appartenente alla sfera pubblica, ma gestito secondo la più rigorosa razionalità economico-imprenditoriale.

5. Il dato culturale da valorizzare è quello per il quale anche il settore delle autostrade appartiene alla sfera dei servizi pubblici nella quale operano imprese private alla ricerca legittima di utili, ma sottoposte alla regolazione di autorità amministrative affinché anche gli interessi pubblici siano adeguatamente protetti. Del regime concessorio si può mantenere l'attuale matrice contrattuale (a tutela della certezza e della remuneratività del concessionario,

necessari al funzionamento del meccanismo finanziario su cui ruota l'assetto concessorio) cui però sommare la correzione regolatoria delle disfunzioni: gli extraprofiti derivanti da volumi di traffico superiori al previsto, l'eccessiva incidenza della doppia remunerazione (per la gestione e la costruzione), la mancata tempestività nell'esecuzione degli interventi programmati in convenzione, ecc.

La quotazione legislativa del momento regolatorio non è tuttavia sufficiente. Occorre anche un rafforzamento della parte pubblica del rapporto concessorio sia nella programmazione degli investimenti infrastrutturali, sia nella verifica del rispetto degli obblighi assunti dal concessionario. Ne discende l'esigenza di modificare il design organizzativo e istituzionale dello Stato-concedente. Più poteri potrebbero essere riconosciuti all'Art, il regolatore indipendente di settore. Ciò non esime dalla necessità di rendere più forte anche l'apparato ministeriale titolare di compiti di amministrazione attiva. L'ipotesi del rilancio di un'agenzia per le strade correlata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è certamente da considerarsi.

**6.** Il modello giuridico delle concessioni autostradali, così come si è definito a seguito della privatizzazione-liberalizzazione del settore, può e deve essere perfezionato. Nondimeno di tale modello per le autostrade italiane difficilmente si potrà fare a meno. L'auspicio in un momento nel quale ancora è molto forte l'emotività per un'immane tragedia che ha scosso le certezze dell'opinione pubblica sull'affidabilità d'infrastrutture essenziali è che il decisore pubblico scelga dopo avere ponderato molto attentamente tutti gli impatti delle soluzioni o delle riforme che s'intendono attuare.



## IL SERVIZIO UNIVERSALE BANCARIO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione dell’ordinamento bancario: dallo Stato-guida al Mercato regolamentato. – 3. Nuovi obiettivi di interesse generale per il settore bancario. – 4. La Banca d’Italia e la tutela del consumatore. Il conto corrente semplice. – 5. Il conto corrente di base nel decreto “Salva Italia”. – 6. La politica europea di *Financial inclusion* e la Raccomandazione sull’accesso ad un conto di base. – 7. La Direttiva PAD. – 8. Il d.lgs. n. 37/2017 e la normativa secondaria di attuazione. – 9. I poteri sanzionatori e di vigilanza della Banca d’Italia. – 10. ... e quelli in tema di “Educazione finanziaria”. – 11. Il conto di base come obbligo di servizio universale. – 12. Alcune osservazioni sul rapporto potere pubblico/libertà imprenditoriale nei servizi di interesse economico generale. – 13. Considerazioni finali.

### 1. Premessa

Da dieci anni a questa parte si parla nuovamente di ingerenza pubblica nei confronti di attività creditizie private<sup>1</sup>. Lo si è fatto con riferimento alle misure straordinarie prese dagli Stati, all’interno della cornice europea, per far fronte alla crisi finanziaria del 2008-2011<sup>2</sup>. Gli interventi

\* Ringrazio Lorenzo Saltari per le osservazioni ad una versione precedente del testo.

<sup>1</sup> La crisi economica globale ha mostrato la debolezza teorica e l’implausibilità pratica dell’autoregolazione del mercato, in particolar modo con riguardo ai mercati finanziari. Si assiste perciò ad un precipitoso ritorno ad un intervento pubblico ancor più intrusivo di quello regolatorio. L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, intervento svolto al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell’impresa. Seminario per gli ottant’anni di Guido Rossi*, tenutosi a Roma, il 22 marzo 2011, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre, 11. F. Cintioli a proposito della crisi economica e finanziaria del 2008 sostiene che «vediamo in questi giorni soluzioni, proposte e preoccupazioni che mettono sulla scena, quasi come un ciclo della storia che si va ripetendo, l’intervento dello Stato in funzione correttiva dell’economia»: F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 4-5. Secondo L. Torchia il dibattito sulla disciplina costituzionale dell’economia sembra avere in Italia un andamento ciclico: L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 418.

<sup>2</sup> La prima disciplina in materia di credito fu adottata a ridosso di una grande crisi

di salvataggio e garanzia a sostegno del sistema bancario da parte dei pubblici poteri, nello specifico, hanno portato la dottrina ad elaborare modelli innovativi di pubblicizzazione che delineassero al meglio le peculiarità dei «nuovi profili pubblicistici del credito». Quelli tradizionali, infatti, non sembravano poter descrivere le nuove forme di intervento dello Stato nell'economia giustificate dalla situazione patologica in cui versava il sistema finanziario. Passata l'emergenza, le istituzioni finanziate con le risorse pubbliche sono ridiventate private e la disciplina sugli aiuti di Stato è tornata ad essere applicata pedissequamente<sup>3</sup>. I vincoli e i controlli cui sono state sottoposte le imprese bancarie, nella forma della regolamentazione e della vigilanza pubblica dei mercati finanziari e bancari, invece, sono stati mantenuti e addirittura rafforzati per evitare il ripetersi di nuove crisi<sup>4</sup>. Nel complesso, gli spazi rimessi al libero esplicarsi della libertà d'impresa si sono ridotti per esigenze di stabilità finanziaria e tutela dei risparmiatori<sup>5</sup>,

economica e finanziaria. S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 1986. Sull'ultima crisi finanziaria si vedano, *ex multis*, G. Napolitano, *Uscire dalla crisi, Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012; G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 429; G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economica finanziaria ed intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012; S. Amoroso, *I servizi di vigilanze pubbliche sui mercati finanziari: dai modelli all'effettività*, Relazione al Convegno *Rischi sovrani e la nuova regolazione finanziaria: le sfide*, ABI, 19 gennaio 2012, in *Special Issue* 2012, 103.

<sup>3</sup> M. Clarich, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione di mercati*, 2015, 1 ss.

<sup>4</sup> Si pensi all'Unione bancaria e al Meccanismo unico di vigilanza, ma anche al Meccanismo unico di risoluzione (MUR), alle European Supervisory Authorities (ESAs), al Codice unico europeo, ecc. Si veda, uno per tutti, C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, II ed., 2016.

Mentre la pubblicizzazione regolamentare presenta carattere strutturale, nel contesto di una più generale ri-regolazione del settore (D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45 ss.), gli altri moduli della pubblicizzazione finanziaria, proprietaria e funzionale hanno assunto i caratteri della temporaneità e dell'eccezionalità, essendo costituiti da strumenti diretti, in via contingente, a contrastare la crisi. D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 189 ss.

<sup>5</sup> La salvaguardia della stabilità e la protezione del risparmiatore sono obiettivi finali della regolazione dei servizi finanziari presenti in ogni fase storica. G. Minervini, M. Onado, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, 104.

## il servizio universale bancario

senza che ciò si sia tradotto nel riproporsi della regolazione di tipo programmatico-finalistico<sup>6</sup>.

Ebbene, la recente adozione di alcuni atti legislativi che hanno comportato un chiaro condizionamento della libertà contrattuale delle imprese bancarie per fini politico-sociali potrebbe far pensare che, con riguardo al settore del credito, il potere pubblico goda di una rinnovata pervasività, seppur non in senso tradizionale, in ragione dell'inerenza di un interesse pubblico all'attività bancaria<sup>7</sup>.

Dapprima con il d.l. 2011, n. 201, c.d. "Salva Italia" (convertito con l. n. 214/2011) e successivamente con il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 37, in attuazione della direttiva europea 2014/92/UE<sup>8</sup>, le banche e gli enti creditizi sono stati obbligati ad offrire una precisa tipologia di conto corrente con caratteristiche definite in sede legislativa e regolamentare, c.d. Conto corrente di base, nell'ottica del perseguimento di obiettivi di inclusione finanziaria e crescita economica nonché di limitazione della circolazione del contante e riduzione della spesa delle amministrazioni pubbliche.

Con l'indagine che segue ci si chiede se la regolazione del settore abbia quindi assunto una piega finalistica, ossia orientata a condizionare le scelte degli operatori privati in nome di obiettivi configurati dalla legge come di interesse generale, per via della qualificazione delle attività creditizie – o quantomeno di un loro nucleo essenziale – in termini di servizi di pubblica utilità.

Nel tentativo di comprendere le nuove dinamiche del rapporto autorità/libertà, cercheremo di condensare in una sintetica rassegna le trasformazioni che hanno interessato l'ordinamento del credito in un periodo lungo cento anni. Potremo successivamente analizzare l'evoluzione della disciplina sul Conto corrente di base per verificare se la rilevanza pubblicistica dell'attività creditizia stia tornando ad avere un carattere preponderante rispetto ai profili privatistici della stessa.

<sup>6</sup> G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 433.

<sup>7</sup> La regolazione è ancora esercizio di potere pubblico ma a differenza del potere pubblico tradizionalmente inteso l'amministrazione non è parte del rapporto ma soggetto terzo, che definisce *ex ante* le regole del gioco e vigila *ex post* sul rispetto delle regole. Si vedano L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, cit., e L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, cit., 8.

<sup>8</sup> Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.

## 2. L'evoluzione dell'ordinamento del credito: dallo Stato-guida al Mercato regolamentato

Nell'ultimo secolo l'ordinamento del credito ha subito diverse trasformazioni che ne hanno modificato l'assetto determinando di volta in volta il prevalere del potere pubblico sull'autonomia privata e viceversa, a seconda del grado di incidenza dell'autorità pubblica sulla sfera giuridica dei privati<sup>9</sup>.

Nel periodo immediatamente successivo l'Unità d'Italia, l'attività creditizia era considerata una «faccenda privata»<sup>10</sup> e di esclusiva pertinenza del diritto civile.

Una seconda fase è stata caratterizzata dalle leggi sezionali<sup>11</sup> – nel 1926 e 1936–38<sup>12</sup> – che hanno realizzato la pubblicizzazione del settore creditizio, sottoponendo lo svolgimento dell'attività creditizia ad un penetrante controllo pubblico<sup>13</sup> volto a preservare l'interesse generale alla stabilità del sistema creditizio e alla tutela del risparmio (pubblicizzazione oggettiva)<sup>14</sup>. Il tratto saliente dell'ordinamento del credito era infatti la funzionalizzazione giuridica dell'attività, intesa quale attività rivolta ad un fine<sup>15</sup>. L'assoggettamento delle imprese a un regime autorizzatorio e a penetranti

<sup>9</sup> Sul tema si vedano M. Nigro, S.M. Retortillo, *La disciplina pubblicistica del credito*, Padova, Cedam, 1970; G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968; M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, Giuffrè, 1969; P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, Giuffrè, 1977; L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit.; M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, Padova, Cedam, 1939; M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949.

<sup>10</sup> M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, cit., 10.

<sup>11</sup> Nel senso che hanno qualificato l'organizzazione bancaria come ordinamento sezionale o settoriale. In particolare, si ritiene che si sia in presenza di un ordinamento sezionale laddove vi sia una pluralità di soggetti la cui attività sia retta dal diritto privato, ma assoggettata ad una disciplina pubblicistica penetrante. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, 196.

<sup>12</sup> Secondo M. Nigro le leggi del 1926 contengono già in abbozzo elementi che la posteriore legislazione manterrà e svilupperà. A differenza delle seconde, però, esse contengono misure “di mera polizia economica”. M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico*, cit., 1949, 105. Sulla legge bancaria si veda S. Cassese, *Come è nata la legge bancaria del 1936*, Roma, Banca nazionale del lavoro, 1988.

<sup>13</sup> L'intero ciclo di vita dell'impresa bancaria veniva sottoposto al controllo e alla vigilanza della banca centrale, dall'accesso al mercato, allo svolgimento dell'attività, alla liquidazione dell'impresa. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., 161.

<sup>14</sup> In questo conteso la concorrenza era considerata pericolosa per la stabilità complessiva del sistema bancario. G. Minervini, M. Onado, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, cit., 106.

<sup>15</sup> M.S. Giannini, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., 59.

controlli statali<sup>16</sup> facevano dell'attività esercitata dalle imprese bancarie un servizio pubblico<sup>17</sup>. Negli stessi anni, peraltro, avveniva l'attribuzione della personalità giuridica pubblica alle più importanti imprese bancarie private (pubblicizzazione soggettiva)<sup>18</sup>. Nondimeno, poco importava se l'esercizio soggettivo fosse privato o pubblico (ossia rimesso a banche d'interesse nazionale): poteva essere affermata la configurabilità di servizi oggettivamente pubblicistici affidati istituzionalmente ad enti e soggetti di natura privata<sup>19</sup>.

L'adozione della Costituzione repubblicana non ha modificato gli attributi essenziali del sistema: per un verso l'art. 47 primo comma, Cost., ha elevato la tutela del risparmio a interesse pubblico primario, legittimandone il controllo da parte delle autorità pubbliche; per altro verso, l'art. 41 Cost., dopo aver enunciato al primo comma il diritto d'iniziativa economica privata, ha funzionalizzato la liberà d'impresa a fini d'utilità sociale sottoponendola, con l'attività economica pubblica, a programmi, indirizzi e controlli<sup>20</sup>.

Una terza fase, che ha avuto inizio negli anni Ottanta del secolo scorso, ha visto il rovesciamento del paradigma della banca-istituzione a favore di quello banca-impresa ad opera delle direttive comunitarie di coordinamento

<sup>16</sup> Tanto da poter parlare di «direzione statale, diretta ed indiretta, del credito». *Ivi*, 60. L'art. 1 della L. 7 marzo 1938, n. 141, recitava infatti: «L raccolta di risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico». Secondo S. Amorosino, «attraverso l'esercizio della funzione regolamentare (insieme al Comitato Interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR) e al Ministero del Tesoro) e a quella di amministrazione vigilante, la Banca d'Italia esercitava un vero e proprio potere di direzione sull'intero settore e sui singoli istituti bancari, che si concretava nel determinare gli assetti di un mercato amministrato e protetto (dagli eccessi di concorrenza interna) e nel condizionare fortemente le strategie aziendali dei singoli istituti»: S. Amorosino, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016, 61.

<sup>17</sup> La Cassazione, sulla base di questi presupposti, considerò applicabile agli operatori bancari il regime dei reati propri della pubblica amministrazione (Cass. Sez. pen., 19 novembre 1981).

<sup>18</sup> A cui si aggiunge la pubblicizzazione formale, quando la pubblicizzazione cade sulle forme del concreto esercizio dell'attività creditizia, come ad esempio accadeva con riferimento a taluni contratti di finanziamento funzionalizzati al raggiungimento di finalità programmate. M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, cit., 19 ss.; P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, cit., 19.

<sup>19</sup> G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, cit., 41. Sulla ricostruzione soggettiva e oggettiva della nozione di pubblico servizio si vedano rispettivamente A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto comunitario*, VI, 1, 1930 e U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1964.

<sup>20</sup> Sul tema si veda V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 188 ss. Il servizio pubblico in senso oggettivo era quindi un'attività pubblica o privata soggetta a programmazione. F. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 539.

bancario del 1977 (la cui prima attuazione si ha nel nostro ordinamento nel 1985) e del 1989<sup>21</sup> che hanno dato il via ad un processo di privatizzazione (formale e sostanziale) e liberalizzazione<sup>22</sup> delle attività finanziarie, culminato in Italia nell'adozione della legge Amato-Carli nel 1990<sup>23</sup> e del Testo unico bancario nel 1993 in recepimento delle norme a tutela della concorrenza (di cui la libertà imprenditoriale e la libertà contrattuale risultano elementi imprescindibili). La potestà quasi concessoria della Banca d'Italia diviene a tutti gli effetti autorizzatoria e la vigilanza da strutturale a prudenziale<sup>24</sup>. Le banche tornano ad essere considerate imprese commerciali<sup>25</sup>, seppur sottoposte per molti aspetti ad una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella scarna del codice civile<sup>26</sup>.

L'ultimo stadio, quello attuale, si distingue per il proliferare della regolazione dei mercati finanziari<sup>27</sup>, intesa sia nel senso di attività normativa che di attività di controllo continuativo e di intervento autoritativo esercitato da

<sup>21</sup> Si tratta della Direttiva 77/780/CEE del 12 dicembre 1977, (denominata *Prima direttiva* e concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio) e Direttiva 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 (denominata *Seconda direttiva*, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE). Le direttive, dette anche "direttive comunitarie di coordinamento bancario", hanno costituito il quadro di riferimento di diverse altre direttive che hanno proceduto nell'armonizzazione delle normative per l'autorizzazione alla costituzione, l'operatività e la vigilanza degli enti creditizi nei Paesi membri e per promuovere la libera prestazione di servizi bancari transfrontalieri.

<sup>22</sup> Tutte le banche possono rendere tutti i servizi bancari e una volta autorizzate nel paese d'origine possono operare liberamente in tutti i paesi della Comunità europea: S. Amorosino, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., 67.

<sup>23</sup> Ciascuna banca pubblica viene scissa in due: una società per azioni chiamata ad esercitare il credito e raccogliere il risparmio e un ente conferente titolare della partecipazione azionaria (fondazione bancaria): G. Corso, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, 2016, 599.

<sup>24</sup> G. Minervini, M. Onado, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, cit., 114.

<sup>25</sup> L'art. 1, d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350, afferma la natura imprenditoriale dell'attività bancaria, riconosciuta successivamente anche dalla Cassazione (Cass., Sez. pen., 23 maggio 1987).

<sup>26</sup> Contenuta sostanzialmente nel d.lgs. n. 385/1993 (T.U.B.) e successive modifiche.

<sup>27</sup> La liberalizzazione consegna alla regolazione ed ai regolatori un campo vasto: è un'occasione – spesso sfruttata – per estendere ulteriormente tale campo a settori dove essa non dovrebbe giungere. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., 18.

autorità pubbliche nei confronti di operatori economici privati che svolgono attività in regime di libera concorrenza<sup>28</sup>.

Anche la regolazione nasce dall'esigenza di raggiungere finalità di interesse generale, così come la programmazione del secondo periodo, ma a differenza di quest'ultima si limita ad intervenire su dinamiche quasi-spontanee per correggere il mercato quando non sia in grado di garantire determinate finalità generali «inerenti» alle stesse attività economiche<sup>29</sup>.

A ben vedere si tratta quindi di regole e controlli che mirano a garantire un autonomo sviluppo del mercato (possiamo per questo definirla regolazione economica o in senso debole<sup>30</sup>): dunque pro-concorrenziali, neutrali, non finalistici e condizionali, nel duplice senso di “condizionanti” la sola condotta dei privati – che rimangono liberi di scegliere il fine per il quale agire – e di “condizionati” al fallimento del mercato<sup>32</sup>.

Diverso è il caso in cui vengano in rilievo interessi pubblici di carattere sociale che non sarebbero soddisfatti dai privati – nella stessa misura o alle stesse condizioni – ove questi seguissero il proprio interesse commerciale<sup>33</sup>. Ciò si è verificato ad esempio per quei settori le cui attività sono state da sempre considerate “servizi pubblici” ed erogate direttamente dallo Stato o da privati tramite concessioni: all'apertura del mercato è seguito l'assoggettamento degli operatori privati a vincoli stringenti al fine di assicurare che prestazioni per loro non remunerative – o comunque il cui costo sarebbe

<sup>28</sup> S. Amorosino, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche dal mercato “chiuso” alla Regulation unica europea*, cit., 403.

<sup>29</sup> P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 118. Vi è quindi una «priorità logico-concettuale della concorrenza rispetto alla regolazione. Quest'ultima dovrebbe essere applicata in via residuale, solo nei casi in cui risulti inadeguata ed inefficiente l'applicazione della prima». G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, 82.

<sup>30</sup> Questo tipo di regolazione viene definita “debole” per la scarsa incidenza sul mercato e sull'ambito teleologico dell'attività dei privati. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 112.

<sup>31</sup> Lo scopo di questo tipo di regolazione è il raggiungimento della funzionalità del settore, attraverso la convivenza della regola della concorrenza con altri valori e principi che attengono al mercato considerato. *Ivi*, 111.

<sup>32</sup> Al netto degli interventi attuati in risposta alla crisi di cui abbiamo detto in precedenza, con riferimento ai quali è stato comunque escluso l'intento programmatico.

<sup>33</sup> Secondo le regole comunitarie le autorità nazionali, anche nei mercati oggetto di disciplina comunitaria, devono da un lato valutare la meritevolezza del bisogno collettivo e dall'altro l'inadeguatezza del meccanismo concorrenziale a soddisfarlo. A volte le norme comunitarie sono più vincolanti, a volte meno. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 216.

stato proibitivo per gli utenti – venissero comunque garantite in quanto essenziali per la collettività. Altre volte, come sembra essere accaduto recentemente nel settore creditizio, alcuni bisogni sociali sono stati elevati ad interessi generali perché divenuti fondamentali per una determinata società in relazione ad un dato periodo storico<sup>34</sup>. In questi casi la regolazione pubblica può assumere un carattere più incisivo, fino a privare le imprese di ampi spazi della propria autonomia imprenditoriale.

È quindi il caso di andare a vedere quali interessi possano aver giustificato nuovamente lo sviluppo di una disciplina pubblicistica dell'attività creditizia.

### 3. Nuovi obiettivi di interesse generale per il settore bancario

L'ultima indagine della Banca d'Italia sui bilanci delle famiglie italiane ha indicato che la percentuale di famiglie che nell'anno 2014 non possedeva un conto corrente bancario o postale né un libretto di deposito era del 6,9%<sup>35</sup>. Nello stesso anno la Banca mondiale stimava che il 13% della popolazione italiana over 15 non disponesse di un conto corrente bancario<sup>36</sup>, mentre solo due anni prima la percentuale era addirittura del 29%, ossia superiore a quella di tutti gli altri paesi dell'Europa dei 27<sup>37</sup>.

I motivi dell'esclusione di alcuni soggetti dal sistema bancario possono essere diversi: si va dalla mancanza di informazioni sui vantaggi del poter disporre di un conto bancario<sup>38</sup>, all'assenza dei requisiti indicati dalle banche

<sup>34</sup> I bisogni dei cittadini non sono immutabili ma variano in funzione dell'evoluzione della tecnologia, della cultura e delle necessità della società. L. Ceraso, *I servizi di interesse generale e la concorrenza «limitata». Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, Jovene, 2010, 30. Di conseguenza, i pubblici poteri devono farsi carico del loro soddisfacimento. F. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., 535.

<sup>35</sup> Si trattava di una percentuale superiore rispetto a quella di altri Paesi dell'Unione europea (come Germania, Francia, Spagna e Regno Unito) e che verosimilmente presentava una sottostima della popolazione italiana non residente. Banca d'Italia, *I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2014*, 3 dicembre 2015, 14.

<sup>36</sup> *The Global Findex Database 2014 Measuring Financial Inclusion around the World, World Bank Policy Research Working Paper 7255*, disponibile all'indirizzo <http://documents.worldbank.org/curated/en/187761468179367706/pdf/WPS7255.pdf#page=3>.

<sup>37</sup> Il dato è messo in luce dalla Commissione europea nel Factsheet "Access to payment accounts" disponibile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/info/system/files/factsheet-3-06052013\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/system/files/factsheet-3-06052013_en.pdf).

<sup>38</sup> In Italia la mancanza di informazioni sembra essere l'ostacolo più rilevante.



per l'apertura di un conto corrente o ancora all'impossibilità di sostenere le spese di gestione per quest'ultimo<sup>39</sup>.

Ma in che modo l'ampia diffusione di uno strumento quale il conto corrente bancario può essere elevato ad interesse della collettività?

La dottrina economica considera l'accesso diffuso ai servizi bancari e finanziari come un fattore in grado di determinare lo sviluppo e la crescita dei Paesi nel mercato globale<sup>40</sup>. La lotta all'esclusione finanziaria<sup>41</sup> – intesa quale promozione dell'accesso delle fasce più povere della popolazione ai moderni sistemi di pagamento e ai servizi finanziari basilari – ha assunto perciò un'importanza vitale per i Paesi in via di sviluppo e per quelli emergenti<sup>42</sup>. Nondimeno, essa risulta rilevante anche per quei Paesi ad alto reddito pro capite<sup>43</sup>.

L'ingresso dei meno abbienti e dei c.d. *unbanked* nel sistema finanziario<sup>44</sup>, infatti, non solo sembra avere un impatto positivo diretto sul benesse-

<sup>39</sup> Per calcolare i costi del conto corrente si fa riferimento a un indicatore sintetico di costo (ISC), che comprende tutte le spese e le commissioni che addebitate al cliente-tipo nel corso dell'anno, al netto degli interessi e delle commissioni su eventuali scoperti di conto corrente e degli oneri fiscali.

<sup>40</sup> R.G. King, R. Levine, *Finance, Entrepreneurship and Growth* in *Journal of Monetary Economics*, 32:513 (1993); R. Levine, S. Zervous, *Stock markets, Banks and Economic Growth*, in *Am. Ec. Review*, vol. 88, 537 (1998); R. Rajian, L. Zingales, *Financial Dependence and Growth*, in *Am. Ec. Review*, vol. 88, 559 (1998).

<sup>41</sup> Di esclusione finanziaria parlano per primi i geografi Leyshon e Thrift (1995) per evidenziarne gli effetti di amplificazione delle disuguaglianze economiche tra i diversi Paesi. A. Leyshon, N. Thrift, *Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, vol. 20, No. 3, 1995, 312-341.

<sup>42</sup> Nei Paesi in via di sviluppo o emergenti, dove permangono sacche di arretratezza economica e infrastrutturale, a numerosi soggetti che rappresentano una parte rilevante del tessuto economico – contadini, artigiani, piccoli commercianti – è precluso l'accesso a strumenti finanziari elementari quali i servizi di deposito, pagamento e riscossione, nonché l'accesso al credito, stante anche l'impossibilità di organizzare un'adeguata rete territoriale per l'offerta di questi servizi. Ne deriva un grave pregiudizio per l'ampliamento del mercato di sbocco e la modernizzazione del tessuto produttivo e sociale. Così V. Meli, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2014, 59.

<sup>43</sup> Si veda G. Gomel, F. Bernasconi, M.L. Cartechini, V. Fucile, R. Settimo, R. Staiano, *Inclusione finanziaria. Le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, Roma, luglio 2011, disponibile all'indirizzo [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2011-0096/QEF\\_96.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2011-0096/QEF_96.pdf).

<sup>44</sup> M. Arnone precisa che «l'esclusione finanziaria non fa riferimento esclusivamente ai soggetti "unbanked" ma anche agli individui e categorie sociali che utilizzano limitatamente dei servizi finanziari di base o non adeguatamente rispetto ai propri bisogni. Pertanto l'esclusione finanziaria riguarda problemi non solo di accesso ma anche di utilizzo di servizi

re di questi soggetti, ma migliora e stabilizza il sistema finanziario stesso<sup>45</sup>, stimolando la crescita economica e riducendo le disuguaglianze che caratterizzano le economie avanzate<sup>46</sup>. Questo accade perché i flussi di denaro degli individui più poveri, seppur modesti, hanno un carattere irregolare ed imprevedibile: indirizzarli verso canali formali significa consentire un'allocazione delle risorse finanziarie efficiente ed efficace<sup>47</sup>. Un sistema finanziario più stabile contribuisce ad accrescere il reddito personale<sup>48</sup>, riducendo la povertà<sup>49</sup>, e ad aumentare i consumi, favorendo lo sviluppo economico.

Il fenomeno ha acquisito poi una nuova dimensione nell'ambito dell'Unione europea, per via dell'eliminazione delle frontiere interne e della libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi. In questo contesto, i cittadini dell'Ue cui è precluso l'accesso ad un conto corrente non possono beneficiare dei vantaggi offerti dal mercato interno: diversamente da chi ha accesso a un mezzo di pagamento elettronico, essi non potranno acquistare prodotti e servizi a prezzi competitivi su Internet o negli altri paesi UE<sup>50</sup>; saranno soggetti a maggiori costi per un uso occasionale di servizi bancari; non potranno inoltre disporre di un conto per l'accredito dello stipendio o

finanziari di base». M. Arnone, *Il microcredito strumento per combattere l'esclusione finanziaria in Italia: quali differenze a livello regionale e locale*, 10. Paper disponibile all'indirizzo [https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/173526/288921/ARNONE4%20\(2\).pdf](https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/173526/288921/ARNONE4%20(2).pdf).

<sup>45</sup> *Ivi*, 16 ss. La disuguaglianza pregiudica la crescita di un Paese nella misura in cui rallenta l'accumulazione di capitale umano e scoraggia le scelte occupazionali più innovative. Si vedano A.V. Banerjee, A.F. Newman, *Occupational Choice and the Process of Development*, in *The Journal of Political Economy*, Vol. 101, n. 2, aprile, 1993, 274-298; O. Galor, J. Zeira, *Income Distribution and Macroeconomics*, in *The Review of Economic Studies*, Vol. 60, n. 1, gennaio, 1993, 35-52.

<sup>46</sup> Le economie avanzate sono caratterizzate da livelli di disuguaglianza crescenti e da bassi tassi di crescita. G. Gomel, F.M.L. Cartechini, V. Fucile, R. Settimo, R. Staiano, *Inclusione finanziaria. Le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, cit., 18.

<sup>47</sup> I soggetti esclusi dal sistema finanziario tendono a fare ricorso a canali informali di servizi finanziari che, a fronte di una elevata flessibilità, presentano notevoli rischi di affidabilità e sicurezza. Sul tema S. Rutherford, S. Arora, *The Poor and Their Money: Microfinance from a TwentyFirst Century Consumer's Perspective*, Oxford, Oxford Policy Management, 2009.

<sup>48</sup> D. Collins, J. Morduch, S. Rutherford, e O. Ruthven, *Portfolios of the Poor: How the Worlds Poor Live on Less than \$2 a Day*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

<sup>49</sup> Il grado di sviluppo finanziario favorisce in misura più che proporzionale la crescita dei redditi del quintile più basso della popolazione e riduce il numero di persone che vivono sotto la soglia di sussistenza. T. Beck, A. Demirgüç-Kunt, R. Levine, *Finance, inequality and the poor*, in *Journal of Economic Growth*, Vol. 12, n. 1, 2007, 27-49. Per comprendere meglio come l'accesso ai servizi finanziari possa ridurre la povertà si rimanda P. Honohan, *Financial sector policy and the poor: Selected findings and issues*, in *World Bank Working Paper*, Issue 43, World Bank, 2004.

<sup>50</sup> Anche il fornitore perderà occasioni di vendita.

dei corrispettivi per le proprie prestazioni di servizi, o ancora per l'addebito delle utenze domestiche o del canone di locazione<sup>51</sup>.

Essere titolare di un conto corrente (quale specie di conto di pagamento<sup>52</sup>) sembra perciò essere al giorno d'oggi un presupposto indispensabile per partecipare pienamente alla vita economica del proprio Paese e, in misura maggiore, a quella del mercato unico europeo<sup>53</sup>.

Si tratta in ultima analisi di finalità economico-sociali tese ad aumentare il benessere della collettività: per un verso l'inclusione finanziaria è funzionale al perseguimento di obiettivi sociali quali l'inclusione sociale e la riduzione della povertà; per altro verso, sarebbe in gioco il corretto funzionamento del mercato unico, essenziale per la crescita economica dell'Unione europea e dei Paesi che ne fanno parte<sup>54</sup>.

Dal momento che un interesse collettivo diventa pubblico (o per utilizzare un termine tipico dell'ordinamento comunitario "generale") quando le autorità pubbliche lo codificano in una norma o in una politica o in una misura<sup>55</sup>, sposteremo la nostra analisi sugli interventi che si sono succeduti in tema di "Conto corrente di base" per comprendere di volta in volta quali

<sup>51</sup> Chi si reca oltre frontiera temporaneamente per ragioni di studio o di lavoro, peraltro, deve confrontarsi spesso con il rifiuto di una richiesta di apertura di un conto in quanto non residente nel paese ospitante. Cfr. Commissione europea, *Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento Raccomandazione della Commissione sull'accesso a un conto di pagamento di base*, Bruxelles, 18/07/2011, 2.

<sup>52</sup> Per conto di pagamento, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2014/92/Ue, si intende un conto detenuto in nome di uno o più consumatori usato per l'esecuzione di operazioni di pagamento, ossia per depositare, trasferire o ritirare fondi. Differentemente dal conto corrente, il conto di pagamento non è pensato per la gestione del risparmio. Il conto di pagamento offerto da banche o dalle Poste Italiane S.p.a. può assumere anche la forma tecnica e contrattuale del conto corrente bancario ovvero del conto corrente postale, dal momento che entrambi possono essere utilizzati per l'esecuzione e il regolamento di operazioni di pagamento e la fruizione in generale di servizi di pagamento. S. Mezzacapo, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la "payment accounts directive"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, 808.

<sup>53</sup> G. Gornall, F. Bernasconi, M.L. Cartechini, V. Fucile, R. Settimo, R. Staiano, *Inclusione finanziaria. Le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, cit., 15. Non a caso l'escluso viene considerato un individuo che ha un accesso limitato a quei servizi e prodotti finanziari necessari per condurre la normale vita quotidiana. E. Kempson, C. Whyley, *Kept Out or Opted Out? Understanding and Combating Financial Exclusion*, Bristol, Policy Press, 1999; E. Kempson, C. Whyley, *Understanding and Combating Financial Exclusion*, in *Insurance Trends*, 21, 1999, 18-22.

<sup>54</sup> Tali obiettivi di interesse generale ricordano i fini per cui agiva lo Stato sociale: «Lo Stato (sociale) opera al fine sia dell'incremento produttivo, sia della migliore distribuzione». V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 195.

<sup>55</sup> G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, 177. Il perimetro dei servizi di interesse generale deriva da un giudizio di valore sostenuto da un punto

interessi siano stati considerati meritevoli di tutela e in che modo si sia provveduto al loro soddisfacimento.

#### **4. La Banca d'Italia e la tutela del consumatore. Il Conto corrente semplice**

Nel 2009 la Banca d'Italia, nell'ambito della sua attività a tutela del consumatore di servizi bancari-finanziari<sup>56</sup>, ha introdotto la possibilità per le banche di offrire un conto di pagamento con caratteristiche definite dalla stessa (d'intesa con la Consob<sup>57</sup>) – a pena di nullità –, denominato Conto corrente semplice (Ccs)<sup>58</sup> e destinato ad una clientela di

di vista politico e sempre mutevole. Così L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 30.

<sup>56</sup> Vi è un rapporto sinergico tra le tradizionali finalità di tipo prudenziale della vigilanza e la tutela della clientela, in quanto costituiscono entrambe obiettivi, pariordinati, dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia.

<sup>57</sup> La competenza della Consob è stata poi esclusa con l'eliminazione dalla normativa del riferimento ai Titoli.

<sup>58</sup> Il 18 marzo 2009 la Banca d'Italia metteva in consultazione un documento con il quale chiedeva alle banche e alle associazioni di consumatori di esprimere il proprio giudizio circa la messa a disposizione della clientela da parte delle banche di un "conto corrente semplice" con caratteristiche standardizzate e contenuto minimo predeterminato dalla stessa Autorità. La consultazione aveva esiti positivi, nonostante l'ABI avesse precisato che un'organizzazione da essa stessa promossa, il consorzio Patti Chiari, offrisse un servizio analogo, denominato conto corrente «di base», che aveva riscosso uno scarso successo nel mercato. Tale strumento, in particolare, era caratterizzato dalla libertà di tariffazione, dalla garanzia di un servizio minimo alla clientela e dal divieto di includere altri servizi e di intrattenere altri rapporti presso la stessa banca (A. Mirone, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto, in banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 557). Faceva seguito la decisione della Banca d'Italia di attribuire agli intermediari la facoltà di offrire un prodotto – denominato «Conto corrente semplice» – sulla base del potere regolamentare previsto alla sezione III, par. 4, delle «Disposizioni in materia di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», emanate il 29 luglio 2009 sulla base dell'art. 117, ottavo comma, TUB. È disposto, infatti, che la Banca d'Italia possa prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato, con la conseguenza che i contratti difformi sono considerati nulli, ferma restando la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia. La norma si trova nel titolo VI dedicato alla «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» e chiude una disposizione rubricata «Contratti», che prescrive forme e contenuti minimi obbligatori dei contratti stipulati da una banca o da un intermediario finanziario, prevedendo la sostituzione automatica di eventuali clausole contrattuali difformi. Nel 2010 ha subito una modifica che

## il servizio universale bancario

base<sup>59</sup>. A fronte di un canone fisso annuale<sup>60</sup>, stabilito liberamente dalla banca insieme al tasso di interesse creditore<sup>61</sup>, il cliente poteva usufruire di un numero determinato di operazioni e di servizi stabiliti dalla Banca d'Italia sulla base di un accordo tra l'ABI e la maggioranza delle Associazioni facenti parte del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti CNCU<sup>62</sup>. In tale Accordo<sup>63</sup> il conto corrente semplice veniva presentato come un prodotto destinato a tutti i consumatori ma efficace soprattutto come strumento per favorire l'accesso ai servizi bancari anche dei soggetti più deboli, quali ad esempio i protestati, gli immigrati, i soggetti senza storia creditizia, al fine di promuovere l'inclusione sociale attraverso quella finanziaria.

I vincoli assumevano quindi natura condizionale: la banca era libera di

ne ha ristretto la portata ai contratti, escludendo i titoli. V. Meli ha evidenziato che si tratta di una norma piuttosto controversa che è stata ridimensionata dalla dottrina che l'ha interpretata nel senso di consentire alla Banca d'Italia di prescrivere che a determinati *nomina* contrattuali corrispondano i contenuti minimi individuati dalla stessa (escludendo invece che un'autorità amministrativa nell'esercizio di un potere regolamentare possa imporre l'adozione di determinate categorie di contratti ai privati comprimendone l'autonomia). Era inteso dunque come un potere connotativo e non di tipizzazione: gli operatori rimanevano liberi di adottare o meno quelle tipologie contrattuali ma se si discostavano dal quel contenuto dovevano utilizzare denominazioni differenti. V. Meli, *Il conto corrente di base*, cit., 65. Quanto al dibattito dottrinale si vedano L. De Angelis, *Art. 117. Contratti*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al T.u. in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, 1687 ss.; A. Mirone, *Commento all'art. 117 t.u.b.*, in C. Costa, *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, 1321 ss. In un secondo momento, invece, alla luce della disciplina del nuovo conto corrente di base è stata data una lettura estensiva dell'art. 117, comma 8, come potere regolamentare generale. G. De Nova, *La trasparenza bancaria: lex generalis o lex specialis?*, *Banking contracts and transparency regulation*, in *Bancaria*, 2014, 61.

<sup>59</sup> L'offerta poteva includere due versioni: online o con operazioni allo sportello.

<sup>60</sup> Nessuna altra spesa, onere o commissione poteva essere addebitata dalla banca al cliente in relazione al conto, neppure quella relativa all'onere di informativa almeno trimestrale.

<sup>61</sup> Coincidente con l'Isc.

Dal momento che la determinazione del canone annuo e del tasso di interesse creditore era affidata alle banche, nell'accordo era auspicato che esse applicassero condizioni di particolare favore, valutando ad esempio la possibilità di offrire un canone bloccato per un determinato periodo di tempo. Si veda sul punto V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit., 451.

<sup>62</sup> Qualora il cliente avesse effettuato in corso d'anno un numero di operazioni superiori rispetto a quelle incluse nell'Accordo, la banca era libera di chiedere il pagamento di ulteriori compensi purché la tariffazione per le operazioni aggiuntive rimanesse accessibile per i consumatori con esigenze di base, ossia sia in linea con la finalità di inclusione finanziaria del servizio.

<sup>63</sup> Sottoscritto il 28 ottobre 2009 dall'Associazione bancaria italiana (ABI) e le Associazioni consumatori.

scegliere se agire per il perseguimento di obiettivi di inclusione finanziaria; l'obbligo di conformarsi alle regole sorgeva solo in seguito alla decisione volontaria di inserire nella propria offerta commerciale il prodotto in questione. Se questo avveniva, veniva meno la possibilità di negoziare le condizioni del contratto. La compressione della libertà contrattuale rientrava tutto sommato nei doveri di trasparenza delle banche, che si concretizzavano nell'impegno di fornire un corretto scambio di informazioni in sede contrattuale in funzione dell'efficienza del mercato stesso<sup>64</sup>.

Tuttavia, nella libertà imprenditoriale di scelta dei fini della propria azione erano insiti i limiti di tale approccio: solo un numero molto ristretto di banche offriva il Conto corrente semplice, per ragioni di scarsa remuneratività del prodotto, che era comunque scarsamente pubblicizzato – per cui non arrivava agli *unbanked* – ed inadatto ad attrarre i clienti abituali delle banche per via di un'operatività limitata.

Un paio di anni dopo il decreto “Salva Italia” è quindi intervenuto prevedendo non più la facoltà bensì l'obbligo per le banche e gli altri istituti di credito di garantire l'offerta di un conto corrente di base che rispondesse in misura specifica ai bisogni di talune fasce svantaggiate della popolazione (verosimilmente *unbanked*) per le quali possedere un conto corrente diveniva, in seguito alle nuove disposizioni, una indefettibile necessità<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Una delle finalità principali della regolazione in senso debole con finalità sociale è quella di colmare le differenze di informazioni sul contenuto e sulle condizioni dei contratti aventi ad oggetto le rispettive prestazioni tra i soggetti che offrono un servizio e quelli che lo acquistano. Assicurando il consapevole svolgimento delle condotte e delle trattative si costituiscono le condizioni fondamentali per il pieno dispiegarsi della libertà di agire secondo le regole della razionalità economica. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 166. Si veda anche S. Cassese secondo cui le norme in tema di pubblicità appartengono alla famiglia della normativa generale sulla concorrenza e sul rispetto delle regole del mercato. L'autorità pubblica, infatti, pone regole a garanzia dei contraenti e a tutela della parità dei concorrenti, mentre non ha il compito di indirizzare, correggere, ordinare. S. Cassese, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, cit., 58-59.

<sup>65</sup> Il 17 giugno 2013 la Banca d'Italia conveniva che «Il “conto di base” ha caratteristiche molto simili a quelle del “conto corrente semplice” e assolve alla medesima funzione». Provvedeva quindi a sostituire la disciplina del secondo con quella del primo nelle Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti (provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, e successive modificazioni) e ad effettuare il necessario coordinamento con il resto delle Disposizioni. In particolare, il paragrafo 4 della sezione III: a) tipizza il “conto di base” ai sensi dell'art. 117, c. 8, (d'intesa con la Consob) prevedendo che gli intermediari non possano denominare “conto di base” prodotti che abbiano caratteristiche diverse da quelle indicate nella convenzione; b) fornisce indicazioni per il calcolo dell'indicatore sintetico di costo (Isc), riprendendo quelle già previste per il “conto corrente semplice”. Inoltre, per assicurare che i

## 5. Il conto corrente di base nel decreto “Salva Italia”

Il decreto n. 201/2011, c.d. “Salva Italia”<sup>66</sup>, conv. con l. n. 214/2011, ha dettato disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici. L’art. 12, in particolare, ha imposto alle pubbliche amministrazioni centrali e locali e ai loro enti l’utilizzo di strumenti telematici per le operazioni di pagamento superiori all’importo di mille euro. Gli stipendi, le pensioni e i compensi ai prestatori d’opera corrisposti in via continuativa dalla p.a. – e ogni altro tipo di emolumento a chiunque destinato – devono essere erogati mediante l’utilizzo di strumenti di pagamento elettronici bancari o postali, comprese le carte prepagate. La *ratio* della norma va ricercata nel contrasto all’uso del denaro contante e nella riduzione dei costi finanziari e amministrativi di gestione dello stesso, nonché nella volontà di incrementare la tracciabilità della circolazione della ricchezza ai fini di un maggior controllo sull’evasione fiscale<sup>67</sup>.

A tal fine le banche sono obbligate ad assicurare l’offerta di un conto corrente di base, le cui caratteristiche sono state definite da una convenzione tra il MEF, la Banca d’Italia, l’ABI, le Poste italiane S.p.a. e l’Associazione ita-

consumatori vengano a conoscenza dell’esistenza di questa tipologia di conto, viene previsto che gli intermediari ne facciano menzione nei fogli informativi dei conti correnti offerti a consumatori con esigenze di base (cfr. sezione II, paragrafo 3) e che prospettino sempre questo conto alla clientela potenzialmente interessata (senza pregiudicare la possibilità di prospettare anche altri prodotti dell’intermediario che risultino adeguati per queste fasce di consumatori). [https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2013/trasparenza-rapporti/allegato\\_2\\_all\\_appunto-provvedimento.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2013/trasparenza-rapporti/allegato_2_all_appunto-provvedimento.pdf).

<sup>66</sup> Sul decreto “Salva Italia” vedano i commenti di G. Napolitano, M. De Benedetto, F. Di Lascio, A. Tonetti, M. Arsi, R. Romei, G. Vesperini, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 229 ss.

<sup>67</sup> Quest’ultimo aspetto è messo in luce da V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit.

La disposizione si affianca a quelle dell’art. 2 d.l. 138/11 che obbligano i beneficiari dei pagamenti pensionistici erogati dall’INPS ad indicare il conto corrente sul quale ricevere i pagamenti superiori a 1.000 euro (pena la sospensione del pagamento con versamento su un conto transitorio infruttifero fino alla restituzione delle somme all’ente erogatore e successivo pagamento al beneficiario mediante assegno di traenza). Si vedano R. Camporeale, C. Ottaneli, *Tracciabilità dei pagamenti e contrasto all’uso del contante: cosa cambia con l’art. 12 del D.L. 201 nei pagamenti della p.a.*, in *Azienditalia*, 2012, 21; S. Capolupo, *Le restrizioni per i pagamenti in contanti*, in *Corriere tributario*, 2011, fasc. 37, 3063-3070. L’uso del contante per importi pari o superiori ai tremila euro è vietato per effetto della norma generale contenuta all’art. 49, c. 1, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 come modificato dal d.l. n. 90/2017. (tranne che non avvenga per tramite di prestatori di servizi di pagamento). Si veda M. Krogh, *Le nuove limitazioni all’uso del contante e dei titoli al portatore introdotte dal d.lgs. 231 del 2007 e la tracciabilità dei pagamenti*, in *Studi e materiali*, 2008, fasc. 2, 681-692.

liana istituti di pagamento e di moneta elettronica (AIMP), firmata il 28 marzo 2012<sup>68</sup>, nel rispetto di alcuni criteri: a) inclusione nell'offerta di un numero adeguato di servizi ed operazioni, compresa la disponibilità di una carta di debito; b) struttura dei costi semplice, trasparente, facilmente comparabile; c) livello dei costi coerente con finalità di inclusione finanziaria e conforme a quanto stabilito dalla sezione IV della Raccomandazione della Commissione europea del 18 luglio 2011 sull'accesso al conto corrente di base; d) offerta gratuita per fasce socialmente svantaggiate di clientela.

La Convenzione ha così fissato un numero di operazioni annue (Allegato A) comprese in un canone annuale fisso (inclusi i canali alternativi quali l'internet banking, l'ATM e l'ATM evoluto)<sup>69</sup> stabilito dai prestatori di servizi di pagamento nel rispetto dei principi di ragionevolezza e coerenza con la finalità di inclusione finanziaria<sup>70</sup>.

Quanto ai potenziali fruitori del CCB, chiunque può chiederne l'apertura (anche se titolare di un altro conto corrente). La Convenzione indica però due categorie di soggetti, identificate sulla base di coloro che percepiscono trattamenti pensionistici minimi, pensioni sociali o assegni a sostegno del reddito, che possono beneficiarne a condizioni agevolate: le fasce socialmente svantaggiate e i soggetti aventi diritto a trattamenti pensionistici fino a 1.500 euro mensili. Le prime comprendono gli individui che hanno un

<sup>68</sup> [http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti\\_it/news/news/conv\\_conto\\_di\\_base.pdf](http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/news/news/conv_conto_di_base.pdf).

Con la Convenzione è istituito l'Osservatorio permanente sui conti di base presso il Mef, con il compito di dipanare i dubbi interpretativi sulla Convenzione e redigere una relazione annuale sulla diffusione dello strumento con l'indicazione del numero totale dei conti aperti, sulle richieste di apertura rifiutate, sui recessi, sulle spese correlate ai conti e sui ricorsi giudiziari. I rapporti, però, non sono stati resi pubblici. La composizione dell'Osservatorio prevedeva due rappresentanti del MEF, due rappresentanti della Banca d'Italia, un rappresentante di poste italiane S.p.a., un rappresentante dell'AIMP e un rappresentante delle associazioni dei consumatori iscritte all'Albo del Ministero dello sviluppo economico, designato dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU). Tenuto anche conto dell'attuale normativa di riferimento e ritenuti raggiunti gli scopi per i quali è stato istituito, esso ha cessato di esercitare le funzioni per le quali era stato istituito su decisione delle parti firmatarie della Convenzione in data 18 febbraio 2018.

<sup>69</sup> Non è consentito al prestatore fornire nell'ambito del conto base servizi diversi da quelli indicati dalla Convenzione ed in special modo autorizzare lo scoperto o l'esecuzione di operazioni di pagamento che comportano un saldo negativo sul conto.

<sup>70</sup> Nessuna spesa ulteriore può poi essere addebitata al cliente titolare del conto per il numero annuo di operazioni stabilite. Anche qualora il titolare del conto chiedesse operazioni aggiuntive o in numero superiore – le quali non possono comunque essere imposte dal prestatore di servizi di pagamento –, queste dovrebbero avere un costo non superiore a quello previsto per i conti correnti offerti a consumatori con esigenze di base.



ISEE in corso di validità inferiore a 7.500 lordi, i quali possono usufruire di un CCB a zero spese ed esente dall'imposta di bollo<sup>71</sup>. I soggetti appartenenti alla seconda categoria, ovvero aventi diritto a trattamenti pensionistici fino a 1.500 euro mensili netti, possono invece scegliere tra due opzioni: a) l'apertura di un conto di base gratuito solo per la tipologia di servizi e il numero di operazioni indicate nell'allegato B al decreto "Salva Italia"; b) l'apertura di un conto totalmente gratuito ma che consenta solo la tipologia di servizi e il numero di operazioni superiori a quelli dello stesso allegato.

Le nuove misure incidono perciò sull'autonomia delle imprese bancarie, facendo sorgere in capo ad esse un vero e proprio obbligo a stipulare un contratto a contenuto tipizzato<sup>72</sup>. Gli oneri sono particolarmente gravosi nel caso in cui a fare richiesta sia un lavoratore o un pensionato che deve munirsi di un conto corrente per ricevere stipendi, pensioni o compensi dalla p.a. superiori all'importo di mille euro (l'interesse alla prestazione non viene ancora definito «diritto», ma può essere fatto corrispondere ad un «diritto alla conclusione del contratto»)<sup>73</sup>. In questo caso, infatti, è previsto *ex lege* che non vi sia alcun corrispettivo per le prestazioni erogate. L'intervento può essere pertanto interpretato come un primo, ancorché incompleto

<sup>71</sup> Fatta salva la possibilità di addebitare le spese per le operazioni eccedenti i limiti di cui all'allegato A (art. 6 della Convenzione).

Come rileva V. Meli, si tratta di una categoria indiscutibilmente svantaggiata in quanto già il godimento di una modesta pensione porta un soggetto che viva da solo e che non paghi alcun canone di locazione a superare tale limite. V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit., 454.

<sup>72</sup> La facoltà se contrarre o meno e la libera scelta del contraente è ricondotta alla libertà contrattuale, ma può essere esclusa quando sussistano obblighi di contrarre con fonte legale o negoziale. Si veda sul tema da ultimo A. Ferrari Zumbini, *La regolazione amministrativa del contratto*, Torino, Giappichelli, 2017, 165. Nel Codice civile sono indicati due casi di obbligo a contrarre: l'obbligo di contrattare in caso di monopolio, previsto dall'art. 2597 c.c., e quello di accettare le richieste di trasporto, introdotto dall'articolo 1679 c.c. Altri casi sono previsti dalle discipline speciali. Il tema dell'"obbligo a contrarre" è al centro di molte opere di dottrina civilistica. Si vedano, *ex multis*, M. Libertini, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, IV, Padova, Cedam, 1981, 271 ss.; L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre ed il mercato*, Padova, Cedam, 1989; M. Bianca, *Diritto civile*, III. *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1997, 185 ss.; S. Morandi, *Gli obblighi legali di contrarre*, in P. Cendon (a cura di), *I contratti in generale – Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, Utet, 2000, II, 119 ss.; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, Treccani, 2008; P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, Utet, 2010, I, 511 ss.

<sup>73</sup> Ad un sistema di libera contrattazione tra chi offre un servizio e chi lo chiede, viene sovrapposto un sistema di relazioni che si traduce in fasci di rapporti giuridici obbligatori. Le parti vengono private del potere di trattare sull'oggetto dei rapporti; tale tipo di regolazione smorza perciò gli effetti allocativi prodotti dal meccanismo concorrenziale. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 139.

(per i motivi che vedremo più avanti), tentativo del legislatore di dar vita ad una regolazione pubblicistica del settore bancario che comporti l'assoggettamento della libertà imprenditoriale a fini generali quali la riduzione della circolazione del contante e della spesa pubblica, da realizzarsi attraverso l'incremento dell'efficienza degli strumenti di pagamento.

Il richiamo all'obiettivo dell'inclusione finanziaria per la determinazione dei costi per i servizi bancari di base da parte dei prestatori di servizi, con l'individuazione delle situazioni di disagio in presenza delle quali gli stessi servizi devono essere assicurati senza alcuna spesa, si deve invece con tutta probabilità alla sollecitazione proveniente dalla Commissione europea che nello stesso anno aveva adottato la Raccomandazione sull'accesso al conto di base, richiamata espressamente nel decreto. L'Unione europea, infatti, negli anni immediatamente precedenti – parallelamente alla politica di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio<sup>74</sup> – si era occupata di promuovere l'accesso degli *unbanked* nel sistema finanziario e bancario attraverso una serie di azioni volte a definire una politica europea di *financial inclusion*, che sarà esaminata nel prossimo paragrafo.

## **6. La politica europea di *financial inclusion* e la Raccomandazione sull'accesso ad un conto di pagamento di base**

Il tema della *financial inclusion* ha fatto ufficialmente ingresso fra le politiche europee con il documento *Initiatives in the area of retail financial services*<sup>75</sup>, che accompagna la *Single Market Review*<sup>76</sup> del 2007. Nell'ambito delle prospettive di maggiore integrazione e più apertura del mercato unico, i servizi finanziari al dettaglio erano ricompresi fra quei settori per i quali l'Unione europea si prefissava di incrementare l'educazione e la responsabilizzazione dei consumatori al fine di consentire agli stessi di trarre pienamente profitto

<sup>74</sup> Si vedano la direttiva 2005/60/Ce e la direttiva 2006/70/Ce.

<sup>75</sup> *Initiative in The Area of Retail Financial Services (document accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A single market for 21st century Europe*, Bruxelles, 20.11.2007 COM(2007) 724 final, Commission staff working document, Bruxelles, 20.11.2007, SEC(2007) 1520.

<sup>76</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A single market for 21st century Europe*, Bruxelles, 20.11.2007 COM(2007) 724 final. Nello stesso anno con un Libro verde la Commissione europea si impegna a rimuovere le barriere ai servizi finanziari al dettaglio (Commissione europea, *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio*, 30 aprile 2007, COM(2007) 226 def).

dalle opportunità del mercato unico. Il fatto che in molti Stati membri non vi fosse alcuna garanzia di accesso ad un conto corrente di base veniva percepito come una causa di mancato utilizzo dei servizi finanziari e come un importante fattore di esclusione sociale e, dunque, un ostacolo alla piena integrazione dei cittadini nella società europea. Con questi documenti, perciò, si è voluto dar avvio ad un percorso comunitario<sup>77</sup> volto a far sì che in breve tempo a nessun cittadino europeo potesse più essere negato l'accesso ai servizi bancari di base. È seguito infatti uno studio nel 2008 sulla connessione tra esclusione finanziaria ed esclusione sociale<sup>78</sup>, una consultazione pubblica iniziata nel 2009 (e durata circa due anni) e la presentazione di un ulteriore studio sui costi e benefici dell'azione comunitaria nel campo dell'inclusione finanziaria<sup>79</sup>.

Il passo successivo è stata l'adozione nel 2011 della Raccomandazione della Commissione sull'accesso ad un conto di pagamento di base, richiamata nel decreto "Salva Italia" come atto cui far riferimento per una determinazione dei costi del conto di base in linea con le finalità di inclusione finanziaria. Lo scopo era quello di stabilire dei principi che regolassero l'accesso ai conti di pagamento di base «al fine di consentire ai consumatori di beneficiare di un minimo garantito di servizi di pagamento essenziali»<sup>80</sup> (gratuitamente o ad un prezzo ragionevole).

Date queste premesse, la Raccomandazione indicava i servizi minimi che un conto di base avrebbe dovuto includere<sup>81</sup> e lasciava agli Stati membri

<sup>77</sup> Sul percorso comunitario inteso a promuovere l'accesso di tutti i cittadini dell'Unione europea ai servizi di conto corrente bancario, fino alla proposta di direttiva, si veda V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit., 445 ss.

<sup>78</sup> DG Employment Social Affairs and Equal Opportunities, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion* (European Commission: Brussels, 2008), disponibile all'indirizzo [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=761&langId=en](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=761&langId=en).

<sup>79</sup> *Study on the costs and benefits of policy Actions in the field of ensuring access to a basic bank account – Final report*, Centre for strategy & Evaluation Services, July 2010, disponibile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/inclusion/abba\\_cses\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/inclusion/abba_cses_en.pdf).

<sup>80</sup> In particolare, viene considerato necessario che «tra i servizi intrinsecamente legati ai conti di pagamento di base siano compresi il deposito e il ritiro di denaro contante dal conto». È altresì auspicato «che tali conti consentano ai consumatori di usufruire di operazioni di pagamento essenziali, ad esempio l'accredito dello stipendio o di altre prestazioni, il pagamento di fatture o imposte e l'acquisto di beni e servizi, tra l'altro ricorrendo ad addebiti diretti e bonifici, oltre all'uso di una carta di pagamento» e «che tali servizi permettano di acquistare beni e servizi on line», se tecnicamente possibile. Ed ancora che tali conti «diano l'opportunità al consumatore di trasmettere ordini di pagamento avvalendosi delle funzioni di banca on line dei prestatori di servizi di pagamento», quando ciò possibile.

<sup>81</sup> Nello specifico: a) servizi che permettano di eseguire tutte le operazioni necessarie

il compito di garantire che i conti di pagamento fossero offerti gratuitamente o con una spesa ragionevole. Anche la definizione del principio di ragionevolezza era affidata agli stessi Stati, così come la scelta dei criteri sulla base dei quali compiere tale valutazione (a titolo esemplificativo venivano indicati quali possibili criteri: i livelli di reddito nazionali, la media delle commissioni applicate ai conti di pagamento in tale Stato membro, i costi complessivi di un conto di pagamento di base sopportati dal prestatore del servizio ed i prezzi al consumo nazionali).

Infine, gli Stati membri avrebbero dovuto adottare, entro i sei mesi successivi alla pubblicazione della Raccomandazione, tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione, comunicandole alla Commissione. Tuttavia, ad un anno dalla stessa<sup>82</sup>, la relazione della Commissione sulle misure e prassi nazionali in materia di accesso ai conti di pagamento di base – tesa a valutare in che misura gli Stati membri si fossero conformati ad essa – evidenziava che, data la natura non vincolante delle disposizioni, solo alcuni Stati membri si erano effettivamente allineati con i principi essenziali da esse stabiliti: in particolare, in undici stati membri non risultavano in vigore misure che disciplinassero il diritto di aprire un conto e le caratteristiche e le spese dello stesso; in altri si trattava di iniziative di autoregolamentazione che avevano effetto solo sulle banche che vi avevano aderito volontariamente. È seguita la decisione dell'Unione europea di procedere ad un'armonizzazione “forte” della disciplina sul conto di pagamento di base.

per l'apertura, la gestione e la chiusura di un conto di pagamento; b) servizi che consentano di versare denaro contante su un conto di pagamento; c) servizi che offrano la possibilità di ritirare denaro contante da un conto di pagamento; d) esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su e da un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento del consumatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento in relazione: i) all'esecuzione di addebiti diretti; ii) all'esecuzione di operazioni di pagamento tramite carta di pagamento che non consenta l'esecuzione di operazioni di pagamento per importi superiori al saldo corrente del conto di pagamento; iii) all'esecuzione di bonifici.

Suggerisce invece di escludere alcun tipo di scoperto di conto correlato al conto di pagamento di base ed evitare che il prestatore di servizi di pagamento del consumatore esegua ordini di pagamento che comporterebbero un saldo negativo del conto di pagamento di base del consumatore.

<sup>82</sup> Commissione europea, *National measures and practices as regards access to basic payment accounts Follow-up to the Recommendation of 18 July 2011 on access to a basic payment account*, Brussels, 22.8.2012 SWD(2012) 249 final, disponibile all'indirizzo [ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/inclusion/swd\\_2012\\_249\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/inclusion/swd_2012_249_en.pdf).

## 7. La direttiva PAD

L'esigenza di dare vigenza alle norme relative all'accesso al conto di pagamento di base e uniformità al quadro europeo di applicazione delle suddette, ribadita nell'Atto per il mercato unico II del 3 ottobre 2013<sup>83</sup>, ha quindi richiesto l'adozione di un atto vincolante: la direttiva 2014/92/UE (c.d. PAD) sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base<sup>84</sup>.

La direttiva PAD si è proposta di incentivare lo sviluppo del mercato unico nel settore dei servizi finanziari, considerato fondamentale per la crescita e la competitività dell'Europa, attraverso il miglioramento del mercato europeo dei conti di pagamento: essa, infatti, mira a migliorare la trasparenza e la comparabilità delle informazioni sulle spese relative ai conti di pagamento, a facilitare il trasferimento del conto di pagamento, a eliminare le discriminazioni sull'accesso al conto di pagamento basate sulla residenza e ad assicurare nell'UE l'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base<sup>85</sup>. Lo scopo principale delle misure sembra perciò essere la rimozione

<sup>83</sup> L'Atto per il mercato unico I, adottato dalla Commissione nell'aprile 2011, aveva individuato dodici leve per promuovere la crescita e rafforzare la fiducia dei cittadini nel mercato unico: per quanto riguardava il settore dei servizi finanziari al dettaglio la Commissione aveva annunciato un'iniziativa riguardante l'accesso ad un conto di pagamento di base a costi contenuti per tutti i cittadini, qualunque fosse il loro luogo di residenza nell'Unione europea, in modo da consentire a tutti di partecipare attivamente al mercato unico. L'Atto per il mercato unico II ha poi indicato l'iniziativa legislativa in materia di conti bancari come una delle dodici azioni prioritarie per generare effetti concreti sul campo e per ridare ai cittadini e alle imprese fiducia affinché usino il mercato unico a proprio vantaggio. L'obiettivo è «dare a tutti i cittadini dell'UE l'accesso ad un conto di pagamento di base, garantire la trasparenza e la comparabilità delle spese bancarie e facilitare il cambiamento di conto bancario».

<sup>84</sup> Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 agosto 2014. Si veda S. Mezzacapo, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, cit., 787 ss.

Essa ha integrato le misure previste dalla direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento e affiancato la direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento al terrorismo. La direttiva 2007/64/CE ha fissato obblighi minimi di trasparenza per le spese addebitate dai prestatori di servizi di pagamento per i servizi offerti sui conti di pagamento. È stata poi sostituita dalla Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010 e abroga la direttiva 2007/64/CE.

<sup>85</sup> Si veda Commissione europea, *Proposta di direttiva sulla comparabilità delle spese relative*

degli ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, ma a ciò si accompagna l'intento di favorire l'inclusione sociale e la tutela delle fasce più vulnerabili di consumatori<sup>86</sup>. Condizione essenziale affinché si realizzi un'«economia moderna e socialmente inclusiva» è che venga assicurata «la prestazione universale di servizi di pagamento».

A tal fine, al Capo IV, denominato «Accesso al conto di pagamento», è definito il quadro di riferimento di norme e condizioni in base alle quali gli Stati membri devono garantire ai consumatori<sup>87</sup> un vero e proprio “diritto” di aprire e usare un conto di pagamento con caratteristiche di base.

In linea con gli obiettivi pro-concorrenziali della direttiva, per prima cosa è precisato che ad esso non devono essere applicate condizioni discriminatorie<sup>88</sup>. I consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione hanno diritto ad aprire il conto di pagamento con caratteristiche di base presso gli enti creditizi di un qualsiasi Stato membro, a prescindere dalla propria nazionalità o residenza<sup>89</sup>. Le finalità sociali insite nell'istituto fanno sì che tale diritto sia espressamente attribuito anche «ai consumatori senza fissa dimora, i richiedenti asilo e i consumatori a cui non è rilasciato il permesso di soggiorno ma che non possono essere espulsi per motivi di fatto o di diritto», ovvero a tutti i consumatori a prescindere dalla loro condizione finanziaria, ossia dallo status professionale o livello reddituale.

Gli Stati membri, dunque, devono assicurare che tutti gli enti creditizi, o almeno un numero di enti creditizi tale da garantire l'accesso a tutti i consumatori in un dato territorio – evitando in quest'ultimo caso le distorsioni alla concorrenza che possono derivare dal fatto che l'obbligo ricada solo

*al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base*, Bruxelles, 8 maggio 2013, COM(2013) 266 final, 3.

<sup>86</sup> V. Meli rileva che i contenuti della Raccomandazione sono sostanzialmente trasposti nella Direttiva 2014/92/UE ma inquadrati in una diversa cornice: se nella prima prevale la finalità sociale dell'inclusione finanziaria, la seconda è tesa ad eliminare gli ostacoli all'integrazione dei mercati. V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit., 446 e ss.

<sup>87</sup> Per “Consumatore” sulla base dell'art. 2 della direttiva si intende qualsiasi persona fisica che agisca ai fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

<sup>88</sup> Il riferimento è alle discriminazioni basate sulla cittadinanza o sul luogo di residenza o sui motivi indicati all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali.

<sup>89</sup> È previsto un termine di dieci giorni entro il quale deve essere data risposta (affermativa o negativa) alla richiesta di apertura di un conto di pagamento di base. Il respingimento della richiesta deve essere comunicato al consumatore insieme alle ragioni specifiche dello stesso. La richiesta dell'apertura di un conto di pagamento con caratteristiche di base può essere respinta se il consumatore è già titolare di un conto di pagamento presso un altro ente creditizio situato nello stesso territorio.

## il servizio universale bancario

alcuni prestatori di servizi –, offrono un conto di pagamento di base che dia accesso ad un insieme predefinito di servizi bancari essenziali<sup>90</sup> a titolo gratuito o a fronte di una spesa ragionevole, determinata quest'ultima dagli Stati membri tenendo conto dei livelli di reddito nazionali e delle spese medie addebitate dagli enti creditizi per i servizi forniti sui conti di pagamento. Per i consumatori particolarmente vulnerabili, sprovvisti di un conto bancario, gli Stati membri possono altresì richiedere agli enti creditizi di applicare regimi tariffari vantaggiosi, informando l'opinione pubblica e in particolare tali consumatori vulnerabili della possibilità di usufruire di un conto di pagamento di base a titolo gratuito o con una spesa ragionevole attraverso azioni di comunicazione mirate e dirette.

L'Unione europea ha così stabilito un contenuto minimo di vincoli negoziali imposti ai prestatori di servizio di pagamento, lasciando agli Stati membri la possibilità di prevederne di più stringenti<sup>91</sup>.

### 8. Il d.lgs. n. 37/2017 e la disciplina secondaria di attuazione

Nel novembre 2012, a cinque mesi dall'entrata in vigore della disposizione del decreto “Salva Italia” che ha previsto per le banche e le Poste l'obbligo di offrire un conto corrente con caratteristiche di base a costi contenuti o gratuitamente per un numero di servizi e operazioni limitate, il 69% della popolazione risultava disinformato sull'esistenza del prodotto «conto corrente di base», sulle sue caratteristiche<sup>92</sup> e sulle tipologie di clientela alle quali si rivolge.

<sup>90</sup> La prestazione deve obbligatoriamente comprendere i seguenti servizi: a) servizi che permettano di eseguire tutte le operazioni necessarie per l'apertura, la gestione e la chiusura del conto di pagamento; b) servizi che consentano di depositare fondi sul conto di pagamento; c) servizi che consentano il prelievo di contante dal conto di pagamento all'interno dell'Unione, allo sportello o ai distributori automatici durante o al di fuori degli orari di apertura dell'ente creditizio; d) possibilità di eseguire i) addebiti diretti; ii) operazioni di pagamento mediante carta di pagamento (compresi i pagamenti online); iii) bonifici, compresi gli ordini permanenti, ove disponibili, presso terminali e sportelli bancari e tramite le funzioni di banca online dell'ente creditizio (art. 17).

<sup>91</sup> Nella fase discendente di attuazione della normativa settoriale la trasposizione delle prestazioni minimali dei servizi di interesse economico generale comporta l'adozione di misure normative ed amministrative nazionali che devono concretamente attuare i parametri generali ed astratti delle regole comunitarie con il contributo determinante delle Autorità nazionali di regolazione. G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 89.

<sup>92</sup> IPR Marketing, *Sondaggio sul rapporto tra gli italiani e i conti correnti bancari e le risposte del campione di mille intervistati*, Plus24 – Il Sole 24 Ore, 1° dicembre 2012, n. 538.

Non solo: i canoni annuali erano ancora troppo costosi<sup>93</sup>. Il canone medio annuo corrispondeva a 49 euro, al quale andava aggiunto il bollo di 34 euro per giacenze superiori a 5000 euro. A fronte di un costo dimezzato rispetto a quello per i conti tradizionali, il titolare di un conto base non si vedeva riconosciuta la remunerazione delle giacenze e non poteva usufruire di alcuni servizi, come la possibilità di usare carta di credito e assegni, o di andare in scoperto o ancora di ottenere fidi o investire in titoli. Inoltre, la spesa per i servizi aggiuntivi o il sovrannumero di quelli previsti faceva salire rapidamente il costo complessivo.

Ciò spiega il perché nello stesso anno un'indagine dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rilevava un grado di diffusione dei conti di base molto limitato<sup>94</sup>, corrispondente a soli 12.668 conti base accesi rispetto ad un numero ben più elevato di *unbanked*<sup>95</sup>. Gli extracomunitari o i giovani senza occupazione preferivano infatti le carte prepagate, i pensionati invece i libretti.

La Banca d'Italia, dopo alcune segnalazioni dei cittadini sulla difficoltà di aprire un conto di base ed ottenere informazioni in merito presso gli sportelli di alcuni prestatori di servizi di pagamento, aveva dovuto richiamare questi ultimi invitandoli a «porre in essere tutti gli adempimenti necessari per dare concreta attuazione ai richiamati obblighi di legge» adottando tempestivamente «le misure organizzative, procedurali e formative necessarie per ricomprendere nell'ambito dell'offerta commerciale il conto di base nonché per assicurare idonea informativa al pubblico per il tramite degli sportelli e dei siti internet aziendali»<sup>96</sup>. Le banche e gli istituti di credito, infatti, pur

<sup>93</sup> Si veda Corriere della Sera, *Conti di base, il low cost resta un fantasma*, 21 gennaio 2013.

<sup>94</sup> Sulla base delle risposte fornite dalle 39 banche del campione dell'indagine al quesito riguardante i conti di base emerge, innanzitutto, la loro limitata diffusione nei primi quattro mesi di applicazione della Convenzione, ovvero nel periodo 1° giugno – 30 settembre 2012. Inoltre, presso ben 7 banche non risultava accesa alcuna tipologia, tra le quattro possibili, di Conto di Base, benché tale servizio venisse offerto. Agcm, *Indagine conoscitiva sui conti correnti bancari (IC45)*, 2012, 78-79.

<sup>95</sup> Come abbiamo già detto nel 2012 la Commissione stimava che il 29% della popolazione italiana non possedesse un conto corrente. A nove mesi dall'istituzione del CCB un sondaggio di Plus24 pubblicato sul Sole24ore registrava l'apertura di 14.000 CCB. Nel 2013 l'Abi e le Poste italiane li quantificavano a 26.000.

<sup>96</sup> Banca d'Italia, *Circolare n. 371176/12*, 23 agosto 2012.

Negli anni successivi la Banca d'Italia si è comunque impegnata a garantire l'offerta del prodotto in questione con la stipula di una nuova Convenzione firmata il 31 maggio 2014 da Ministero dell'economia e finanze – Dipartimento del Tesoro, Banca d'Italia, Associazione bancaria italiana, Poste Italiane S.p.A. e Associazione Italiana Istituti di pagamento e di moneta elettronica. La nuova Convenzione, nel rinnovare quella firmata nel 2012, ha introdotto



## il servizio universale bancario

avendo inserito nella propria offerta il conto di base, tendevano a dirottare i consumatori verso prodotti più remunerativi per i prestatori di servizi stessi<sup>97</sup>.

Nonostante tali criticità, si sono dovuti attendere diversi anni prima che la disciplina nazionale sul conto di base venisse riformata nell'ottica di adeguarla ai nuovi parametri dettati dall'ordinamento europeo: con il d.lgs. n. 37/2017<sup>98</sup> è stata recepita con ritardo la direttiva 2014/92/UE e modificato il Testo Unico bancario (TUB)<sup>99</sup>.

In particolare, la Sezione III del d.lgs. n. 37/2017, rubricata «Conto corrente di base», ha obbligato le banche, la società Poste italiane s.p.a. e gli altri prestatori di servizi di pagamento – abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento – ad offrire ai consumatori un conto di base che consentisse un numero di operazioni annue definito con decreto dal MEF, sentita la Banca d'Italia, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo. Tale diritto è attribuito a tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione europea, compresi i consumatori senza fissa dimora e i richie-

alcune novità: in particolare viene modificata la data di presentazione delle autocertificazioni ISEE; aggiornata la soglia ISEE stabilita per le fasce svantaggiate aumentando l'importo da 7.500,00 euro a 8.000,00 euro; inseriti nuovi strumenti di moneta elettronica quali prodotti opzionali aggiuntivi fuori canone tra i servizi offerti con il conto di base; prevista tra le cause di recesso unilaterale l'inattività del conto di base per 24 mesi consecutivi; esplicitato l'importo del trattamento pensionistico per accedere ai servizi connessi al conto di base da 1.500,00 euro mensili a 18.000,00 euro annui lordi; eliminata la previsione di revisione della soglia ISEE considerato che la convenzione è comunque soggetta a revisione periodica.

<sup>97</sup> Lo conferma un'indagine condotta in incognito da Plus24 nel novembre 2013 in alcuni sportelli delle principali banche del Paese. <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2013-11-09/conto-base-ecco-come-aprirlo-e-conservarlo-banca-e-posta-132621.shtml?uuid=ABfC4Ec&fromSearch>.

Nella consultazione che ha preceduto l'adozione della Direttiva le imprese del settore dei servizi finanziari hanno ritenuto che le disposizioni sul conto di base non fossero necessarie in quanto non sussistessero gravi ostacoli all'accesso al conto di base da parte dei consumatori. *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base*, Bruxelles, 8.5.2013, COM(2013) 266 final, 7.

<sup>98</sup> La procedura di infrazione 2016/0774 è stata avviata dalla Commissione europea per mancato recepimento della direttiva entro il termine di recepimento della PAD, scaduto il 18 settembre 2016.

<sup>99</sup> Con un provvedimento del 3 agosto 2017 la Banca d'Italia ha poi integrato le disposizioni in materia di «Trasparenza delle operazioni dei servizi bancari e finanziari» per recepire le modifiche apportate al Testo unico bancario (TUB) dal d.lgs. 37/2017 di attuazione alla Direttiva 2014/92/UE in materia di comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al pagamento con caratteristiche di base.

denti asilo<sup>100</sup>, senza discriminazioni e a prescindere dal loro luogo di residenza<sup>101</sup>. In ordine ai servizi offerti, il conto di base deve obbligatoriamente includere quelli minimi previsti dalla direttiva 2014/92/UE<sup>102</sup>.

Nessuna spesa ulteriore rispetto al canone annuo onnicomprensivo e agli oneri fiscali previsti per legge può essere addebitata al titolare del conto per il numero di operazioni definite e le relative scritturazioni contabili. Quest'ultimo può chiedere di effettuare operazioni aggiuntive o in numero superiore rispetto a quelle stabilite, ma né le prime né le seconde possono in alcun modo essere imposte dal prestatore. Sia il canone annuo che il costo delle operazioni aggiuntive o in numero superiore, inoltre, devono rispettare il criterio della ragionevolezza e della coerenza con le finalità di inclusione finanziaria, facendo riferimento al livello di reddito nazionale e ai costi

<sup>100</sup> Ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo status dei rifugiati, del relativo protocollo del 31 gennaio 1967 nonché ai sensi degli altri trattati internazionali in materia.

<sup>101</sup> Il rifiuto, previsto nel caso di mancanza dei suddetti requisiti o quando il consumatore risultasse già titolare di un conto di pagamento analogo in Italia, deve essere comunicato al più tardi entro dieci giorni lavorativi dalla richiesta al consumatore, per iscritto e senza spese, e motivato. L'obbligo di motivazione viene meno nel caso in cui tale comunicazione risulti in contrasto con obiettivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza o per altri giustificati motivi ostativi derivanti dalle disposizioni in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Il recesso da parte del prestatore di servizi di pagamento è ammesso nell'ipotesi in cui: a) il consumatore abbia usato intenzionalmente il conto per fini illeciti; b) alla data del 31 dicembre il conto risulti incapiante e non movimentato per oltre 24 mesi consecutivi su ordine o su iniziativa del consumatore e siano passati due mesi dalla comunicazione del recesso; c) l'accesso al conto di base sia stato ottenuto dal consumatore sulla base di informazioni errate; d) il consumatore non soggiorni più legalmente nell'Unione europea; e) il consumatore, successivamente al conto di base, abbia aperto in Italia un altro conto di pagamento che gli consenta di utilizzare i servizi basilari previsti dal conto di base. Il prestatore di servizi di pagamento deve comunicare il recesso al consumatore per iscritto e senza spese con un preavviso di almeno due mesi, indicando i motivi. Nel caso in cui si verificano le prime due condizioni (ossia nel caso di usi illeciti del conto di base o inattività dello stesso per un periodo di due anni), il recesso ha invece effetto immediato.

<sup>102</sup> Ossia: a) apertura, gestione e chiusura del conto di pagamento; b) accreditamento di fondi sul conto di pagamento (es. deposito di contante, ricezione di bonifici); c) prelievo di contante all'interno dell'Unione europea, presso le dipendenze del prestatore di servizi di pagamento o gli sportelli ATM (anche al di fuori degli orari di apertura del prestatore di servizi di pagamento); d) emissione, rinnovo e sostituzione carta di debito; e) le seguenti operazioni di pagamento nell'ambito dell'Unione europea: addebiti diretti; operazioni di pagamento mediante carta di pagamento, utilizzabile anche online; bonifici e ordini permanenti di bonifico presso le dipendenze del prestatore di servizi di pagamento e attraverso gli altri canali eventualmente disponibili, ivi compreso il canale online.

## il servizio universale bancario

mediamente addebitati dai prestatori di servizi per i conti di pagamento, secondo quanto previsto dal decreto del MEF, nonché tener conto delle condizioni dei soggetti socialmente svantaggiati.

Anche l'individuazione delle fasce di clientela socialmente svantaggiate e dei titolari di trattamenti pensionistici cui il conto di pagamento è offerto senza spese è demandata al MEF, che definisce le condizioni e le modalità di accesso al conto di base gratuito e le sue caratteristiche.

Il potere di dettare le norme di attuazione della nuova disciplina, cui è subordinata l'entrata in vigore delle disposizioni del d.lgs. n. 37/2017 di modifica al TUB<sup>103</sup>, è quindi così distribuito: alla Banca d'Italia spetta la definizione delle modalità attraverso le quali gli intermediari devono fornire alla clientela informazioni e chiarimenti sul conto di base (articolo 126-*vicies-quinquies* del TUB<sup>104</sup>)<sup>105</sup>; il MEF, con proprio decreto ministeriale deve invece a) definire il numero di operazioni annue effettuabili senza ulteriori addebiti, in modo che siano comprese le operazioni sufficienti a coprire l'uso personale da parte del consumatore e che le operazioni e i servizi inclusi siano almeno quelli indicati come necessari; b) fissare i criteri per il canone annuo omnicomprendente e il costo delle operazioni aggiuntive, avendo riguardo al livello di reddito nazionale e ai costi mediamente addebitati dai prestatori di servizi di pagamento a livello nazionale, nonché tenendo conto delle condizioni dei soggetti socialmente svantaggiati; c) individuare le fasce di clientela svantaggiate e i titolari di trattamenti pensionistici ai quali il conto di base è offerto gratuitamente, così come le condizioni e le modalità per l'accesso ai conti di base gratuiti e le loro caratteristiche.

Per prima cosa la Banca d'Italia ha quindi modificato le Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e sulla correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti intervenendo sul paragrafo 4 della sezione III delle Disposizioni (dedicato appunto al «conto

<sup>103</sup> Si tratta in particolare di dare attuazione agli articoli 126-*vicies semel*, 126-*vicies bis* e 126-*vicies quater*. Dalla data di applicazione delle nuove disposizioni sarà abrogato l'art. 12, commi 3°, 4°, 5°, 6°, 8° e 9°, ultimo periodo del decreto Salva Italia. Si veda S. Mezzacapo, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la "payment accounts directive"*, cit., 797.

<sup>104</sup> I prestatori di servizi di pagamento forniscono chiarimenti e informazioni sul conto di base, secondo quanto previsto dalle disposizioni della Banca d'Italia.

<sup>105</sup> Con il decreto legislativo n. 37/2017 è stato quindi introdotto nel TUB il nuovo capo II-*ter* del Titolo VI. Alla Banca d'Italia sono affidate importanti competenze in materia di tutela dei clienti degli intermediari bancari e finanziari che si traducono nell'esercizio di poteri di vigilanza con riguardo alla trasparenza e correttezza degli intermediari nei rapporti con la clientela.

di base”) per adattarlo alle previsioni di recepimento della PAD e in particolare agli articoli 126-*quinqüesdecies*, comma 10, e 126-*vicies-quinquies* del TUB<sup>106</sup>. Essa ha invece rimandato a dopo l’approvazione, a livello europeo, dei *technical standard* in materia di informativa precontrattuale e periodica previsti dalla Direttiva l’emanazione di più precisa disciplina della trasparenza del conto di base<sup>107</sup>.

Il MEF, invece, ha emanato il decreto attuativo n. 70 del 3 maggio 2018, composto da sei articoli, che riprende sostanzialmente quanto stabilito dalla Convenzione del 2014: l’art. 1 concerne le definizioni rimandando a quelle fissate dalla legge; l’art. 2 stabilisce il numero di operazioni incluse nel conto base e nel relativo canone omnicomprendivo riprendendo l’allegato al d.lgs. che contiene l’elenco dei servizi obbligatori; l’art. 3 definisce il criterio per la fissazione delle spese applicabili, stabilendo che non può eccedere l’importo mediano delle spese applicate nel semestre precedente dallo stesso prestatore di servizi per le stesse operazioni; l’art. 4 e l’art. 5 si occupano di determinare le fasce socialmente svantaggiate e i titolari di trattamenti pensionistici ai quali il conto di base è offerto gratuitamente: i primi corrispondono ai consumatori con ISEE inferiore a euro 11.600 e i secondi a coloro i quali hanno diritto a trattamenti pensionistici non superiori all’importo lordo annuo di euro 18.000<sup>108</sup>; l’art. 6 infine disciplina l’entrata in vigore, previsto per il giorno successivo a quello della pubblicazione, a cui si aggiungeranno 60 giorni per l’entrata in vigore delle modifiche al Testo Unico bancario<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Con provvedimento del 3 agosto 2017 disponibile all’indirizzo [https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/testo-disposizione-2017/provvedimento-3-agosto-2017.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/testo-disposizione-2017/provvedimento-3-agosto-2017.pdf). Tra le disposizioni di nuova introduzione vi è quella che stabilisce che nel caso in cui gli intermediari già offrano un conto di pagamento che non prevede l’applicazione di costi a carico del consumatore almeno con riguardo ai servizi e al numero di operazioni previsti dal decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, l’obbligo di offerta del “conto di base” si intende soddisfatto; in questo caso, il foglio informativo del conto specifica che esso tiene luogo del “conto di base” ed è assoggettato alla disciplina del “conto di base” prevista dal T.u.b.

<sup>107</sup> I nuovi Rts ed Irs di attuazione della Direttiva 2014/92/UE sono stati pubblicati in Gazzetta ufficiale dell’unione europea l’11 gennaio 2018.

<sup>108</sup> Per i secondi è prevista una tipologia di servizi e un numero di operazioni non perfettamente coincidente con quello indicato per i consumatori non pensionati. Secondo il Consiglio di Stato le differenze sarebbero « motivate dalla volontà di favorire le esigenze pratiche di questa categoria di consumatori come nel caso della previsione di un maggior numero di operazioni allo sportello rispetto a quelle previste dall’allegato A, compensato da un minor numero di operazioni tramite ATM ».

<sup>109</sup> Ciò poiché il d.lgs. n. 37/2017 posticipa l’applicazione della sezione III del Testo unico bancario, come modificata alla decorrenza di 60 giorni dall’entrata in vigore della disciplina secondaria di attuazione.

I compiti di vigilanza e di controllo sull'efficacia e sul rispetto delle norme sul Conto di base sono poi attribuiti alla Banca d'Italia.

## **9. I poteri sanzionatori e di vigilanza della Banca d'Italia**

Benché la necessità di predisporre un adeguato sistema amministrativo di controllo fosse già stata evidenziata dalla Commissione europea nella raccomandazione del 2011 – che invitava gli Stati membri ad individuare le autorità competenti a garantire e monitorare l'effettivo rispetto dei principi stabiliti –, il decreto “Salva Italia”, che pure la richiamava, si era limitato a porre dei vincoli alla libertà contrattuale delle banche e degli enti creditizi, senza preoccuparsi di designare un soggetto incaricato di vigilare sul rispetto degli obblighi previsti e comminare sanzioni nel caso di inosservanza degli stessi.

L'unico rimedio per i casi di mancata offerta di un conto di base o di rifiuto ingiustificato di apertura dello stesso – o ancor peggio per il discostamento del canone e dei costi per le operazioni eccedenti dal parametro della ragionevolezza – sembrava essere il ricorso al giudice o alle forme di risoluzione extragiudiziale, ed in particolare all'Arbitro bancario finanziario<sup>110</sup>.

In seguito, la direttiva 2014/92/UE, all'art. 21 del Capo V, ha imposto agli Stati membri di designare le autorità nazionali competenti<sup>111</sup> a garantire l'applicazione e il rispetto della direttiva, in modo che fossero «dotate dei poteri di indagine e di intervento nonché delle risorse adeguate necessari all'adempimento efficiente ed efficace delle loro funzioni». Esse, secondo la direttiva, sono tenute a collaborare tra loro ogni qualvolta ciò si renda necessario per l'espletamento delle funzioni loro assegnate dalla direttiva, in particolare scambiandosi informazioni e collaborando nell'ambito delle indagini o in relazione alle attività di vigilanza<sup>112</sup>.

La delega legislativa conferita al Governo ai sensi dell'art. 14, l. n. 170/2016 (legge di delegazione europea 2015) per l'attuazione della direttiva PAD ha quindi individuato la Banca d'Italia quale autorità amministrativa competente e quale punto di contatto per la collaborazione e lo scambio di

<sup>110</sup> Vedi V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base*, cit., 70. Si tratterebbe invece di pratica commerciale – e dunque materia dell'AGCM – sorretta la pratica del prestatore di servizi di svalutare le caratteristiche del conto di base, per orientare il consumatore verso prodotti più remunerativi per il prestatore stesso.

<sup>111</sup> Le autorità competenti sono pubbliche autorità o organismi riconosciuti dal diritto nazionale oppure da pubbliche autorità espressamente abilitate a tal fine dal diritto nazionale. Esse non sono prestatori di servizi di pagamento, ad eccezione delle banche centrali nazionali.

<sup>112</sup> Art. 22.

informazioni della direttiva 2014/92/UE, attribuendole i poteri di vigilanza e di indagine previsti dalla medesima direttiva.

Quanto al regime sanzionatorio, sempre la direttiva 2014/92/UE, all'art. 26 del Capo VI, ha stabilito che gli Stati membri prevedessero norme in materia di sanzioni relative alle violazioni della normativa nazionale di recepimento della direttiva e adottassero tutte le misure necessarie per garantire che esse siano applicate<sup>113</sup>. La legge delega del 2015 ha così autorizzato il Governo ad estendere l'apparato sanzionatorio attualmente previsto dal TUB per le violazioni degli obblighi relativi alla trasparenza, di cui al citato Titolo VI, anche alla violazione degli obblighi stabiliti dalla direttiva 2014/92/UE e dall'art. 127, c. 1, del TUB. In particolare l'art. 126-*vicies sexies*, d.lgs. n. 37/2017 ha modificato l'art. 144, TUB in modo da consentire alla Banca d'Italia<sup>114</sup> di irrogare alle banche, agli intermediari finanziari, alle rispettive capogruppo e ai soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti, nonché a quelli incaricati della revisione legale dei conti, una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 30.000 fino al 10 per cento del fatturato e nei confronti degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica e dei soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti, nonché di quelli incaricati della revisione legale dei conti, fino al massimale di euro 5 milioni ovvero fino al 10 per cento del fatturato per la violazione delle disposizioni sul conto di base.

## 10. ... e quelli in tema di “Educazione finanziaria”

L'art. 126-*vicies sexies* che attribuisce alla Banca d'Italia i poteri sanzionatori di cui abbiamo detto in precedenza, le affida anche il compito di promuovere iniziative dirette ad informare i consumatori, ed in particolare quelli cui il conto base è offerto gratuitamente, sulle caratteristiche di tale conto di pagamento, le condizioni e le modalità di accesso, in ottemperanza agli obblighi di informazione stabiliti dalla direttiva 2014/92/UE<sup>115</sup>. Inoltre, essa può promuovere la redazione di codici di condotta per l'offerta indipendente di iniziative di educazione finanziaria da parte degli intermediari,

<sup>113</sup> Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

<sup>114</sup> La Banca d'Italia ha la piena potestà sanzionatoria nelle materie che esulano dall'attribuzione dei compiti di vigilanza alla BCE (es. correttezza e trasparenza dei comportamenti, prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo).

<sup>115</sup> Esso è infatti rubricato “Educazione finanziaria”.

finalizzate a favorire l'orientamento della clientela e l'assistenza per la gestione responsabile delle finanze personali.

La nuova attività si inserisce nell'ambito della realizzazione di una Strategia nazionale di educazione finanziaria<sup>116</sup> volta ad accrescere l'alfabetizzazione finanziaria per migliorare il benessere finanziario<sup>117</sup>. La Banca d'Italia, insieme alle altre autorità di tutela dei clienti bancari e finanziari, è così impegnata nell'attività di ricerca e di analisi, ma anche nella realizzazione di iniziative rivolte a ragazzi ed adulti<sup>118</sup>.

In definitiva il d.lgs. n. 37/2017 ha attribuito ad un'autorità amministrativa indipendente compiti informativi e poteri sanzionatori e di vigilanza che insieme a quelli regolamentari suoi e del MEF, di cui abbiamo detto nel precedente paragrafo, completano il paradigma regolatorio dei servizi bancari di base il quale, a questo punto, può essere valutato nella sua interezza.

### 11. Il conto di base come obbligo di servizio universale

Abbiamo visto che l'attività creditizia, anche se svolta da privati, in passato è stata considerata alla stregua di un "servizio pubblico", ossia funzionalizzata all'interesse generale<sup>119</sup> e sottoposta ad un regime giuridico speciale teso, fra le altre cose, a limitare la concorrenza tra le imprese del settore. Con la liberalizzazione e la privatizzazione delle attività economi-

<sup>116</sup> L'emendamento al decreto "Salva risparmio" (d.l. n. 237/2016), art. 24 *bis* della relativa legge di conversione (l.15/2017), che fonde le diverse proposte di legge in materia, ha previsto l'istituzione di un Comitato di programmazione e coordinamento delle attività di educazione finanziaria; ha posto le premesse per la realizzazione anche in Italia di una «Strategia nazionale per l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale» e ha voluto allineare il nostro paese alle migliori prassi internazionali. *Intervento del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco*, Senato della Repubblica, Commissione Finanze e tesoro, *Convegno La ricchezza della nazione Educazione finanziaria e tutela del risparmio*, 9 Il comitato per la programmazione e il coordinamento delle attività di educazione finanziaria è stato quindi istituito con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'Università e della ricerca e il Ministro dello sviluppo economico istituito con l'obiettivo di promuovere e programmare iniziative di sensibilizzazione ed educazione finanziaria .

<sup>117</sup> *Intervento del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco*, cit., 7.

<sup>118</sup> Per gli adulti sono state realizzate "Guide pratiche" su conti correnti, mutui e credito ai consumatori, che spiegano in modo semplice le principali caratteristiche e il funzionamento di quei prodotti; un pieghevole per il largo pubblico che fornisce informazioni sui singoli strumenti di tutela. *Ivi*, 8. Nella guida pratica sul conto corrente vengono date le informazioni essenziali sul conto di base.

<sup>119</sup> G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, cit., 436.

che, la locuzione «servizio pubblico» è caduta in disuso perché di incerta definizione e atta ad identificare soprattutto quei servizi per cui i pubblici poteri si pongono direttamente o indirettamente come fornitori<sup>120</sup>. Esso è stato sostituito dalle nozioni di «servizio di pubblica utilità»<sup>121</sup> e di «servizio di interesse economico generale»<sup>122</sup>, che identificano le prestazioni di beni o

<sup>120</sup> Si veda C. Iannello, *L'“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005, 51. Sulla problematicità della definizione di «servizio pubblico», M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 69.

Nel contesto dell'integrazione europea, il fatto che la locuzione «servizio pubblico» sia stata utilizzata nei diversi ordinamenti in modo non univoco, facendo riferimento in alcuni casi «al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio» (*Libro verde sui servizi di interesse generale*, adottato dalla Commissione europea, 21/5/2003 n. COM(2003) 270), ha spinto il legislatore comunitario ad elaborare nuove categorie in grado di superare le differenziazioni nazionali.

In ambito nazionale, invece, per identificare quei servizi erogati da operatori economici privati e sottoposti a misure regolatorie più o meno intense si è fatto ricorso al concetto di “servizi di pubblica utilità”. Si veda l. 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*.

<sup>121</sup> Nell'ordinamento comunitario infatti non esiste infatti la nozione di servizio pubblico, ma quella di servizio di interesse generale. Né il Trattato né la normativa derivata, tuttavia, definiscono in maniera chiara cosa debba intendersi per Servizi di interesse generale (SIG): secondo una consolidata giurisprudenza e sulla base di quanto precisato più volte dalla Commissione si tratta di quei servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri – a livello nazionale regionale e locale – considerano di interesse generale e quindi sottopongono a specifici obblighi di servizio pubblico. Nell'ambito dei SIG ritroviamo poi i Servizi di interesse economico generale Il concetto di SIEG è utilizzato negli articoli 14 e 106, paragrafo 2, del TFUE e nel protocollo n. 26 allegato al TFUE. Da ultimo si vedano Commissione europea, *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*, Bruxelles, 20.12.2011 COM(2011) 900 final; Commissione europea, *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2.

Sui servizi di interesse economico generale *ex multis* si vedano D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011; E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit.; F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit.; G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit.; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse economico generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; E. Ferrari, *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, Giappichelli, 2007; P. Rossi, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2004.

<sup>122</sup> Il concetto di servizi di pubblica utilità nasce con l'eliminazione dei monopoli legali pubblici ed indica un modello per il quale la qualificazione in termini di “pubblicità” dei



## il servizio universale bancario

servizi, fornite dietro retribuzione, che contribuiscono all'interesse pubblico generale e che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale o sarebbero svolte a condizioni differenti<sup>123</sup>. Nel nuovo contesto, perciò, l'intervento pubblico<sup>124</sup> è teso a garantire quei servizi relativi ai bisogni fondamentali dei cittadini che l'impresa non ha interesse a rendere perché la sua prestazione richiederebbe costi che non sarebbero adeguatamente coperti dai corrispettivi<sup>125</sup>, ossia nelle ipotesi di fallimento del mercato<sup>126</sup>, attraverso una regolazione che è stata definita “forte” in ragione dell'incisività degli strumenti di cui si serve o “sociale” in relazione ai fini che si prefigge<sup>127</sup>.

servizi fa riferimento al pubblico che può fruire dei servizi e non ai soggetti cui è imputabile la fornitura dei servizi. Ai poteri pubblici la legge attribuisce funzioni di regolazione dell'attività in questione. D. Sorace, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 23.

<sup>123</sup> La nozione di servizio di pubblica utilità coincide in buona parte con quella di servizio di interesse economico generale. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 132. Si vedano anche D. Sorace, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.; Id., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 419. Per la definizione si veda Commissione europea, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, 23.

<sup>124</sup> Il processo di privatizzazione ed apertura dei mercati ha posto la questione della legittimità delle misure statali di intervento nell'economia. Sul tema si vedano *ex multis* S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, V ed., 2017; G. Napolitano, G. della Cananea, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, il Mulino, 1999.

<sup>125</sup> Si veda G. Corso, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, cit., 601. Vi è una responsabilità pubblica per il soddisfacimento di determinati bisogni “essenziali” al livello considerato adeguato per il benessere della collettività. F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni su nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 957. In linea generale gli Stati membri sono competenti a definire la portata di una missione di servizio economico generale, la forma della loro fornitura e il tipo del loro finanziamento. L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 60.

<sup>126</sup> Nel senso che l'intervento pubblico deve costituire l'eccezione al mercato concorrenziale, quando questo non è in grado di soddisfare i bisogni primari della collettività. M. Clarich afferma infatti che «L'intensità dell'intervento regolatore dei pubblici poteri è inversamente proporzionale all'attitudine del mercato a offrire una gamma di prestazioni e servizi adeguati per qualità, prezzo, diffusione alle esigenze dell'utenza». M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale. Evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., 186.

<sup>127</sup> Si veda S. Cassese, *Regolamentazione e concorrenza*, cit., 25. Agli Stati membri è attribuito un ampio margine di discrezionalità in merito alla identificazione di un servizio quale SIEG e circa la sua organizzazione e regolamentazione, ad esclusione dei casi in cui sia la stessa legislazione Ue a disciplinarli, com'è avvenuto recentemente nell'ambito dei servizi bancari di base.

Quanto a quest'ultimo aspetto, infatti, i servizi di interesse generale giocano un ruolo fondamentale per la promozione della coesione sociale ed economica<sup>128</sup>, che rappresenta uno degli obiettivi primari dell'Unione europea. A proposito dei mezzi, invece, quello di cui si servono i pubblici poteri, siano essi sovranazionali o nazionali, è l'«obbligo di servizio pubblico», la cui *ratio* consiste da un lato nel perseguimento di obiettivi di efficienza economica, dall'altro, come abbiamo detto, di coesione sociale e territoriale e di tutela di interessi e diritti a carattere sociale<sup>129</sup>. Nella regolazione c.d. “forte” possiamo quindi distinguere: 1) l'individuazione di interessi generali in nome dei quali avviene l'assoggettamento di un'attività d'impresa a programmi e controlli per fini sociali ed esigenze di governo del settore economico; 2) l'attribuzione di diritti e libertà – a tutti o ad alcuni soggetti – che hanno ad oggetto la pretesa di una prestazione considerata essenziale; 3) la previsione di regole, obblighi e controlli – con soggetti competenti ad esercitarli – cui sono sottoposti i privati erogatori.

Questi elementi sono facilmente individuabili nella disciplina del «Conto corrente di base» che, a dispetto dell'assenza di termini che richiama espressamente i concetti che abbiamo sopra delineato<sup>130</sup>, è un chiaro

<sup>128</sup> L'art. 14 TFUE stabilisce che «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentale prevede che «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati».

I servizi di interesse economico generale sono perciò considerati un insieme di elementi e valori che ispirano e connotano in positivo l'azione della Comunità nel raggiungimento degli obiettivi fondamentali dell'UE, tra i quali sicuramente rientra la promozione sociale e territoriale. M. Carta, *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, 774.

<sup>129</sup> D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 376.

<sup>130</sup> Le normative settoriali non sempre utilizzano espressioni uniformi. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 180. Le peculiarità del settore bancario hanno forse indotto il legislatore europeo ad evitare un rigido inquadramento concettuale, mantenendo una certa “elasticità” nella disciplina. Non bisogna dimenticare, inoltre, che le disposizioni sul conto di pagamento di base fanno parte di un quadro di norme adottate con l'intento di agevolare il corretto funzionamento del mercato interno ed evitare distorsioni di concorrenza; al contrario, termini quali “obblighi di servizio pubblico” o “servizio universale” evocano immediatamente l'art. 106 TFUE e la possibilità, a determinate condizioni, di limitare il regime concorrenziale e degli aiuti di stato.

esempio di regolazione in cui finalità sociali e obiettivi di crescita economica hanno indotto il legislatore ad adottare misure che impongono ad imprese private l'erogazione di prestazioni strumentali al soddisfacimento di diritti e libertà altrui.

Tanto più che nel caso in esame l'obbligo di servizio pubblico si è spinto fino al punto di obbligare i prestatori a garantire a tutti gli utenti un insieme definito di servizi essenziali, ad un prezzo ragionevole ed assicurando una certa qualità del servizio: si parla in questo caso di obblighi di servizio universale<sup>131</sup>. Questi ultimi non sono estranei alla disciplina del servizio pubblico tradizionale: nel contesto dell'amministrazione pubblica dell'erogazione, il servizio universale per un verso corrispondeva al principio secondo cui tutti i cittadini debbono poter fruire di determinati servizi<sup>132</sup>, per altro verso risultava funzionale alla crescita economica del Paese. Con le nuove dinamiche di mercato, all'obbligo di servizio universale è corrisposto "un diritto soggettivo dei cittadini di ricevere un insieme di prestazioni minime" a certe condizioni quantitative, qualitative ed economiche<sup>133</sup>. L'Unione europea ne ha fatto una missione<sup>134</sup>, lasciando liberi gli Stati di estendere l'ambito della tutela con ulteriori obblighi, purché giustificati<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> La definizione del significato di "servizio universale" si è avuta nel settore delle Comunicazioni elettroniche: esso è qualificato come «un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile» (direttiva 97/33/CE, 30 giugno 1997, art. 2, c. 1, punto g). Sul servizio universale si vedano G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002; D. Caldirola, *La dimensione comunitaria del servizio universale ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli (a cura di), *Servizi pubblico concorrenza e diritto*, Milano, Giuffrè, 2001, 125 ss.; S. Frova, *Nozione ed evoluzione del Servizio universale nelle telecomunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1999; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181; F. Castelli, *Il servizio universale nelle telecomunicazioni*, Milano, Franco Angeli, 1997.

<sup>132</sup> V. Gasparini Casari, *Il servizio universale*, in *Diritto dell'economia*, 2000, 267.

<sup>133</sup> Da destinatari passivi di prestazioni, gli utenti diventano titolari di "diritti" che trovano particolari forme di tutela. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, cit., 190. All'art. 1 del protocollo n. 26 sui servizi di interesse economico generale, allegato al Trattato di Lisbona tra i valori comuni dell'Unione europea, con riguardo ai servizi di interesse economico generale, ritroviamo «un alto livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dei cittadini».

<sup>134</sup> Con il servizio universale l'azione della Comunità passa da un livello di integrazione politica ad un livello di integrazione sociale. D. Caldirola, *La dimensione comunitaria del servizio universale ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, cit., 153.

<sup>135</sup> V. Gasparini Casari, *Il servizio universale*, cit., 267; L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 100.

Ed è così che, per effetto della direttiva 2014/92/UE e delle disposizioni nazionali di recepimento, nell'ambito del settore del credito si sono avuti: a) l'attribuzione a tutti i cittadini legalmente soggiornanti nell'UE del diritto di avvalersi di un conto di pagamento di base che gli consenta di avere l'accesso ad un nucleo essenziale di servizi – quali specificatamente apertura gestione e chiusura del conto di pagamento, accreditamenti di fondi (ad es. depositi, bonifici), prelievi di contante anche dagli sportelli automatici, alcune operazioni di pagamento come addebiti diretti, pagamenti mediante carta di pagamento e bonifici; b) l'obbligo per i prestatori di servizio di pagamento di fornire tali servizi ad un costo ragionevole o gratuitamente per alcune categorie di soggetti svantaggiati; c) l'assegnazione al MEF e alla Banca d'Italia di compiti regolamentari, di vigilanza e sanzionatori.

Conseguentemente possiamo affermare che ha preso forma un “servizio universale bancario”<sup>136</sup> che segna l'appartenenza delle attività creditizie alla categoria di servizi di interesse economico generale<sup>137</sup>.

## **12. Alcune osservazioni sul rapporto potere pubblico/libertà imprenditoriale nei servizi di interesse economico generale**

La qualificazione delle attività creditizie in termini di servizio di interesse economico generale porta con sé un nuovo assetto del rapporto potere pubblico/libertà imprenditoriale e ci spinge a fare alcune considerazioni sul nostro caso di studio.

La premessa è che la libertà d'impresa è riconosciuta sia nel nostro ordinamento, all'art. 41 Cost., che in quello dell'Unione europea, all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali<sup>138</sup>. Essa si sostanzia nella possibilità di scegliere

<sup>136</sup> Parliamo di «servizio universale», e non semplicemente di obblighi di servizio pubblico, poiché la regolazione non si limita a garantire l'accesso al servizio ad una pluralità di soggetti, ma assicura un servizio, ad un determinato standard di qualità, cui tutti i potenziali utenti possono accedere in qualunque posto si trovino e ad un prezzo equo ed accessibile. Si veda, per degli esempi sul differente grado di elaborazione e precisione della disciplina a seconda dei settori, N. Bassi, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, disponibile sul sito della rivista.

<sup>137</sup> «The establishment of specific public service obligations is the characteristic that defines a SGEI. [...] this is clear connection between the establishment of universal service obligations on a specific service and its consideration as part of SGEI». J.L.G. Barroso, R.M. Flores, *Basic financial services: a new service of general economic interest in Europe*, in *Journal of European Social Policy*, 2013, 336.

<sup>138</sup> Essa è stata riconosciuta oggetto di tutela dalla Corte di giustizia ed è garantita all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

in autonomia se iniziare o cessare un'attività economica, come organizzarla, quali obiettivi imprenditoriali perseguire. L'arretrare dell'intervento pubblico nell'economia e l'espandersi dell'economia di mercato, come modello per massimizzare il benessere generale, sembra aver determinato il risveglio di tale precetto costituzionale<sup>139</sup>. La libertà d'impresa, però, incontra ancora dei limiti, alcuni dei quali sono indicati al secondo comma dell'art. 41 (l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana), altri sono individuati nell'ambito dell'interesse pubblico o degli obiettivi di interesse generale o ancora corrispondono ad altri diritti o libertà che vengono in alcuni casi fatti prevalere. Al terzo comma dell'art. 41 Cost., infine, è previsto che la legge (vi è una riserva di legge relativa) possa per fini sociali indirizzare e coordinare l'attività economica privata attraverso programmi e controlli. Quest'ultima disposizione connota la fattispecie di servizio di pubblica utilità (sinonimo, come abbiamo detto, di servizio di interesse economico generale).

Ciò posto, la prima considerazione è che nel servizio di pubblica utilità gli interessi pubblici prevalgono sulla libertà d'impresa<sup>140</sup>. Per questo è ammissibile un intervento pubblico che imponga deviazioni rispetto al regime ordinario dell'impresa per obiettivi di interesse generale.

Le imprese operanti nel mercato creditizio, dunque, sono state sottoposte ad una disciplina pubblicistica atta a funzionalizzarne l'attività creditizia a fini politico-sociali quali l'inclusione sociale e la promozione del benessere economico collettivo. A differenza dell'assetto pre-concorrenziale in cui il settore creditizio era amministrato con riguardo sia all'organizzazione che all'attività che agli equilibri del mercato, tale finalizzazione riguarda solo quella parte di attività anti-economica che si riferisce ai servizi bancari di

<sup>139</sup> In questo senso L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 251; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91.

<sup>140</sup> La contrapposizione tra Stato e Mercato trova la sua ragione d'essere nelle modalità di intervento del settore pubblico e più precisamente nella circostanza che la produzione e le condizioni di offerta dell'impresa, che concretamente eroga il servizio, siano imposte in base a meccanismi decisionali che rispondono a regole e logiche del tutto diverse da quelle che governano il mercato. A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 84. Gli obiettivi di interesse generale in particolare possono avere natura economica o sociale. Talvolta il regolatore può utilizzare obiettivi sociali a fini economici o viceversa, o una misura assolvere contemporaneamente a una duplice finalità. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 159. In determinate circostanze anche la concorrenza può essere considerata un fine sociale. G. Fonderico, *Concorrenza e fini sociali nei servizi di pubblica utilità*, in G. Vesperini, G. Napolitano (a cura di), *Liberalizzazione e concorrenza*, Quaderni dell'Istituto Giuridico della Facoltà d'economia dell'Università degli Studi della Tuscia, 1999, 77.

base da fornire con carattere di necessaria universalità, mentre non riguarda tutte le altre attività bancarie da cui le imprese traggono un profitto<sup>141</sup>.

La seconda riflessione è che l'impresa incaricata di un servizio di pubblica utilità, in nome dei fini sociali di cui si è detto prima<sup>142</sup>, è sottoposta a programmi, intesi quali elementi di doverosità dell'attività<sup>143</sup>, e controlli. I soggetti pubblici decidono quali obiettivi raggiungere e come raggiungerli<sup>144</sup>. La regolazione assume di conseguenza connotazioni programmatiche-finalistiche<sup>145</sup>. Il concetto di programma può quindi essere fatto coincidere con quello di obbligo di servizio pubblico<sup>146</sup> e rappresenta il presupposto condizionante la costituzione e l'esercizio dei diritti di accesso e prestazione dei cittadini.

La programmazione, nel caso concreto, ha determinato una forte compressione della libertà negoziale, incidendo sul mezzo principale attraverso cui si realizza l'autonomia imprenditoriale privata: i vincoli si sono sostanzialmente nell'obbligo di concludere un contratto a contenuto prefissato, quando ve ne sia richiesta da parte dei consumatori. Le banche e gli enti creditizi non sono più liberi di scegliere se e con chi contrarre e a quali condizioni economiche. Queste ultime, in particolare, sono frutto di una scelta politica del MEF, cui spetta l'individuazione del preciso contenuto e dell'ambito del servizio universale con specifico riferimento alla determinazione delle fasce della popolazione considerate "vulnerabili" e oggetto di una politica tariffaria speciale che prevede la gratuità della prestazione<sup>147</sup>.

Alla Banca d'Italia, in quanto autorità amministrativa indipendente, è

<sup>141</sup> M. Salvia immagina il servizio di interesse economico generale come sezionato in due parti corrispondenti a due cerchi concentrici: l'area interna del cerchio corrisponde alla parte antieconomica dell'attività, quella del servizio universale, dominata da normative pubblicistiche; l'area esterna, quella economica, assoggettata alle comuni regole del mercato: M. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., 546.

<sup>142</sup> Vi è corrispondenza fra interesse pubblico e obiettivo da perseguire. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., 432.

<sup>143</sup> L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 129.

<sup>144</sup> Si veda M. Salvia secondo cui «l'insieme di queste decisioni costituiscono l'essenza del programma di erogazione del servizio»: M. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., 550.

<sup>145</sup> Il mercato del servizio universale è caratterizzato da una disciplina più intensa caratterizzata da norme finalistiche. Così S. Cassese, *La retorica del servizio universale*, cit., 93.

<sup>146</sup> Il concetto di programma è sinonimo di obbligo di servizio pubblico e rappresenta l'*ubi consistam* della fattispecie dei servizi di pubblica utilità: L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 128.

<sup>147</sup> La scelta delle categorie di destinatari, della tipologia e della qualità di prestazioni sono valutazioni di opportunità che esulano da determinazioni puramente tecniche: G. Cartei, *Il servizio universale*, cit., 278.

invece attribuito il potere di disciplinare l'attività dei soggetti privati per il tramite di regole condizionali – sulla trasparenza e sui doveri informativi in sede contrattuale – e di vigilare sul rispetto degli obblighi cui sono sottoposti gli operatori del mercato, comminando sanzioni ove questi ultimi contravvenissero alle regole<sup>148</sup> (potrebbe finanche operare un sindacato sulla “ragionevolezza” del canone annuo omnicomprensivo e delle spese per i servizi aggiuntivi o eccedenti, fissati dalle banche e dagli enti creditizi sulla base dei criteri individuati dal MEF).

La terza osservazione è che la regolazione di un servizio di pubblica utilità può derogare alle regole su concorrenza e aiuti di stato, cui di regola sono sottoposti i SIEG, quando ciò sia necessario per permettere agli operatori privati di svolgere le funzioni che gli sono state assegnate nell'interesse generale dalla normativa comunitaria o dalle competenti autorità nazionali a condizioni economiche accettabili<sup>149</sup>. Ciò affinché non venga pregiudicata la specifica missione affidata ai prestatori di servizi di interesse economico generale (art. 106 TFUE). Ma anche perché non si abbia una compressione dell'autonomia privata che realizzi uno sbilanciamento a favore della prima parte del rapporto pubblico potere/impresa tale da contraddire nell'essenza il carattere libero dell'attività economica regolata<sup>150</sup>. La funzionalizzazione dell'attività privata da parte dei pubblici poteri deve infatti avvenire nella misura strettamente indispensabile al perseguimento degli interessi pubblici. In altri termini, le autorità pubbliche sono chiamate a contemperare i diversi interessi avendo riguardo anche all'interesse delle imprese alla redditività della gestione<sup>151</sup>.

Ci saremmo aspettati quindi l'attribuzione di privilegi (diritti esclusivi o speciali) o la concessione di finanziamenti (pubblici o privati) alle imprese

<sup>148</sup> La capacità dei consumatori e degli utenti, comprese le persone vulnerabili o portatrici di disabilità, di esercitare i propri diritti, in particolare il diritto di accesso, presuppone il corretto funzionamento di autorità indipendenti di regolazione, che esercitino il potere sanzionatorio in caso di violazione delle disposizioni in tema di servizio universale. G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 86.

<sup>149</sup> L'equilibrio economico costituisce il presupposto minimo per l'adempimento della missione. L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 295. Si vedano le sentenze Corte di giustizia, 21 novembre 1999, causa C-67/96, *Albany International*, Corte di giustizia, 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione/paesi Bassi*; Corte di giustizia, 17 maggio 2001, C-340/99, *TNT Traco*. Si veda anche la sentenza del Tribunale *La Poste*, 27 febbraio 1997, T-106/95, con riferimento alla necessità di garantire all'impresa l'equilibrio economico.

<sup>150</sup> P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, cit., 124.

<sup>151</sup> L'equilibrio tra costi e ricavi è uno dei principi costituzionali dell'azienda. L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 308; F. Merusi, *Le leggi del mercato: innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, il Mulino, 2002.

bancarie in compensazione dei costi derivanti dagli oneri di servizio pubblico<sup>152</sup>. In assenza di disposizioni comunitarie di armonizzazione sui finanziamenti dell'obbligo di servizio universale, gli Stati membri avrebbero potuto discrezionalmente decidere sulla loro elargizione<sup>153</sup>. Il d.lgs. n. 37/2017, invece, non ha riconosciuto diritti speciali o esclusivi in capo a taluni prestatori in compensazione dei costi sostenuti per i servizi non remunerativi<sup>154</sup>. Tutte le banche e le attività creditizie sono perciò obbligate ad assicurare il servizio universale. Esso inoltre non ha previsto un finanziamento dell'onere di servizio pubblico, né statale né nella forma di un Fondo interbancario di compensazione per le realtà economiche più piccole che si dimostrano incapaci di sostenere i costi derivanti dall'erogazione gratuita o ad un prezzo esiguo dei servizi di bancari di base (i finanziamenti sarebbero ritenuti compatibili con il diritto dell'Unione europea se rispondenti a determinati criteri, c.d. criteri *Altmark*, o sotto la soglia del *de minimis*)<sup>155</sup>.

Possiamo concludere che, se in genere ci si preoccupa di verificare che la deroga al mercato sia strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo prefissato e che i mezzi non risultino eccessivi rispetto alle finalità da perseguire<sup>156</sup>, questa volta a destare perplessità è la mancata previsione di un mezzo finanziario teso a garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui è finalizzato il servizio universale<sup>157</sup>. Da un lato, quindi, la disciplina pubblicistica ha predisposto un sistema amministrativo di vigilanza e controllo teso ad impedire che le imprese si sottraggano al dovere di finalizzare le proprie attività al raggiungimento di obiettivi di natura sociale imposti dai

<sup>152</sup> Il riferimento è ai due modelli dell'acquisto e del fondo descritti da F. Cartei, *Il servizio universale*, cit., 354 ss. Il principio generale applicabile al finanziamento pubblico è quello della compensazione netta delle perdite registrate per l'espletamento della missione di interesse generale, sulla base dei costi e dei ricavi, cui va aggiunta una ragionevole remunerazione. G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 108.

<sup>153</sup> In considerazione anche del fatto che non ci sarebbe stata un'alterazione della concorrenza dal momento che tutti i prestatori di servizi di pagamento sono gravati dall'obbligo universale.

<sup>154</sup> La direttiva PAD lasciava liberi gli Stati membri di imporre l'obbligo di offerta di un conto di pagamento di base a tutti gli enti creditizi o ad un numero di enti creditizi sufficiente a garantirne l'accesso a tutti i consumatori nel loro territorio e a evitare distorsioni della concorrenza (art. 16).

<sup>155</sup> L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 52 ss.

<sup>156</sup> Tale verifica spetta alla Commissione e in seconda battuta alla Corte di giustizia. Si veda la celebre sentenza Corte di giustizia, *Corbeau*, 19 maggio 1993, Causa C-320/91, EU:C:1993:198.

<sup>157</sup> A tale lacuna può essere addebitato l'insuccesso dello strumento del conto di base quando ancora non era previsto un meccanismo di vigilanza degli obblighi di servizio pubblico e un regime sanzionatorio.



pubblici poteri, a rischio di incorrere in sanzioni; dall'altro lato, le imprese bancarie, ad una prima impressione, sembrerebbero obbligate a sostenere interamente i costi delle politiche pubbliche. Questo aspetto merita però delle precisazioni che ci apprestiamo ad effettuare nel paragrafo conclusivo.

### 13. Considerazioni finali

L'adozione di una disciplina legislativa e regolamentare sullo strumento del Conto corrente di base fortemente compressiva della libertà delle imprese che erogano servizi bancari ha portato a chiederci se vi sia un ritorno ai moduli di pubblicizzazione delle attività creditizie che hanno caratterizzato il periodo precedente l'avvento del *favor* per il Mercato.

L'analisi fin qui svolta conduce ad affermare che nel settore del credito si è tornati ad avere una penetrante regolazione pubblicistica nella forma della programmazione delle attività economiche private (il cui rapporto con il permanere ed il rafforzarsi del modello di regolamentazione prudenziale meriterebbe di essere oggetto di un ulteriore studio volto a tracciare le linee di tendenza della regolazione bancaria<sup>158</sup>), limitatamente però all'ambito del servizio universale bancario, ossia a quel nucleo di servizi di interesse generale che il mercato non offrirebbe sulla base di un giudizio sull'economicità delle prestazioni<sup>159</sup>.

Il modello d'impresa è quello in cui l'attività dei privati, oltre a soddisfare specifiche esigenze di carattere economico-finanziario, è indirizzata dai pubblici poteri verso il raggiungimento di obiettivi di tipo sociale, diversi quindi dal mero perseguimento di un utile.

Il mezzo attraverso cui realizzare tali finalità sociali è la limitazione dell'autonomia imprenditoriale, in particolar modo di quella contrattuale,

<sup>158</sup> Il presente contributo non tratta di come il fenomeno dell'emergere di obblighi di servizio pubblico nel settore bancario si concilia con la regolazione bancaria post-crisi. Varrebbe però la pena approfondire tale aspetto in altra sede, in particolare guardando al dibattito sulla sussistenza o meno di un cambio di paradigma alla luce degli ultimi sviluppi normativi. Si vedano C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2016, 95 ss.; S. Amoroso, *La regolazione pubblica delle banche*, cit.; E. Bani, *Regolazione strutturale contro prudenziale. Gli insegnamenti della crisi*, Torino, Giappichelli, 2012; D. Ielo, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della precauzione: la macrovigilanza prudenziale*, in *Amministrare*, 2010, 215 ss.

<sup>159</sup> Secondo M. Salvia l'ambito del servizio pubblico in senso stretto coinciderebbe all'area del servizio universale mentre la parte liberalizzata del servizio andrebbe configurata come attività imprenditoriale a tutti gli effetti, finalizzata cioè non già alla prestazione di pubblici servizi ma alla produzione di servizi *sic et simpliciter*. M. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, cit., 546.

attraverso l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico: gli interessi individuali delle imprese si piegano di fronte alla necessità di assicurare a tutti gli utenti l'accesso a determinati servizi-base considerati essenziali per la collettività e corrispondenti a diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione europea<sup>160</sup>. Il diritto alla prestazione, peraltro, racchiude le pretese ad un'ampia diffusione territoriale, ad un livello sufficiente di qualità e all'abbordabilità del prezzo del servizio.

Gli effetti che realizza l'intervento pubblico sono in definitiva redistributivi<sup>161</sup>: al vantaggio dei fruitori del servizio universale, in particolar modo di coloro cui spetta gratuitamente, corrisponde uno svantaggio dei prestatori di servizi (in questo caso tutti) che sono obbligati a sostenere costi "iniqui" perché relativi a prestazioni non remunerative<sup>162</sup>. L'assenza della previsione di una qualsiasi forma di compensazione per tali oneri potrebbe far pensare che lo Stato, sulla base dell'art. 3 Cost. che impegnerebbe i pubblici poteri ad intervenire nel sistema economico per eliminare le disuguaglianze economiche e sociali (che impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese)<sup>163</sup>, abbia inteso far gravare i costi delle sue politiche redistributive sulle imprese private<sup>164</sup>.

Bisogna considerare però che queste ultime traggono un importante beneficio dall'ampliamento della raccolta del risparmio: il *core business* dell'impresa bancaria consiste appunto nell'impiegare le somme ricevute in deposito per l'erogazione del credito<sup>165</sup>. Attraverso l'esercizio sistematico di operazioni di raccolta e prestito, esse traggono un guadagno corrispondente al differenziale fra i tassi attivi pagati al depositante e quelle passivi ricevuti dal cliente che ha ottenuto un mutuo o un prestito<sup>166</sup>. Ed ecco che le norme in tema di educazione finanziaria, che impegnano lo Stato a promuovere presso il pubblico l'offerta

<sup>160</sup> G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, cit.; L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 254.

<sup>161</sup> Se per un verso la politica sociale redistributiva tende a contrarsi, la regolazione sociale tende a dilatarsi includendo finalità tipiche della prima. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 46. Per la differenza tra politiche sociali e regolazione sociale si veda Ivi, 38 ss.

<sup>162</sup> L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 230.

<sup>163</sup> D. Sorace, *Il governo dell'economia*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, 1997, 121.

<sup>164</sup> Secondo V. Meli, «lo Stato fa gravare il costo delle proprie politiche, anche sociali, su soggetti privati che considera in grado di finanziarle»: V. Meli, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base: sollecitazioni comunitarie e disciplina nazionale*, cit., 462.

<sup>165</sup> Secondo l'art. 10 del TUB l'attività bancaria è data proprio da queste due componenti: la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito.

<sup>166</sup> G. Racugno, *L'impresa bancaria e l'intermediazione finanziaria*, in V. Buonocore (a cura

## il servizio universale bancario

dei conti di base, possono essere considerate come una soluzione originale individuata dal diritto europeo per garantire alle imprese l'aumento dei proventi derivanti dall'attività bancaria di "scambio" in modo da compensare – almeno in parte – i costi netti degli obblighi di servizio universale bancario.

A ciò va aggiunto che, se questo non dovesse essere sufficiente o nell'attesa che lo diventi, le banche scaricheranno gli oneri finanziari sui consumatori-utenti degli altri servizi bancari<sup>167</sup>, coprendo il costo di fornitura del servizio non remunerativo con extra-profitti derivanti delle attività non gravate dagli obblighi di servizio pubblico e generando, come prima conseguenza, l'aumento delle spese per i conti correnti tradizionali<sup>168</sup>. L'ipotesi appena prospettata, d'altra parte, sembra aver già trovato un riscontro nel rialzo della spesa per i conti correnti, notevole soprattutto nei primi mesi del 2018, dopo anni in cui subiva una progressiva riduzione.

I pubblici poteri, quindi, hanno voluto assicurare a tutti cittadini, indipendentemente dalle condizioni economiche di ciascuno, l'accesso ai servizi bancari di base considerati necessari per il soddisfacimento di bisogni fondamentali, lasciando – più o meno consapevolmente e condivisibilmente – ai privati (che agiscono secondo logiche imprenditoriali) la possibilità di realizzare una maggiore equità nella distribuzione della ricchezza attraverso una redistribuzione tra consumatori più e meno vulnerabili (non tra contribuenti e fasce svantaggiate della popolazione, come avviene nel caso di finanziamento degli obblighi di servizio pubblico attraverso il bilancio statale)<sup>169</sup>.

Alla luce di queste considerazioni possiamo concludere che Stato e impresa, più che in antitesi, sembrano completarsi a vicenda. Da un lato il ridimensionamento dell'intervento pubblico nell'economia a favore delle attività private ha comportato l'affidamento ai privati del compito di provvedere alle esigenze primarie dei cittadini-utenti; dall'altro lato la regolazione pubblica di tali rapporti economici garantisce l'universalità della prestazione anche quando il prestatore non abbia convenienza all'erogazione di determinati servizi. Lo Stato supplisce a tale mancanza prevedendo meccanismi compensativi di

di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2017, 688; C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, cit., 13.

<sup>167</sup> Laddove i costi siano sostenuti dalle imprese questi non possono andare oltre una determinata soglia e sono, comunque, scaricati sugli utenti finali. Così G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, cit., 451.

<sup>168</sup> L'obbligo per un operatore economico di fornire i servizi di interesse economico generale in condizioni di equilibrio economico presuppone la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi. Si vedano le sentenze della Corte di giustizia *Corbeau*, cit., e *La Poste*, cit.

<sup>169</sup> L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata»*, cit., 68.

vario genere (tanto meglio se questi non presuppongano una deroga alle norme europee sulla concorrenza o sugli aiuti di stato) per porre le imprese nelle condizioni di realizzare la specifica “missione” loro affidata dai pubblici poteri, ma laddove tali meccanismi si rivelino inadeguati, saranno le imprese stesse a compensarvi guidate dalla logica del profitto. Può persino accadere che, nel perseguire i propri interessi commerciali, esse si trovino a svolgere funzioni di tradizionale appannaggio statale quale ad esempio la funzione redistributiva. Sfera privata e sfera pubblica, perciò, colmano una le insufficienze dell'altra.

Il rapporto pubblico/privato, di conseguenza, non può essere più letto in termini di contrapposizione, ma va inteso come una relazione di complementarietà. In ultima istanza, le peculiarità del nuovo ordinamento del credito dimostrano che la storia, anche quando sembra ripetersi, non lo fa mai integralmente<sup>170</sup>.

#### *Abstract*

*The Legislative Decree No. 201/2001 (so-called “Salva Italia”) and the Legislative Decree No. 37/2017 have implemented the European Directive 2014/92 on the comparability of fees related to payment accounts, payment account switching and access to payment accounts with basic features. The Italian implementing legislation has imposed an obligation on banks and credit institutions to ensure the universal access to a bank account with basic features in pursuit of several policy objectives: financial inclusion, economic growth, limitation of circulation of cash and reduction of public sector expenditure. The basic bank account allows holders to carry out a number of annual transactions defined by a decree of the Ministry of Economy and Finance (MEF), subject to prior consultation with the Bank of Italy, with an annual all-inclusive fee decided by the banks in compliance with established criteria. Furthermore, the MEF’s decree n. 70/2018 identified the population’s disadvantaged sections for which the basic bank account is free. The Bank of Italy is empowered with supervision, sanctions and regulatory duties in relation to the financial education of consumers. The essay, which revolves around the public/private dichotomy, traces the evolution of the regulation on the basic bank account and checks if credit activities – or at least their essential core – can be considered services of general economic interest in the light of recent legislation.*

<sup>170</sup> A tal proposito delle nuove forme di intervento dello Stato nel settore del credito L. Torchia precisa che «poiché la storia raramente si ripete, la direzione presa non sembra andare verso un ritorno allo Stato imprenditore, ma piuttosto verso la definizione di nuovi assetti – lo Stato salvatore, lo Stato assicuratore di ultima istanza – ancora peraltro assai incerti e non consolidati», L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, intervento svolto al convegno Sistema dei controlli e diritto dell'impresa, cit., 11.

GIOVANNI MULAZZANI

LE UNIVERSITÀ E IL PERSEGUIMENTO DELLA MISSION  
ISTITUZIONALE ALLA LUCE DELL'AUTONOMIA.  
TRA RIFORME LEGISLATIVE E INTERVENTI DELL'ANAC

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le Università-Fondazioni: una potenzialità normativamente prevista e mai attuata. – 3. Le fondazioni universitarie: strumenti dinamici della Terza missione degli atenei. – 4. I consorzi universitari, le società e gli *spin-off* al servizio dello sviluppo della ricerca. – 5. L'aggiornamento del PNA 2017, con riferimento al settore universitario, tra compressione dell'autonomia, rispetto della legalità e prevenzione della corruzione. – 6. (*segue*) Verifica preventiva ai fini della costituzione di enti di diritto privato strumentali e *spin off* e successivo monitoraggio anche per ipotesi di conflitto d'interesse. – 7. Il rischio della perdita di un baricentro funzionale, per orientare allo sviluppo del sistema universitario la collaborazione pubblico-privato.

## 1. Premessa

Le università si sono poste fin dall'inizio, quali fenomeni aventi una funzione specializzata e organizzate in maniera autonoma<sup>1</sup>. In attuazione dell'art. 33 Cost., che conferisce alle università<sup>2</sup> il diritto di dotarsi di ordi-

<sup>1</sup> In questi termini S. Cassese, *L'università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 756.

<sup>2</sup> Sull'università la letteratura giuridica è sterminata, si vedano tra gli altri F. Merloni, *Commento all'art. 6*, in *Il Ministero e l'autonomia delle università e della ricerca*, a cura di F. Merloni, Bologna, il Mulino, 1989, 82; S. Cassese, *op. ult. cit.*, 755 ss.; *L'università nel mondo contemporaneo*, a cura di N. Matteucci, Milano, Bompiani, 1991; A. Barettoni Arleri, F. Matarazzo, voce *Università degli studi*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XLV, 1992, 822 ss.; W. Gasparri, voce *Università degli Studi*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2000, 622 ss.; G. Capano, *L'università in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2000; R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pt. s., II, 1349 ss.; F. Merloni, *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 6103 ss.; M. Dugato, G. Piperata, *Università degli studi – I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2009, XXXII; sulla disciplina costituzionale si vedano S. Cassese, A. Mura, *Commento agli artt. 33 e 34 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1976, 210 ss.; L. Paladin, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1988, 161 ss.; D. Sorace, *L'autonomia universitaria degli anni Novanta: problemi e prospettive*, in

namenti autonomi nei limiti stabiliti dalla legge, l'art. 6, l. 9 maggio 1989, n. 168, c.d. Legge Ruberti, ha riconosciuto agli atenei «autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile». L'attuazione dell'autonomia funzionale<sup>3</sup>, anche se successivamente segnata da rallentamenti, interessata da ripensamenti ed incisa da non pochi interventi legislativi, che talvolta appaiono essere realizzati in controtendenza alle finalità del processo di autonomia medesimo<sup>4</sup>, ha permesso in linea generale di disancorare gli enti

*Dir. pubbl.*, 1996, 139 ss.; A. D'Atena, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in *Giur. cost.*, 1998, 3332 ss.; Id, *Università e Costituzione*, in *L'autonomia del sistema universitario. Paradigmi per il futuro*, a cura di A. D'Atena, Torino, Giappichelli, 2006, 15 ss.

<sup>3</sup> Sull'autonomia universitaria è stato scritto molto. Si v., tra gli altri, S. Cassese, *L'autonomia e il testo unico sulle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 515 ss.; A.M. Poggi, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004; E. Merusi, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss.; R. Calvano, *La legge e l'università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'università italiana*, Napoli, Jovene, 2012. Per i tratti evolutivi essenziali del sistema universitario dal riconoscimento legislativo dell'autonomia e prima dell'avvento della l. n. 240/2010 di riforma dell'ordinamento universitario si veda tra gli altri G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 197 ss.

<sup>4</sup> Si allude alla l. 30 dicembre 2010, n. 240, recante «Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario» attraverso cui, come ha osservato M. Dugato, *Università: l'autonomia mutilata, Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'università*, a cura di G. Colombini, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 20-21 «siamo tornati ad un centralismo che a differenza dello schema proposto dalla cd. legge Ruberti, n. 168/1989, ha determinato la compressione di ogni scelta nel modello auto-organizzativo. (...) Nel sistema della legge Ruberti era evidente che lo Stato si sarebbe dovuto limitare a fissare i principi, le mete e si sarebbe dovuto astenersi dal definire qualsiasi disciplina di dettaglio e soprattutto dall'entrare nel dettaglio. La disciplina normativa degli ultimi anni, soprattutto, degli ultimi dieci anni, dimostra invece che lo Stato non solo è entrato nel dettaglio, ma si è totalmente chiamato fuori dall'individuazione delle mete, per cui, sostanzialmente, non fissa i principi, non ha mai spiegato quale modello di università vuole e che cosa vuole dall'Università». Considerazioni critiche sono state mosse anche da G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, cit., 61, secondo il quale «il mantenimento delle università nella loro configurazione di enti pubblici avrebbe comunque dovuto garantire una progressione o comunque una piena conferma della loro posizione autonomistica. Differentemente, la riforma introdotta con la citata l. n. 240/2010 ha di molto dilatato l'interpretazione dei limiti che la legislazione dello Stato può porre rispetto all'autonomia universitaria, perché ha inserito le università in un ordinamento sezionale con accrescimento di poteri di governo dal centro e con pervasivo uniformismo imposto dalle nuove norme che assumono carattere di dettaglio, nonostante si definiscano quali "principi e criteri direttivi" o "vincoli e criteri direttivi". Sintomatico dell'impostazione centralista, non adeguatamente rispettosa dell'art. 33 Cost. è la stessa definizione formale degli Atenei pubblici come "università statali" (art. 2, l. n. 240/2010), denominazione che determina un regresso con-

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

universitari da un modello burocratico e centralistico retto da un sistema di amministrazione indiretta, caratterizzato dall'unicità e dall'uniformità, per passare ad un assetto ordinamentale in cui risalta una marcata pluralità soggettiva ed una accentuata differenziazione. Con ciò, giustificando pertanto l'affermazione secondo cui non si dovrebbe più tanto parlare di università bensì di sistema universitario, quindi, non più singolare ed omogeneo, bensì plurale ed eterogeneo<sup>5</sup>.

Nel corso degli anni il legislatore ha previsto anche nuovi modelli di università, in ossequio al principio di autonomia funzionale ed al corollario di differenziazione. Tra gli altri si ricordano in particolare le università telematiche<sup>6</sup>, sulle quali tuttavia non ci soffermerà nella trattazione, e le università-fondazione. Queste ultime, rappresentano una fattispecie giuridica che esprime, sotto il profilo concettuale, un *favor* per l'integrazione tra pubblico e privato, ma che finora non ha mai ricevuto attuazione.

Accanto alla pluralità di modelli di università, anzidette, è stato possibile cogliere nel corso degli anni un'altra tendenza evolutiva del sistema universitario, che ha determinato negli anni l'affermazione di un fenomeno che la letteratura sociologica ha identificato nell'espressione «fuga dall'università»<sup>7</sup>, descritto dalla costituzione di fattispecie giuridiche perlopiù a carattere strumentale, che ha avvalorato una dimensione sempre più orizzontale dell'università<sup>8</sup>. Gli atenei infatti, hanno deciso, attesa l'attribuzione di

cettuale rispetto a quella che si era affermata (“università degli studi”) per distinguerle da altre istituzioni universitarie aventi altra configurazione (le università c.d. libere)». Anche C. Barbati, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca. Vincoli e opportunità*, a cura di G. Catalano, Bologna, il Mulino, 2013, 30, ha osservato che, a seguito dell'introduzione della l. n. 240/2010, «si è assistito a un significativo aumento delle regole alle quali è tenuta a uniformarsi l'autonomia universitaria, in tutti i suoi contenuti. La contrazione degli spazi rimessi alle scelte delle istituzioni universitarie ha, perciò, accresciuto gli elementi di uniformità della disciplina cui sono assoggettate specie quelle statali, nei confronti delle quali anche la leva finanziaria delle risorse ha rafforzato la propria capacità di incidere sulle condizioni di funzionamento e sulle prospettive di sviluppo».

<sup>5</sup> In questi termini F. Giglioli, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, a cura di G. Piperata, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, II, 38 ss.

<sup>6</sup> Sulle università telematiche, si v. tra gli altri F. Elefante, *University Business in Italy. Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus*, 2015, 159 ss.; A. Sandulli, *L'arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, 2015, 617 ss.

<sup>7</sup> Si v., tra gli altri, in particolare, P.P. Giglioli, *Baroni e burocrati; il ceto accademico italiano*, Bologna, il Mulino, 1979; A.L. Tota, *Dentro e fuori l'università. Stili accademici e identità professionali*, in *Chi governa l'università?*, a cura di R. Moscati, Napoli, Liguori, 1997, 173 ss.

<sup>8</sup> Si veda sul punto M. Cammelli, *Brevi note sui profili istituzionali del sistema universitario e del governo degli atenei*, in *www.astrid-online.it*, 2003.

nuovi compiti o servizi, l'opportunità di pervenire a forme di gestione più efficaci ed efficienti, la ricerca di modalità di cooperazione e collaborazione con altri soggetti esterni, sia pubblici sia privati, di avvalersi con sempre maggiore frequenza di strumenti giuridici di diritto privato, quali società di capitali, fondazioni, consorzi, associazioni e *spin off*, al fine di perseguire la propria *mission* istituzionale, determinando necessariamente un ampliamento dei confini e degli ambiti di azione di intervento del sistema universitario.

## **2. Le Università-Fondazioni: una potenzialità normativamente prevista e mai attuata**

Le università-fondazione, possono essere annoverate tra gli strumenti più significativi di collaborazione pubblico-privato in ambito universitario. Tali fattispecie se effettivamente attuate, potrebbero rappresentare, secondo parte della dottrina, il modello più compiuto di un processo di privatizzazione, anche se sotto il profilo squisitamente formale, delle università attivabile a discrezione dell'ente sulla base di quanto dispone l'art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133<sup>9</sup>, in forza del quale le università possono scegliere di trasformarsi in fondazioni. La mancata attuazione di tale previsione è dovuta, soprattutto, a problemi di compatibilità giuridica di ordine applicativo, ma senza in alcun modo trascurare la rilevanza di interrogativi e perplessità di ordine sistematico, sorti attorno alla possibilità di trasformazione in fondazioni delle università. In ogni caso la portata di tale previsione normativo, nel contesto ordinamentale attuale del sistema universitario, come ha osservato parte della dottrina<sup>10</sup>, avrebbe oggi una valenza innovativa alquanto ridotta in termini di efficacia. Al fine di permettere alle università di trasformarsi in fondazione, la previsione legislativa *ad hoc* era necessaria. Ciò in quanto le università non avrebbero potuto né appellarsi validamente alla disciplina di cui agli artt. 2500-*sexies*, 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. che permette rispettivamente la trasformazione nelle, da, in, società di capitali in quanto previsioni non applicabili alle pub-

<sup>9</sup> Sulle Università-Fondazione si v. M. Cocconi, *La trasformazione delle Università pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1215 ss.; A. Marra, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, in *Dir. econ.*, 2009, 645 ss.; P. Pozzani, *Caratteri e disciplina della (possibile) trasformazione delle Università in Fondazioni*, in *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, a cura di F.A. Roversi Monaco, Bologna, Il Mulino, 2013, 187 ss.; G. Caia, *op. cit.*, 58-61; F. Giglioni, *op. cit.*, 52-56.

<sup>10</sup> Così G. Caia, *op. cit.*, 59.



## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

bliche amministrazioni né sarebbero potute ricorrere, parimenti, alle norme speciali che prevedevano la trasformazione degli enti pubblici economici o delle aziende autonome. Le fondazioni, di cui alla previsione dell'art. 16, sono da inquadrare tra le fondazioni di partecipazione<sup>11</sup>, le quali godono di autonomia gestionale, organizzativa e contabile, sono prive di finalità commerciali e non possono distribuire gli utili<sup>12</sup>. Il *favor* per l'apporto finanziario dei *partner* privati, sia pure sul piano fiscale, è reso manifesto dalla previsione di cui al comma 5 secondo cui i trasferimenti a favore delle fondazioni universitarie, a titolo di contributo o di liberalità sono esenti da tasse o imposte indirette e diritti, dovuti a qualunque altro titolo e sono deducibili ai fini fiscali, con l'abbattimento fino al novanta per cento degli onorari notarili dovuti per atti di donazione a favore delle medesime fondazioni. La norma in questione è abbastanza sintetica, perché priva di disposizioni di dettaglio: non è stabilito, infatti, un termine entro il quale procedere alla trasformazione; l'opzione a favore della trasformazione è demandato alla discrezionalità dell'università, mediante una deliberazione dei propri organi accademici di vertice; non viene neppure predisposta una *road map* in termini di vincoli e limiti fissati per l'organizzazione dell'università trasformata in fondazione; per concludere il controllo congiunto del Ministero dell'Università e della Ricerca (MIUR) e del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), i quali vantano peraltro il diritto di nomina nel collegio dei sindaci, esercitato sul processo di trasformazione e poi sulla fondazione risultante da quest'ultima, non si presenta difforme rispetto ai controlli di cui al codice civile (capo III, titolo III, libro I) e di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, in materia di riconoscimento della personalità giuridica. Stante il rinnovato quadro giuridico risultante dalla riforma universitaria del 2010, è difficile sostenere che la norma di cui all'art. 16 possa essere foriera di un forte processo di *deregulation* o di privatizzazione, atteso che le fondazioni derivanti dalla trasformazione delle università continuano ad essere assoggettate, in base al comma 14, alle

<sup>11</sup> Così A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 402. Sulle fondazioni di partecipazione si veda tra tutti E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, Passigli, 1998.

<sup>12</sup> Cfr. art. 16, c. 4, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133, secondo cui «Le fondazioni universitarie sono enti non commerciali e perseguono i propri scopi secondo le modalità consentite dalla loro natura giuridica e operano nel rispetto dei principi di economicità della gestione. Non è ammessa in ogni caso la distribuzione di utili, in qualsiasi forma. Eventuali proventi, rendite o altri utili derivanti dallo svolgimento delle attività previste dagli statuti delle fondazioni universitarie sono destinati interamente al perseguimento degli scopi delle medesime».

disposizioni vigenti per le università statali, in quanto compatibili, la natura della fondazione di diritto privato e con ciò la vocazione essenzialmente non lucrativa, la soggezione al controllo da parte della Corte dei Conti, secondo le modalità previste dalla l. 21 marzo 1958, n. 25, fermo restando il beneficio del finanziamento pubblico<sup>13</sup>. Da ultimo viene previsto al comma 12, che in caso di gestione non corretta degli organi amministrativi o di rappresentanza, la fondazione può essere assoggettata al potere di commissariamento da parte dell'ente vigilante ovvero il MIUR, che provvede alla nomina di un commissario straordinario con compiti di amministrazioni e ripristino di una gestione corretta ed equilibrata, e alla nomina di nuovi amministratori entro sei mesi, secondo quanto dispongono le norme statutarie. Per quanto riguarda il contratto di lavoro per i dipendenti della fondazione, il comma 13 prevede il contratto applicabile al momento della trasformazione in fondazione, ma tace sulla categoria contrattuale da applicare nella vigenza del regime fondazionale. Il quadro giuridico delle università-fondazioni che emerge, autorizza a supporre certamente che la disciplina approntata dal legislatore, si caratterizza per essere oscura e sufficientemente problematica, e ciò non può non destare perplessità in ordine ad una disciplina che sceglie di non entrare nel dettaglio, demandandolo alle disposizioni statutarie di ogni singolo ateneo statale, cui è riconosciuta la facoltà di trasformarsi in fondazione.

Parte della dottrina ha ritenuto di ascrivere le università-fondazione ad un *tertium genus*, a metà tra le università statali e quelle non statali da cui però deriverebbero alcuni profili d'illegittimità costituzionale<sup>14</sup>. Una parte della

<sup>13</sup> Cfr. art. 16, c. 9, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133, secondo cui «La gestione economico-finanziaria delle fondazioni universitarie assicura l'equilibrio di bilancio. Il bilancio viene redatto con periodicità annuale. Resta fermo il sistema di finanziamento pubblico; a tal fine, costituisce elemento di valutazione, a fini perequativi, l'entità dei finanziamenti privati di ciascuna fondazione». Sul punto si veda F. Giglioni, *op. cit.*, 53, ad avviso del quale l'art. 16, c. 9, rappresenterebbe prova indiretta di possibili equilibri variegati delle fondazioni risultante dalla trasformazione dell'ente pubblico università a favore di soggetti esterni. Infatti, in tale previsione emerge con forza «(...) la finalità di contenimento della spesa pubblica (...) l'assenza della definizione delle garanzie di *governance* per l'ente di riferimento dovrebbe costituire uno stimolo a un investimento più cospicuo dei soggetti privati che sarebbero incentivati dalla possibilità di disporre anche il controllo».

<sup>14</sup> Si veda in questo senso F. Giglioni, *op. cit.*, 54, che sottolinea l'inquadramento delle università-fondazioni nell'ambito di un *tertium genus* in quanto «(...) non sono né statali, visto che provengono dalla trasformazione di quelle, né non statali, dal momento che se così andassero qualificate non avrebbe senso il comma 14 che continua a richiamare l'applicazione delle disposizioni vigenti per le università statali (...)». Per quanto riguarda i profili di illegittimità costituzionale l'autore segnala innanzitutto che la facoltà per le università di trasformarsi in fon-

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

dottrina<sup>15</sup> ha intravisto, a dire il vero non con ragioni così fondate bensì più dettate forse da un approccio ideologico, nella norma dedicata alla facoltà per gli atenei statali di trasformarsi in fondazioni, un rischio di favorire gli interessi dei privati a scapito dell'interesse pubblico assoggettando al controllo privato le università-fondazioni. Infine c'è chi a ragione veduta ha parlato di trasformazione solo apparente delle università statali in fondazioni, che non sono riconducibili a quelle del diritto privato, bensì allo schema delle fondazioni "legali" che segnalano, sotto mentite spoglie di una forma privatistica, una soggettività pubblicistica con forme nuove<sup>16</sup>. Pur se della norma in questione, si sono evidenziati da più parti soprattutto i risvolti negativi, è condivisibile la posizione di chi ha sostenuto che vi è stata finora una sottovalutazione in ordine ai pericoli causati dalla rinuncia a dotarsi e ad esercitare una facoltà a livello del singolo ateneo<sup>17</sup>.

### 3. Le fondazioni universitarie: strumenti dinamici della Terza missione degli atenei

La mancata attuazione della norma relativa alla possibilità per le uni-

dazioni non sarebbe coerente con l'attuazione dell'art. 33 Cost., sarebbe inoltre in aperto contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto esisterebbero già università non statali gestite da fondazioni e dunque appare irragionevole disciplinare fattispecie analoghe in modo diverso, ed infine la norma non garantirebbe a sufficienza l'autonomia funzionale riconosciuta alle università dall'art. 33, sesto comma, Cost. Altri dubbi di legittimità costituzionale che attengono tanto alla vulnerazione della libertà d'insegnamento e della ricerca in ragione della trasformazione delle università in fondazioni con la gestione demandata ai privati quanto alla compressione dell'autonomia statutaria sono state esposti da A. Marra, *op. cit.*, 663 ss. Altre critiche in ordine ai profili di costituzionalità sono state manifestate rispetto allo strumento della privatizzazione per le università da O. Forlenza, *Le Università scelgono se diventare fondazioni*, in *Guida al dir.*, 2008, 29, 37.

<sup>15</sup> Per una posizione di netta contrarietà in ordine alla norma di cui all'art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133, si segnala G. Azzariti, A. Burgio, A. Lucarelli, A. Mastropaolo, *Manifesto per l'università pubblica*, Roma, Deriveapprodi, 2008.

<sup>16</sup> Così A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, in *Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'università*, cit., 68 ss., per il quale «Tali trasformazioni in fondazione, infatti, incidono a quanto pare soltanto sul nome delle Università, ma quanto alla sostanza si tratta di soggetti che non perdono i tratti essenziali della soggettività pubblica (...). Le Università pur trasformate in Fondazioni infatti restano Enti pubblici per quell'insieme di vincoli strutturali ed ontologici che il citato art. 16 non dimentica di ribadire. (...) Queste fondazioni universitarie sono fondazioni solo in senso improprio, anzi non sono fondazioni affatto, sono enti pubblici e questa trasformazione è una, l'ennesima, trasformazione apparente; e se è una trasformazione apparente».

<sup>17</sup> In questi termini G. Caia, *op. cit.*, 61.

versità di trasformazione, come ha osservato una parte della dottrina<sup>18</sup>, ha di fatto liberato ulteriormente il campo all'operatività di soggetti di diritto privato che orbitano intorno alle università con funzioni strumentali, collaterali, integrative della *mission* istituzionale universitaria. Da un punto di vista dell'evoluzione in termini giuridici, le università avevano iniziato a beneficiare degli effetti positivi della capacità giuridica, ben prima dell'avvento del riconoscimento dell'autonomia, sul presupposto della personalità giuridica loro riconosciuta. Ciò aveva permesso, infatti, agli atenei di agire al di fuori del perimetro tradizionalmente e istituzionalmente riservato al personale docente ed alle strutture scientifiche di ricerca. Da qui un sempre più frequente e consueto ricorso a strumenti negoziali ed a moduli di diritto privato, in un contesto normativo che accoglie alcuni limiti esplicitati chiaramente dalla dottrina<sup>19</sup>, ed è parimenti caratterizzato dalla pluralità di fonti regolamentari e normative, di diritto nazionale, regionale, finanche europeo. La proliferazione di numerose soggettività e di nuovi enti di diritto privato, che a vario titolo agiscono nell'ambito universitario, segnalano l'esigenza delle università di dotarsi di strumenti d'azione stabili e non più soltanto temporanei come gli strumenti negoziali, nell'ottica di perseguire quella che è stata denominata "terza missione" accanto alla didattica ed alla ricerca, tradizionalmente costitutive della *mission* istituzionale delle università<sup>20</sup>. Innanzi

<sup>18</sup> Si veda G. Caia, *op. cit.*, 57, in ordine al rapporto tra università-fondazione e fondazioni universitarie, per il quale «(...) i due fenomeni non sono necessariamente correlati e comunque, oggi, non coesistono; si può anzi dire che essi sono in qualche modo antitetici, nel senso che l'uno determinerebbe – per molti versi – la non necessarietà dell'altro e viceversa. La trasformazione delle università pubbliche in fondazioni e la realizzazione in tale (nuova) forma dello scopo di pubblica utilità renderebbe, infatti inutile e, per alcuni aspetti, incompatibile la presenza (a valle di tali rivenienti fondazioni) di altre fondazioni universitarie strumentali e di supporto, anche se non si può escludere che le fondazioni di conseguenti alla trasformazione delle attuali università possano partecipare a figure soggettive di carattere societario o consortile (per il carattere marcatamente funzionale ed operativo di queste due ultime)».

<sup>19</sup> Cfr. G. Caia, *op. cit.*, 62, ad avviso del quale si devono tenere presente alcuni limiti al ricorso di soluzione organizzative negoziali o privatistiche «a) vi deve essere una corrispondenza allo scopo istituzionale perseguito dall'ente e conseguente permanenza dell'operato del soggetto partecipato nell'ambito funzionale del primo; b) si deve evitare ogni elusione di divieti normativi concernenti le attribuzioni dell'ente ovvero di norme precettive di carattere procedurale poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche; c) non si deve contravvenire al divieto per l'ente di spogliarsi di compiti istituzionali disciplinati dall'ordinamento quali a necessario esercizio diretto, salve le deleghe ammesse dalla normativa».

<sup>20</sup> Di "terza missione" parlano T. Agasisti, G. Vittadini, *Fatti e misfatti del sistema universitario italiano: un quadro d'insieme e le prospettive alla luce della Riforma Gelmini*, in *L'università possibile. Note a margine della riforma*, a cura di G. Vittadini, Milano, Guerini e associati, 2012. Di "pluralità di missioni" più in generale parla, invece, G. Capano, *op. cit.*, 13 ss.

## le università e il perseguimento della *mission istituzionale*

al frequente ricorso ai moduli privatistici da parte degli atenei, si è generata un'incertezza circa i profili ed i limiti propri dell'espressione e dell'attuazione dell'autonomia medesima, ponendo così le basi per un intervento in sede legislativa volto a tipizzare i soggetti o comunque ad avvallarne l'istituzione quale necessario elemento di legittimazione<sup>21</sup>. Tra tutti gli istituti associativi giuridici, quello che negli ultimi anni, nell'ambito universitario, ma non solo, si sta diffondendo ampiamente è senza dubbio quello della fondazione di diritto privato<sup>22</sup>.

Tale istituto si colloca nel panorama giuridico più ampio che vede un processo di valorizzazione crescente della società e del privato rappresentato nella diffusione ed espressione innanzitutto delle realtà del terzo settore, implementate sicuramente a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che ha costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale. Le fondazioni hanno, peraltro, giocato un ruolo non indifferente nella stagione delle privatizzazioni iniziate negli anni Novanta, traendo probabilmente successo attraverso la valorizzazione di elementi che sono intrinseci alla natura giuridica fondazionale, ovvero innanzitutto l'esistenza di un patrimonio destinato ad una finalità specifica conferendo stabilità all'assetto da un lato e assenza di scopo lucrativo dall'altro.

<sup>21</sup> Così F. Giglioni, *op. cit.*, 64-65.

<sup>22</sup> Le fondazioni sono disciplinate dal libro I del codice civile e dal d.lgs. 17 maggio 1999, n. 157, e s.m.i. In dottrina per la parte civilistica d'inquadramento dell'istituto si segnala per tutti F. Galgano, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, Milano, Giuffrè, XIV, 1989, 2 ss. Per i profili generali, si vedano V. Cerulli Irelli, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006; Id., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; Id., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.* 2003, 801 ss.; Id., *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, *ivi*, 2006, 573 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991; Id., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 685 ss. Sulle fondazioni "legali", si vedano S. De Gotzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011; A. Bardusco, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1991, 389 ss.; A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. amm.*, 2005, 473 ss.; F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss. Sulle fondazioni bancarie si vedano F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.; Id., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 2698 ss.; G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004; R. Costi, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. banc.* 2012, 597 ss.; M. Tanzi, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013, 257 ss..

L'attualità che vanno assumendo gli strumenti operativi, quali ad esempio le fondazioni universitarie, s'inserisce in uno scenario normativo in cui la riforma universitaria di cui alla l. n. 240/2010 introduce limiti all'autonomia degli atenei. Pertanto, le fondazioni assumono rilevanza, quali reali possibilità di interpretare in chiave rinnovata e flessibile, secondo il canone giuridico dell'autonomia universitaria, l'attività degli atenei. Il principio di autonomia, quello di differenziazione e di adeguatezza rappresentano, infatti, i corollari di declinazione conseguenti all'applicazione del principio costituzionalizzato, dell'autonomia riconosciuta agli enti universitari.

Le Fondazioni universitarie<sup>23</sup> sono state disciplinate a livello legislativo dall'art. 59, c. 3, l. 23 dicembre 2000, n. 388, c.d. Legge Finanziaria 2001, che prevede la possibilità per le università di costituire fondazioni di diritto privato. Tali istituti, non sono comunque completamente nuovi nel panorama giuridico nazionale, atteso il ricorso a strumenti negoziali e di diritto privati già all'epoca delle privatizzazioni come accennato in precedenza<sup>24</sup>. L'*intentio legis* era evidentemente ispirata a ragioni di tipo finanziario, cioè dare la possibilità alle università di ricorrere a strumenti alternativi, a forme di aggregazioni interuniversitarie al fine di realizzare centrali di acquisto di beni e servizi in un quadro maggiormente competitivo e vantaggioso. Con il deliberato obiettivo di conseguire un risparmio nella gestione delle risorse pubbliche<sup>25</sup>, il legislatore ha predisposto un successivo e attuativo

<sup>23</sup> Sulle fondazioni universitarie si vedano in particolare D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 765 ss.; G. M. Riccio, *Le fondazioni universitarie, Analisi del d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 141 ss.; R. Finocchi, *op. cit.*, 1386 ss.; D. Sorace, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, Torino, 2006; *Fondazioni universitarie – Radici storiche e configurazioni istituzionali*, a cura di G. Gemelli, Bologna, 2005; M. Caporale, *Le fondazioni universitarie*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, 2009, 345 ss.; G. Caia, *op. cit.*; A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit.; E. Giglioni, *op. cit.*

<sup>24</sup> In virtù della riconosciuta capacità di diritto privato, anche le università, prima della c.d. legge Finanziaria 2001, in quanto enti pubblici dotati di autonomia funzionale, hanno dato vita a Fondazioni di diritto privato, come ad esempio nel caso dell'Università degli Studi di Bologna che nel 1996 aveva proceduto alla costituzione della Fondazione Alma Mater quale struttura di collegamento tra l'Ateneo e la società, che riceveva riconoscimento formale dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica nel 1997. La costituzione di fondazioni di diritto comune da parte di enti pubblici territoriali e/o autonomi sia un fenomeno alquanto diffuso nella prassi come ha evidenziato S. De Gotzen, *op. ult. cit.*, 29. Così, ad esempio, D. Sorace, *op. cit.*, 645, si è interrogato circa la ragione per cui gli Atenei dovrebbero istituire fondazioni di diritto speciali ai sensi dell'art. 59, c. 3, l. n. 388/2000 (c.d. legge Finanziaria 2001) e del regolamento (d.P.R. n. 254/2001), in luogo delle fondazioni di diritto comune, alle quali hanno già fatto in passato frequente ricorso.

<sup>25</sup> La matrice eminentemente finanziaria della norma si evince dai lavori preparatori

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

regolamento (d.P.R. n. 254/2001) che, cercando di rispondere alle istanze di razionalizzazione e di contenimento dei saldi di finanza pubblica, ha tentato di mettere in opera un'azione tesa a convogliare risorse pubbliche e risorse private, mediante un veicolo giuridico di diritto privato, la fondazione, avente natura strumentale rispetto alle finalità dell'ente pubblico universitario.

L'art. 59, c. 3, della legge finanziaria 2001 è, infatti, una disposizione alquanto laconica anche perché la disciplina di dettaglio è recata nel successivo regolamento attuativo. Quest'ultima prevede che una o più università, anche con la partecipazione di enti ed amministrazioni pubbliche e soggetti privati, possono costituire fondazioni di diritto privato, per svolgere attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca in relazione ai propri statuti, a favore delle università costituenti. Tali fondazioni possono svolgere attività, le più varie, in luogo degli atenei, salvo nelle materie di formazione e ricerca, se previsto dagli statuti<sup>26</sup>. Le fondazioni universitarie sono annoverabili nell'ambito delle fondazioni di partecipazione<sup>27</sup>, il cui ricorso ha trovato applicazione anche in altri settori oltre a quello universitario<sup>28</sup>.

La relativa previsione regolamentare il d.P.R. n. 254/2001 ha definito i criteri e modalità per la costituzione e funzionamento dei predetti istituti e qualificato le fondazioni come strumento organizzativo delle università. Tali fondazioni vengono definite come persone giuridiche di diritto privato sen-

del provvedimento, in quanto inizialmente il Ministero del Tesoro intendeva dare avvio ad un processo di aggregazione interregionale tra università e altri enti decentrati di spesa al fine di razionalizzare gli acquisti di beni e servizi come riferisce puntualmente D. Marchetta, *op. cit.*, 765.

<sup>26</sup> La dottrina ha osservato come gli spazi normativi riconosciuti agli statuti possono dare vita a tipologie di fondazione molto differenti ed eterogenee. Cfr. G. M. Riccio, *op. cit.*, 149.

<sup>27</sup> Come ha evidenziato opportunamente M. Caporale, *op. cit.*, 359 i caratteri tipici della fondazione di partecipazione sono «la pluralità di fondatori, che determina l'atto di fondazione sempre come atto unilaterale ma multipersonale; la partecipazione attiva dei fondatori nella gestione della fondazione; la formazione progressiva del patrimonio: oltre all'atto di liberalità iniziale di destinazione di un patrimonio a uno scopo, altri se ne possono aggiungere in seguito, conferiti da soggetti pubblici o privati (c.d. fondatori successivi); la connotazione della fondazione di partecipazione come fondazione operativa che cioè, nell'esercizio delle sue attività, non eroga contributi ma realizza iniziative specifiche».

<sup>28</sup> Si veda sul punto tra gli altri G. Franchi Scarselli, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in *Aedon*, n. 1/2002; T. Bonetti, *Strumenti generali di sperimentazione gestionale*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci, Milano, Giuffrè, 2008, 181 ss.; T. Pontello, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 317 ss.

za fine di lucro, e riconosciute come tali *ex art.* 11, d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che ribadisce quale riferimento normativo il Codice civile per quanto non disciplinato nel regolamento. In definitiva le fondazioni universitarie, sono costituite dagli atenei quali enti di riferimento al fine di realizzare l'acquisto di beni e servizi alle più vantaggiose condizioni di mercato e parimenti per lo sviluppo di attività strumentali e di supporto alla didattica ed alla ricerca. Le fondazioni, operano esclusivamente nell'interesse degli enti costituenti, ovvero delle università di riferimento così come stabilisce l'art. 1 comma 4. Il patrimonio della fondazione è caratterizzato dalla progressività dei conferimenti possibili, peculiarità che definisce la diversità della natura dei possibili soggetti che partecipano alla costituzione della fondazione medesima (fondatori) ovvero contribuiscono stabilmente alla realizzazione delle finalità mediante l'apporto di contributi economici e attività (partecipanti istituzionali) ovvero contribuiscono anche soltanto occasionalmente al perseguimento delle medesime finalità (partecipanti). Alla disciplina legislativa concernente le fondazioni, si affianca una disciplina statutaria, alla quale spetta definire i compiti e le strutture operative di questi enti, ai sensi dell'art. 3, ed in ottemperanza al regolamento recante l'elenco delle attività che le fondazioni possono svolgere a favore e per conto delle università. Tali sono le attività «strumentali e di supporto della didattica e della ricerca scientifica e tecnologica» (art. 2, c. 1, lett. b)<sup>29</sup>. Lo statuto è deliberato unitamente all'atto costitutivo, dalle università, previa acquisizione di un parere obbligatorio da parte del MIUR.

Un tema che si è posto all'attenzione dell'indagine della dottrina e della giurisprudenza, è stato quello relativo alla qualificazione della natura giuridica delle fondazioni universitarie, soprattutto alla luce delle future prospettive europee ed attese le presenti ambiguità di ordine giuridico nazionale. Nell'affrontare il tema dell'inquadramento delle fondazioni universitarie occorre, tuttavia, considerare che, seppure lo strumento giuridico della fondazione (che la dottrina ha distinto in diverse categorie sulla base dell'intensità della presenza della componente pubblicistica<sup>30</sup>) è parte della

<sup>29</sup> Parte della dottrina (Cfr. D. Marchetta, *op.cit.*, 772) ha asserito che tale elenco abbia valore tassativo, e quindi non potrebbero essere esternalizzate che quelle attività ivi elencate, mentre non sarebbe tassativo l'elenco delle tipologie di attività di cui all'art. 2 comma 2.

<sup>30</sup> Si veda G. Napolitano, *op. ult. cit.*, 579 ss. che distingue tra fondazioni a base privata «che erogano prestazioni e finanziamenti grazie alle rendite derivanti da patrimoni storicamente alimentati dai privati. È il caso degli enti previdenziali dei liberi professionisti che non usufruiscono di finanziamenti o altri ausili pubblici, delle istituzioni di assistenza e beneficenza promosse o amministrate da privati, e, in qualche misura, delle fondazioni di origine bancaria», fondazioni a partecipazione privata che «producono un bene collettivo o di me-



## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

nozione più ampia di formazioni sociali, ai sensi dell'art. 2 Cost. e quale espressione stabile di perseguimento di interessi generali da parte di soggetti privati in chiave di sussidiarietà ai sensi dell'art. 118, quarto comma, Cost. è pur vero che in ambito universitario le fondazioni sorgono non dalla volontà dei privati, bensì da quella delle università, che sono enti pubblici, le quali coinvolgono anche soggetti privati al momento della costituzione.

Accanto a chi ne ha sostenuto la natura privatistica<sup>31</sup>, richiamando la giurisprudenza dei giudici di legittimità<sup>32</sup>, che non ha letto un'attrazione della fondazione, quale ente di diritto privato regolato ai sensi del codice civile, nella sfera giuridica di diritto pubblico, soltanto sul presupposto che l'università ne sia il fondatore o partecipi ai suoi organi amministrativi, vi è stato, invece, chi ha messo in luce il peso preponderante e non indifferente che gli atenei assumono nelle fondazioni universitarie. Con ciò ed eviden-

rito e mirano a coinvolgere i privati nel capitale e nella gestione: è il caso dei musei, degli enti lirici e musicali, del Centro sperimentale di cinematografia, dell'Istituto nazionale per il dramma antico, del Museo della scienza e della tecnica Leonardo da Vinci, della Triennale di Milano, della Biennale di Venezia, forse dell'Istituto italiano di tecnologia. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di enti pubblici trasformati in fondazioni di diritto privato», infine fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore «derivanti da processi di esternalizzazione, come quelle universitarie e quelle culturali. Qui si prevede espressamente che l'istituzione di fondazioni da parte dei pubblici poteri sia diretta «allo scopo di perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni»; ovvero che le fondazioni siano «operanti esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento». In questo quadro, la partecipazione dei privati è soltanto eventuale e non costituisce comunque l'obiettivo principale del ricorso alla fondazione, concepito, piuttosto, come uno strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost.».

<sup>31</sup> A favore della natura privata di tali enti si era espressa l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale ora soppressa (Cfr. art. 8, c. 23, d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 aprile 2012, n. 44) che mediante un atto d'indirizzo generale emanato nell'ambito delle proprie attribuzioni a formulare pareri circa le problematiche in materie di propria competenza aveva sostenuto che «il riconoscimento di natura privatistica dei soggetti collettivi disciplinati dal codice civile non viene meno in alcuna misura per il semplice fatto che un soggetto di diritto pubblico, con una relazione finanziaria tipica (partecipazione al patrimonio, attivazione nella fase costitutiva), figuri tra i soggetti fondatori dell'ente in questione».

<sup>32</sup> Cfr. Cass., civ., sez. un., 23 novembre 1993, n. 11541, la quale ha affermato che «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno per le vicende della medesima, la persona dell'azionista (...). La natura pubblica degli enti che concorrono a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo (...) né può ritenersi indicativa della natura pubblica di un'associazione la partecipazione ai suoi organi di rappresentanti dei soggetti pubblici che l'hanno formata».

ziando che l'oggetto sociale delle fondazioni universitarie, corrisponde in ogni caso ad attività caratterizzate dalla strumentalità, rispetto alle finalità istituzionali degli atenei medesimi e confermando che questi elementi inequivocabilmente non collimano con la fisionomia giuridica propria di una fondazione di diritto privato.

Inoltre, in dottrina merita di essere richiamata la posizione di chi ha ravvisato una deviazione dalla natura e dalle finalità intrinseche, tra le stesse fondazioni universitarie e lo schema giuridico delle fondazioni di partecipazione. Queste ultime, sarebbero esperienze giuridiche rette interamente dalle norme di diritto comune e comunque non soggette a rapporti diretti o indiretti di strumentalità o di emanazione con enti pubblici di riferimento costituenti e/o partecipanti<sup>33</sup> ma individuerebbero esperienze di partenariato pubblico privato c.d. istituzionalizzato, in cui avviene l'incontro delle volontà tanto dei soggetti pubblici quanto dei soggetti privati<sup>34</sup>. A questo proposito la dottrina ha giustificato la costituzione di fondazioni di partecipazione quale forma avanzata, stabile, strutturata di collaborazione pubblico privato, prendendo le mosse dall'effetto evidentemente positivo che la sinergia tra pubblico e privato produceva e sostenendo che le fondazioni di partecipazione costituiscono un modulo operativo, che pare presenta-

<sup>33</sup> Il tema della partecipazione degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione pone alcuni aspetti problematici in ordine alla natura giuridica della fondazione medesima, e come ha osservato A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 79-81, «La questione si pone non solo come organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina sugli appalti, ma più radicalmente come riconoscimento della sostanziale natura pubblica di siffatto ente formalmente di diritto privato».

<sup>34</sup> Si veda M.P. Chiti, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it), Milano, 2007, 43 ss., per il quale «Il dato costitutivo non è infatti di per sé decisivo, come dimostra il caso delle fondazioni universitarie (ai sensi del d.P.R. n. 254/2001), costituite formalmente per convergente volontà di vari soggetti, ma nella sostanza “organi indiretti” dell'ente di riferimento (l'Università). Le fondazioni di partecipazione devono, invece, esprimere compiutamente un partenariato pubblico privato, quali enti di forma privatistica in cui più soggetti, privati e pubblici, perseguono fini di utilità sociale. Non si tratta dunque di emanazioni di amministrazioni pubbliche, né di forme elusive dei vincoli pubblicistici, ma espressione istituzionalizzata (il ricordato Libro verde della Commissione parla di “partenariato istituzionalizzato”) dell'incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati per realizzare una forma di cooperazione di lungo termine per il conseguimento di scopi di utilità sociale. La relativa disciplina – di cui si ribadisce l'urgenza, atteso il rapido sviluppo del fenomeno cui occorre dare un affidabile scenario giuridico di riferimento – non potrà che essere principalmente di diritto comune, salve alcune fattispecie (come gli appalti) caratterizzate da norme pubblicistiche per assicurare il necessario rispetto degli interessi pubblici rilevanti, quali concorrenza e imparzialità».

## le università e il perseguimento della *mission istituzionale*

re almeno un duplice effetto positivo ovvero «coinvolgere i privati in un organismo privato, ancorché solo parzialmente associativo, e permettere ai finanziamenti pubblici ricevuti da privati di sfuggire alla disciplina contabile pubblica»<sup>35</sup>.

Secondo taluni, guardando alle fondazioni universitarie sotto il profilo della categoria degli organismi di diritto pubblico<sup>36</sup>, in chiave funzionale

<sup>35</sup> Cfr. F. Merusi, *op. ult. cit.*, 447.

<sup>36</sup> Cfr. art. 3, c. 1, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Come ha ricordato F. Merusi, *op. ult. cit.*, 452 ss., ai fini della qualificazione di un ente quale organismo di diritto pubblico così come individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e cristallizzati nella disciplina dei contratti pubblici, vale la pena ricordare che non occorre che tutti i requisiti necessari siano contestualmente ricorrenti essendo sufficiente che ne ricorra almeno uno e tenendo presente come ha asserito la Cassazione (Cfr. Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667; 26 febbraio 2004, n. 3899) nella qualificazione dell'organismo di diritto pubblico che «prescinde dalla forma giuridica adottata per fondarsi invece sul duplice dato sostanziale del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale nonché dell'influenza dominante, diretta o indiretta, da parte della pubblica autorità». La dottrina sulla nozione di organismo di diritto pubblico è amplissima, *ex plurimis*, V. Caputi Jambrenghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.; B. Marni, *L'organismo di diritto pubblico, profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2003; M. P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, BUP, 2000; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.; A. Mari, *Le infrastrutture*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, II, 1892 ss.; C. Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1027 ss.; S. Vinti, *Organismo di diritto pubblico*, in *www.treccani.it*, 2016. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE è stata copiosa sull'individuazione dei caratteri identificanti la fattispecie di organismo di diritto pubblico, in questa sede si ricorda quella che ha dato l'avvio a successive pronunce in materia di individuazione di amministrazioni aggiudicatrici in base al criterio funzionale C. giust. CE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi* secondo la quale «Alla nozione di Stato, ai sensi di questa norma, si deve dare un'interpretazione funzionale. La finalità della direttiva, consistente nell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi in materia di appalti (...), sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della direttiva stessa dovrebbe essere esclusa per il solo fatto che un appalto (...) è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. (...) Di conseguenza si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione

ovvero ai fini dell'applicazione della disciplina inerenti i contratti pubblici<sup>37</sup> (come ha chiarito anche il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>38</sup>), e affrontando il tema dell'incidenza del *quantum* di presenza pubblica in termini qualitativi all'interno dell'assetto fondazionale, secondo i criteri indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non si può non intravedere un ente che perde l'ancoraggio al diritto comune e si sposta sempre di più nel diritto speciale, ovvero nel diritto pubblico, essendo attratto, ancorché *ratione materiae*, nell'orbita degli organismi di diritto pubblico. Le fondazioni pertanto, secondo una parte della dottrina, appaiono svelare, sotto questo profilo, la propria natura di organismo pubblico svolgente attività strumentali rispetto all'ente di riferimento, l'università, con la quale mantengono un rapporto

per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare rientri nella nozione di Stato (...) anche se formalmente non fa parte dello Stato.

<sup>37</sup> Tuttavia, come ha rammentato F. Cortese, *L'ambito soggettivo di applicazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 70 «l'individuazione di un organismo di diritto pubblico non comporta, sul piano del diritto nazionale, soltanto conseguenze concernenti il rispetto delle regole e dei principi dell'evidenza pubblica per le procedure di gara di rilevanza europea. Le conseguenze di carattere sostanziale possono essere anche ulteriori, quali, ad esempio, l'applicazione agli atti di gara della disciplina sul diritto di accesso (ex art. 22 ss. della legge n. 241/1990) o, se del caso, anche di quella sulla trasparenza e sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nell'amministrazione (...), nonché la potenziale estensione ai dipendenti, laddove esercitino l'attività pubblicistica tipica della stazione appaltante, del c.d. "statuto penale della p.a.", ossia delle fattispecie di reato che sono proprie dei pubblici ufficiali».

<sup>38</sup> Cfr. Cons. St., sez. atti normativi, 13 gennaio 2003, n. 4751. A proposito di questa pronuncia F. Merusi, *op. ult. cit.*, 453 ss. afferma in chiave critica che il Consiglio di Stato «ha tentato di esorcizzare l'"armonizzazione" comunitaria sostenendo che la disciplina comunitaria sarebbe una disciplina "funzionale", varrebbe solo per le procedure previste nelle direttive per gli appalti di lavori e di servizi, ma non inciderebbe sulla qualificazione soggettiva "dell'organismo di diritto pubblico", il quale, in base ad una sorta di "schizofrenia" fra ordinamenti diversi, continuerebbe ad essere un soggetto di diritto privato, se così qualificato dall'ordinamento nazionale. Salvo poi a non trovare una spiegazione plausibile sul perché una persona giuridica di diritto privato diventi per il mercato delle pubbliche forniture una "amministrazione indiretta" ed emani atti amministrativi tipizzati dalla normativa comunitaria e dalle leggi nazionali di recepimento (...). La fantasia giuridica è infinita, ma la realtà fattuale è il suo limite. Qui non si può inventare un'attribuzione di potere da parte della pubblica autorità attraverso un provvedimento di concessione (...). Qui prima si accerta se un soggetto ha le caratteristiche sostanziali dell'organismo di diritto pubblico e poi si applica il principio di legalità comunitaria (e nazionale) alle sue manifestazioni di volontà necessarie per determinare la concorrenza nell'ambito delle pubbliche forniture. Se l'ente non fosse pubblico le forniture non sarebbero pubbliche e mancherebbero pertanto i presupposti per la correzione artificiale di uno specifico mercato».

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

di forte soggezione<sup>39</sup>, nonostante si presentino come enti di diritto privato anche rispetto alle modalità di redazione degli statuti<sup>40</sup>.

Le ultime considerazioni svolte hanno condotto una parte della dottrina a inquadrare le fondazioni universitarie tra gli enti pubblici a fondo di dotazione associativo<sup>41</sup>, mentre altra dottrina ha ritenuto, di abbandonare ed anzi rifuggire ricostruzioni dogmatiche dell'istituto di diritto comune, partendo dalla considerazione sulla base della quale, quando si tratta di fondazioni di origine pubblica, come quelle universitarie, occorre non prospettare l'inconciliabilità *sic et simpliciter* tra la fondazione quale archetipo di matrice privatistica e la fondazione strumentale all'ente pubblico. In quest'ottica occorre perciò valorizzare il dato funzionale, intrinseco all'assetto fondazionale del patrimonio destinato ad uno scopo d'interesse generale<sup>42</sup>. Infine c'è chi in dottrina non ha mancato di ascrivere al regime di diritto amministrativo le fondazioni universitarie<sup>43</sup>. In definitiva appare condivisibile una posizione espressa in sede dottrinale che, pur riconoscendo alle fondazioni universitarie una soggettività a controllo pubblico, accorda alle stesse in via prevalente un regime giuridico proprio del diritto privato, non essendosi affermati orientamenti giurisprudenziali o legislativi consolidati, che possano deporre a favore di una qualificazione in senso pubblicistico delle fondazioni medesime.

<sup>39</sup> Tale soggezione emerge nella disciplina di dettaglio di cui al d.P.R. n. 254/2001, nella composizione del consiglio d'amministrazione (artt. 8 e 9) che per la maggioranza assoluta dei componenti è nominato dall'ateneo al quale è riservata parimenti anche la nomina del Presidente. Emerge poi nel ruolo pervasivo assunto dall'ateneo, nella sottoposizione della fondazione al potere d'indirizzo e di riscontro dell'università, circa l'effettiva coerenza dell'attività delle fondazioni (art. 1), nella definizione delle linee guida dell'attività (art. 12), nell'approvazione del piano annuale e pluriennale della attività, su proposta del consiglio d'amministrazione (art. 13), infine gli atenei conservano la prerogativa di effettuare il controllo sia di legittimità sia di merito in ordine alle eventuali deliberazioni, assunte dalla fondazione, contrarie all'atto costitutivo ed allo statuto, a norme imperative ed al buon costume (art. 15).

<sup>40</sup> M. Caporale, *op. cit.*, 372 ss.

<sup>41</sup> In questi termini F. Merusi, *op. ult. cit.*, 501 ss. secondo cui i vincoli pubblicistici sarebbero difficilmente ignorabili nell'attività di ricostruzione della natura giuridica delle fondazioni universitarie e dunque il regolamento ministeriale d.P.R. n. 254/2001 atto a regolare gli aspetti organizzativi e di funzionamento delle fondazioni medesime, sarebbe illegittimo in quanto adottato in contrasto con la natura privata della fondazione oppure si è in presenza appunto di un ente pubblico a fondo di dotazione associativo.

<sup>42</sup> Così G. Napolitano, *op. ult. cit.*, 580 ss. In senso conforme si vedano anche A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 80-81; S. De Gotzen, *Il nuovo modello delle fondazioni speciali universitarie e le prime attuazioni: la fondazione universitaria di Padova*, in *Il diritto della Regione*, 2003, 289 ss.

<sup>43</sup> Così A. Romano Tassone, *op. cit.*, 473 ss.

#### 4. I consorzi universitari, le società e gli *spin-off* al servizio dello sviluppo della ricerca

Accanto alle fondazioni, le università fin dagli anni Ottanta hanno sovente fatto ricorso anche ad altri due istituti, sempre in ottica strumentale, ovvero i consorzi e le società<sup>44</sup>, sulla cui legittimità ed opportunità anche la dottrina e la giurisprudenza<sup>45</sup> si sono interrogate a lungo negli

<sup>44</sup> Cfr. art. 91-*bis*, d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, introdotto dall'art. 13, l. 9 dicembre 1985, n. 705, «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1o dicembre 1983, n. 651, a condizione che: a) la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; b) l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico;

c) sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; d) le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; e) ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza. I proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o di consulenza richiesti ad università siano corrisposti secondo quanto stabilito nel precedente articolo 66. Gli eventuali utili spettanti alle università siano da queste destinati a fini di ricerca. La partecipazione dell'università è deliberata dal consiglio di amministrazione, udito il collegio dei revisori».

<sup>45</sup> Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. L'Istituto Universitario di Architettura di Venezia (IUAV) aveva acquistato le quote di una società per azioni proprietaria di immobili al fine di destinarli ad attività didattiche e di servizi istituzionali. Ultimato l'acquisto, l'ente societario ha subito trasformazioni, inizialmente mutando la denominazione e si è modificato l'oggetto sociale includendo pertanto attività di studio, di ricerca e di *engineering*. Successivamente, la società si è scissa in due distinte società: la Isp, per le attività di *engineering*, a socio unico, e la Iuav Immobiliare per la gestione immobiliare. Infine, è stato stipulato un accordo con l'Università di Verona, si è ceduto alla predetta Università il 20% delle quote e si è trasformata la Iuav Immobiliare in una fondazione universitaria ai sensi dell'art. 1 d.P.R. n. 254/200. L'ordine professionale degli architetti della provincia di Belluno ed altri, impugna codesti atti emanati dall'ente. I giudici amministrativi, affermavano che l'autonomia di tipo organizzativo e finanziario che la Costituzione all'art. 33, ultimo comma, riconosce alle università, quali enti pubblici ad autonomia funzionale, consente loro di costituire e/o acquisire società private, ma solo per il perseguimento delle loro finalità di insegnamento e di ricerca e non allo scopo di erogare servizi contendibili sul mercato; Gli enti pubblici, privi di finalità lucrative, possono avvalersi pertanto di società *in house*, quali moduli organizzativi neutrali rientranti nell'autonomia organizzativa dell'ente, altrimenti è necessaria una espressa previsione legislativa che autorizzi l'ente stesso ad avvalersi di società per operare a mercato, in regime di concorrenza. Quest'ultima ipotesi sarebbe vietata se, a livello statutario, non fosse reso esplicito un nesso strumentale evidente tra l'attività della società e la *mission* istituzionale dell'ente pubblico controllante e partecipante, dal punto di vista dell'oggetto sociale, della *governance* e

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

anni<sup>46</sup>. La possibilità di costituire o acquisire società come nel caso della possibilità di costituire o aderire a consorzi universitari e/o inter-universitari<sup>47</sup> trova, infatti, fondamento, come pure per le fondazioni, nella capacità generale di diritto privato degli enti pubblici. Se le fondazioni, i consorzi e le società sono tra gli strumenti aventi valore strumentale, rispetto alla *mission* istituzionale perseguita dagli atenei, vi sono anche altri soggetti, che invece sono chiamati a svolgere una funzione collaterale rispetto a tale *mission*, denominati *spin off* che possono assumere sia la forma societaria (S.p.A. o S.r.l.) sia quella fondazionale. Gli *spin off*, insieme alle fondazioni bancarie e d'impresa per la ricerca e alle piattaforme tecnologiche nazionali, avviate sul modello proposto dall'Unione europea<sup>48</sup>, rappresentano interazioni virtuose di collaborazione pubblico-privato. In sostanza, gli atenei possono, a mezzo delle proprie strutture interne di carattere scientifico, costituire o partecipare a iniziative imprenditoriali nelle quali coinvolgere il personale docente, al

dei controlli. Si veda anche in merito C. Marzuoli, *L'università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 ss.

<sup>46</sup> Si vedano tra tutti M. Dugato, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, in *Contratto e impresa*, 1995, 700 ss.; F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, cit.; I. Del Giudice, *L'università "operatore economico" del mercato concorrenziale*, in *Giustamm.it*, 2011, 3; F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.; S. Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. app.*, 2011, 1461 ss.

<sup>47</sup> Si vedano tra tutti A. Mari, *Organizzazione e funzionamento delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, *Quaderni*, 2005, 78; C. Franchini, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pt. g., I, 307; V. Zamolo, *L'ordinamento dell'università*, Rimini, Maggioli, 1998, 301.

<sup>48</sup> Cfr. C. Buzzacchi, *Le virtuose interazioni tra soggetti pubblici e privati nel settore della ricerca scientifica*, in L. Degrassi (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 219 ss. secondo cui già dalle disposizioni del Trattato dell'Unione Europea (Titolo XIX dedicato a Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio) si può evincere un *favor* generale per le iniziative tendenti al progresso scientifico. L'art. 179 TFUE incoraggia «le imprese, comprese le piccole e le medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità» e anche il successivo art. 180 prevede che l'UE metta in campo interventi di «attuazione di programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione, promuovendo la cooperazione con e tra le imprese, i centri di ricerca e le università». Con riguardo alle iniziative partenariali in materia di ricerca scientifica e innovazione la Commissione Europea nel 2005 aveva redatto un documento di lavoro *Report on European Technology Platforms and Joint Technology Initiatives: Fostering Public-Private R&D Partnership to Boost Europe's Industrial Competitiveness* inquadrando le collaborazioni pubblico-privato con le *Joint Technology Initiatives* e le *European Technology Platforms*. In Italia sulle piattaforme tecnologiche nazionali e le fondazioni bancarie e d'impresa si veda C. Buzzacchi, *op. cit.*, 228 ss.

fine di operare il trasferimento delle innovazioni tecnologiche oppure degli esiti della ricerca<sup>49</sup>. Le società così costituite hanno per finalità, quella di promuovere l'attività di ricerca, conseguendo ricavi anche per finanziare i programmi di ricerca e concorrendo ad attribuire agli atenei un ruolo chiave di protagonisti nello sviluppo economico del territorio sul quale operano. Tali iniziative costituiscono reali occasioni di partenariato tra università e realtà produttive e industriali, e permettono di conservare autonomia in termini giuridici rispetto agli atenei. Tali rapporti con gli atenei dai quali scaturiscono gli *spin off*, ancorché tendono ad affievolirsi una volta esaurita la fase di costituzione e quella di avvio dell'impresa, non si esauriscono mai e le stesse università mantengono alcune prerogative, che si esprimono in termini di potere di condizionamento nei confronti degli stessi *spin off*. Ciò avviene, mediante la sottoscrizione bilaterale tra questi ultimi e gli atenei di uno o più atti convenzionali, che regolano i rapporti sul piano giuridico, tenendo indenni gli atenei da responsabilità illimitate in ordine ai possibili rischi d'impresa che interessano gli *spin off*. L'attività d'impresa, condotta da questi ultimi, determina però un duplice ordine di problemi: in primo luogo una possibile alterazione del principio di concorrenza, in quanto soggetti costituiti e controllati dagli atenei, per cui si richiama la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha fatto emergere entro quali limiti è legittimo il ricorso a società, ed ha chiarito che il rapporto tra oggetto sociale dell'attività d'impresa e *mission* istituzionale degli atenei deve porsi in rapporto di funzionalità del primo rispetto alla realizzazione della seconda<sup>50</sup>. In secondo luogo l'attività impresa degli *spin off* determina necessariamente un ampliamento degli impegni assunti dall'università. Ciò ha destato non poche perplessità, suscitando dubbi circa il merito e la legittimità dell'operazione, non ultima quella relativa alla destinazione dei risultati della ricerca, che viene resa oggetto non di diffusione e accessibilità alla collettività, bensì di sfruttamento a livello economico riservato in via esclusiva ad un soggetto. Quest'ultimo oggetto, pur derivando dall'università, è di fatto proteso all'attività di mercato, mettendo in discussione la natura stessa di servizio

<sup>49</sup> Si vedano tra tutti M. Dugato, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, cit., 697 ss.; A. Mari, *Organizzazione e funzionamento delle università*, cit., 84 ss.; M. Granieri, *Di università imprenditoriale, società spin-off e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, III, 385 ss.; M. Cossu, *Gli spin off universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata*, in *Munus*, 2013, 371 ss.; M. Passalacqua, *Università e mercato. Il difficile «equilibrio» delle società partecipate*, in *Competizione e accountability nel governo dell'Università. Il finanziamento dell'Università*, cit., 403 ss.

<sup>50</sup> Si v. nota 45.



## le università e il perseguimento della *mission istituzionale*

pubblico dell'università<sup>51</sup>. Un altro profilo di criticità, riguarda poi i docenti ed i ricercatori i quali promuovendo anche attività in conto terzi, mediante un ricorso troppo esteso agli *spin off*, potrebbero deviare dall'obbligo di far ricadere gli effetti della propria attività scientifica sui relativi dipartimenti di afferenza<sup>52</sup>.

### 5. L'aggiornamento del PNA 2017, con riferimento al settore universitario, tra compressione dell'autonomia, rispetto della legalità e prevenzione della corruzione

Il dibattito pubblico circa le sfide passate, presenti e future che riguardano l'università<sup>53</sup>, oggi sempre più paragonabile ad un cantiere aperto in costruzione, su cui gravano oneri amministrativi<sup>54</sup>, nonché attraversato, come ricordato in precedenza, tanto da rivendicazioni di autonomia e au-

<sup>51</sup> M. Passalacqua, *op. ult. cit.*, 423

<sup>52</sup> F. Giglioni, *op. cit.*, 70 rileva, tuttavia, come «la ricerca applicata risponde a esigenze diverse da quella di base e comunque gli *spin off* consentono di reperire risorse aggiuntive per gli studiosi universitari utili a progredire negli studi di ricerca, alimentando così un circuito positivo tra studio e apparato produttivo».

<sup>53</sup> Sul dibattito circa lo stato delle università italiane i problemi e le proposte per risolverli si vedano tra gli altri D. Antiseri, *L'università italiana. Com'è e come potrebbe essere*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998; R. Simone, *L'università dei tre tradimenti*, Roma-Bari, Laterza, 2000; *Università e sistema della ricerca. Proposte per cambiare*, a cura di M. Cammelli, F. Merloni, Bologna, il Mulino, 2006; C. Zagara, *Processo all'università*, Bari, 2007; Aa.Vv., *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, a cura di G. della Cananea, C. Franchini, Torino, Giappichelli, 2009; *Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia e baronie)*, a cura di F. Capriiglione, Bari, 2010; *Governare le università. Il centro del sistema*, a cura di C. Bologna, G. Endrici, Bologna, il Mulino, 2011; *Il sistema universitario in trasformazione*, a cura di E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini, Napoli, ESI, 2011; *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, a cura di G. Piperata, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; *Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'università. Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, a cura di G. Colombini, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, a cura di F.A. Roversi Monaco, Bologna, BUP, 2013; *Il futuro dell'università italiana dopo la riforma*, a cura di S. Paleari, Torino, Giappichelli, 2014; F. Midiri, *Il servizio pubblico dell'istruzione universitaria nella legge di riforma*, in *Munus*, 2014, 1 ss.; A. Sandulli, *Il cantiere giuridico dell'università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 635 ss.

<sup>54</sup> L'espressione è di A. Sandulli, *op. ult. cit.*, 635, secondo il quale, dal momento che «stiamo vivendo un'epoca di riforme sia sotto il profilo generale delle pubbliche amministrazioni (si v., da ultimo, le riforme Madia) sia sotto quello specifico del sistema universitario (ovviamente, il riferimento principale è alla riforma Gelmini), l'Università è un cantiere aperto, investito costantemente da oneri amministrativi».

spici di differenziazione quanto da spinte di omogeneizzazione e accenni di ricentralizzazione, ha ripreso maggiore vigore e stringente attualità, grazie ad un recente intervento *motu proprio*, da parte dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che ha dedicato larga parte dell’aggiornamento per l’anno 2017 del Piano Nazionale Anticorruzione<sup>55</sup> (PNA), proprio al settore universitario.

Tale Piano, che riveste natura di atto di indirizzo, peraltro a carattere non vincolante, come prevede l’art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 190/2012, e che è oggetto di puntuale attività di controllo da parte dell’Autorità medesima, in ordine al suo recepimento, a partire dal mese di settembre 2018, si rivolge a quei soggetti che nel sistema d’istruzione superiore, assumono le decisioni pubbliche maggiormente rilevanti, in ragione delle funzioni *ex lege* loro attribuite. Innanzitutto dunque i primi destinatari sono gli atenei, unitamente al MIUR, dotato di poteri incisivi sulla configurazione e sul funzionamento del sistema universitario medesimo<sup>56</sup>.

L’aggiornamento del PNA reca un’attenzione particolare alle università telematiche, autorizzate al rilascio di titoli di studio aventi valore legale che, se da un lato hanno consentito l’ampliamento degli studenti favorendo quindi l’apprendimento lungo l’intero arco della vita, mediante lo strumento dell’*e-learning*, dall’altro richiamano l’attenzione ai fini delle azioni tese alla prevenzione della corruzione, tenuto in debito conto il regime derogatorio nel quale operano rispetto alla disciplina valida per le università statali. Alla luce di tale rischio, l’ANAC suggerisce l’adozione di alcune misure correttive, in particolare l’abolizione del regime derogatorio all’interno del quale operano le università telematiche, poteri di vigilanza e di controllo riconosciuti in capo all’Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR), maggiore trasparenza e vigilanza nell’attività di pubblico servizio e nelle forme di reclutamento del personale docente. Il citato Piano indica, ai soggetti destinatari, ovvero gli atenei, modalità da

<sup>55</sup> Cfr. ANAC, Deliberazione n. 1208 del 22 novembre 2017, Approvazione definitiva dell’Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

<sup>56</sup> In forza di tali prerogative, il MIUR, con l’adozione dell’Atto di Indirizzo n. 39 del 14 maggio 2018, a firma del Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, ha inteso dare seguito all’invito rivolto dall’ANAC in occasione dell’Aggiornamento 2017 al PNA, avvenuto con delibera n. 1208 del 22 novembre 2017, coordinando in un unico documento, a disposizione delle istituzioni universitarie destinatarie, tanto gli aspetti d’interesse già affrontati dalla delibera dell’ANAC quanto altre azioni individuate dal Ministero medesimo in attuazione della delibera predetta. Con l’Atto di Indirizzo adottato dal MIUR ai sensi del combinato disposto dell’art. 4, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001 e dell’art. 1, c. 2, l. n. 168/1989, è stato disposto pertanto il recepimento dei contenuti propri dell’Aggiornamento del PNA.

## **Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale**

recepire autonomamente nei propri atti normativi e regolamentari interni, al fine di individuare e successivamente approntare misure atte a prevenire fenomeni legati alla corruzione, malamministrazione e situazioni inerenti il conflitto d'interesse. Tali fenomeni, infatti, sono suscettibili d'insorgere ad esempio nella procedura di reclutamento concorsuale del personale docente, con prescrizioni in ordine alla possibilità di sorteggio delle commissioni di concorso formate a prevalenza da membri esterni, maggiore trasparenza nella selezione delle riviste scientifiche, puntuali indicazioni da recepire negli atti regolamentari in materia di incompatibilità, motivazione delle decisioni assunte e programmazione delle procedure di reclutamento del personale docente.

ANAC precisa in conclusione che le suddette indicazioni, sono state fornite, nel rispetto delle prerogative di autonomia costituzionalmente riconosciuta agli atenei medesimi. Proprio quest'ultima precisazione, pone con evidenza problemi rilevanti circa la compatibilità tra la natura di un intervento diretto, puntuale e dai contenuti alquanto prescrittivi da parte di ANAC, ancorché avente natura non vincolante (ma sul quale si attiverà una procedura di controllo), e l'esercizio dell'autonomia funzionale da parte delle istituzioni universitarie, che pare subire, in conseguenza di tale intervento dell'ANAC, una sostanziale mortificazione. Proprio l'autonomia universitaria rappresenta non soltanto l'elemento indefettibile e qualificante di tali istituzioni e comunità scientifiche autonome, ma ne rivela anche la necessaria peculiarità in ragione della quale esse possono adempiere validamente alla *mission* loro affidata dalla legge.

### **6. (segue) Verifica preventiva ai fini della costituzione di enti di diritto privato strumentali e *spin-off* e successivo monitoraggio anche per ipotesi di conflitto d'interesse**

L'aggiornamento del PNA dedicato al sistema universitario segnala alcuni correttivi, con riferimento al rapporto tra atenei ed enti di diritto privato costituiti per assolvere a finalità istituzionali o per l'erogazione di beni e servizi a favore degli stessi. Tra le principali criticità segnalate da ANAC, vi sono quelle che, registrando la tendenza alla proliferazione, avvenuta ad opera degli atenei, nella costituzione di enti di diritto privato (quali società, fondazioni, associazioni e consorzi) ai quali esternalizzare lo svolgimento di determinate attività d'interesse pubblico, si riferiscono al rischio di fenomeni di corruzione e di *malagestio*. L'ANAC prende atto, peraltro, di un'inversione di tendenza rintracciabile nei più recenti interventi, in chiave restrittiva,

da parte del legislatore, atti ad avviare processi di “reinternalizzazione” delle attività di pubblico interesse. Per questo, ANAC valuta opportuna un’attività di monitoraggio, che deve realizzarsi sin dall’origine della costituzione dei predetti enti, con riferimento innanzitutto alla valutazione preventiva circa l’opportunità di costituire nuovi enti a partecipazione pubblica, ovvero di acquisirne quote, anche per via indiretta, dettagliando i possibili eventi rischiosi e le possibili misure da adottare in funzione preventiva. Una specifica attenzione è riservata anche alla costituzione di *spin-off*, per rispondere all’esigenza di svolgere all’interno del mercato concorrenziale, attività di ricerca, attività tecniche, e attività di finalizzazione dei risultati della ricerca stessa, mediante rapporti commerciali con soggetti sia pubblici sia privati. A questo proposito l’ANAC segnala, quali criticità sono proprie di tale fenomeno, ovvero da un lato quelle legate alla costituzione, al funzionamento e allo svolgimento delle attività e dall’altro quelle attinenti al ricorso al personale universitario che viene impiegato presso gli *spin-off* medesimi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, viene richiamata l’esigenza di valutare l’opportunità circa la costituzione di tali *spin-off* circoscrivendone adeguatamente limiti e finalità. Infatti, il presupposto che legittima la costituzione di simili società, rinvia, oltre che alla valutazione della pertinenza delle attività dello *spin-off*, anche ai compiti istituzionali degli atenei, ed innanzitutto al caso in cui si registri il fallimento del mercato, ovvero quando le attività da svolgere e la valorizzazione dei risultati della ricerca condotta, ove portati avanti dalle imprese, non sarebbero da queste ultime sviluppate adeguatamente. Per quanto attiene al secondo profilo relativo alla disciplina del fenomeno, l’ANAC mette in luce l’insufficiente attenzione finora riservata al profilo di conflitto d’interesse, anche a livello potenziale, tra l’ordinario svolgimento delle attività dell’ateneo e quello delle attività svolte nell’ambito degli *spin-off*, soprattutto nei casi in cui questi ultimi abbiano a carico la gestione di ingenti risorse economiche ed importanti contratti e collaborazioni commerciali.

## **7. Il rischio della perdita di un baricentro funzionale per orientare allo sviluppo del sistema universitario la collaborazione pubblico-privato**

L’accentuato tratto di pluralismo ed eterogeneità che caratterizza le figure soggettive che formano il sistema universitario, dimostrato attraverso il ricorso da parte degli atenei a forme privatistiche e strumenti negoziali (talvolta anche tipizzate, ma comunque all’interno di un quadro generale

## Le università e il perseguimento della *mission* istituzionale

che, per le ragioni esposte in precedenza, non consente di prospettare una fuga dal settore pubblico), ha reso ormai evidente come sia tramontata la concezione dell'università, intesa quale unità amministrativa unitaria e omogenea. Tutto ciò a fronte di un processo, inaugurato a partire della riforma universitaria del 2010, che ha sottratto spazi di autonomia universitaria sotto il profilo sostanziale come ricordato in premessa. Il paradosso della riforma, evidenziato in dottrina<sup>57</sup>, consiste, infatti, nell'aver limitato l'autonomia degli atenei per permettere loro di adeguarsi alla stagione dell'autonomia. La compressione dell'autonomia è stata generata anche per via dell'aumento dei poteri pubblici a livello centrale sotto il profilo della regolazione e di ciò che ne rappresenta l'altra faccia della medaglia, ovvero il grado di burocrazia che è cresciuto a fronte degli oneri amministrativi che l'eccessiva regolazione<sup>58</sup> necessariamente ha imposto.

In linea generale comunque si può registrare l'archiviazione di un sistema universitario monolitico ed interamente assoggettato alle norme pubblicistiche, atteso che numerosi soggetti che orbitano attorno agli atenei, svolgono funzioni integrative, strumentali, collaterali alla *mission* universitaria, trovando la propria fonte normativa in determinate previsioni di legge al di fuori spesso di un rapporto organico e di coordinamento con il regime giuridico del sistema universitario. La riduzione della sfera di autonomia universitaria che ha determinato mutamenti nel sistema universitario, è stata condizionata anche dalla necessità di armonizzazione delle politiche pubbliche universitarie ai vincoli di finanza pubblica<sup>59</sup>, giustificando un'evoluzione sospinta più da finalità strumentali in un'ottica di adeguamento contingente, che da un'inversione effettiva di approccio metodologico e culturale<sup>60</sup>.

Nell'attuale assetto universitario, è possibile rilevare, infine, che il fenomeno di affermazione del pluralismo e dell'eterogeneità dei soggetti che compongono il sistema, non è stato accompagnato da un'adeguata differenzia-

<sup>57</sup> Si v. S. Battini, *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 360.

<sup>58</sup> Si v., sul punto, G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 958. Anche C. Barbati, *op. cit.*, 31, ha sostenuto che a causa della l. n. 240/2010 «si è assistito a un significativo aumento delle regole alle quali è tenuta a uniformarsi l'autonomia universitaria, in tutti suoi contenuti».

<sup>59</sup> Di vincoli finanziari, quali leve per il cambiamento in ambito universitario aveva già parlato M. Cammelli, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 176. Per una disamina sulle dinamiche di finanziamento del sistema universitario si veda tra gli altri *Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'università. Il finanziamento della Università*, cit.; Per una ricostruzione circa i profili fiscali del sistema universitario si v. tra gli altri *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti pubblici di ricerca: vincoli ed opportunità*, cit.

<sup>60</sup> In questi termini G. Capano, *La politica universitaria*, Bologna, 1998, 239.

zione e diversificazione, nell'esercizio dell'autonomia e nel grado di utilizzo della medesima, da parte delle università<sup>61</sup>. Il rischio che, può correre il sistema universitario è dunque quello della perdita di un baricentro funzionale<sup>62</sup>, ovvero di una bussola di riferimento a livello centrale, in base alla quale individuare compiti e funzioni e quindi stabilire ed indirizzare forme di collaborazione proficua tra pubblico e privato, secondo un organico ed armonico disegno di sviluppo generale del sistema universitario.

*Abstract*

*In the last few years, the enforcement of the principle of the university autonomy has been marked by various legislative amendments realised from time to time in opposition with the overall aim of the very same university reform. Nevertheless, it allowed the detachment of the universities from a model of indirect administration characterised by uniformity and unicity, in favour of an organisational asset where a stronger subjective plurality and an increased differentiation can be noted. Over the years, the Legislator has also provided for new university teaching / organisational models, as the online universities and the university-foundations, the latter still in need of implementation. Together with the plurality of models of universities, in the last few years has been possible to underline a trend towards the proliferation of private law institutes, mainly instrumental in nature, as companies, foundations, consortia, associations and spin-offs, based on the assumption that they were able to guarantee the best interest of the institutional mission of the university. This has caused the widening of the perimeter of the very same university system. In this context is worthy to note the legislative amendment to the Piano Nazionale Anticorruzione 2017 [Anti-Corruption National Plan 2017] by Anac [the Italian Anti-Corruption Authority], which devoted a particular attention to the university system. This legislative intervention, with the aim of preventing corruption, maladministration*

<sup>61</sup> Si veda sul punto M. Cammelli, *L'autonomia statutaria e la governance*, in Aa.Vv., *Quindici anni di riforme nell'Università italiana. Quali prospettive?*, Pisa, ETS, 2005, 28 ss. Di recente si v., tra gli altri, D. De Pretis, *Le organizzazioni universitarie differenziate*, in *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010*, n. 240, a cura di F.A. Roversi Monaco, cit., 31 ss.

<sup>62</sup> Così F. Giglioni, *op. cit.*, 84. Anche C. Barbati, *Territori e Università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012, 306 ss., sostiene l'importanza di centro funzionale allo sviluppo del sistema universitario, affermando la necessità di ripensare il centro stesso che «diventa perciò il luogo dal quale procedere e presso il quale intervenire perché si costituiscano le condizioni funzionali e organizzative idonee a riconoscere al sistema universitario spazi indispensabili alla sua affermazione, da porre nella propria disponibilità e in quella delle relazioni con altri sistemi».

## **le università e il perseguimento della *mission* istituzionale**

*and conflicts, had however the side effect of mortifying the university autonomy principle, posing also a number of compatibility problem with the very same autonomy principle. The university system, affected by various legislative amendments which have restricted its autonomy, was also marked by the spending review policy along with public budget constraints, and by the increased plurality and heterogeneity of the actors in the system, has not been coupled with an adequate differentiation in the exercise of the autonomy and in its degree of utilisation. This brings along the side effect of an imbalanced functional barycentre unable to govern the transition. Indeed, the lack of a central point of reference makes the identification of distinctive roles and responsibilities difficult. In turn, this has a negative impact on establishing and guiding the various forms of public-private partnerships, according to an organic and harmonic picture of development of the university system.*





## ARTICOLI

MARCO DUGATO

### LA CORTE DEI CONTI GIUDICE DELL'ERARIO: LA TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELLA COLLETTIVITÀ

La relazione tra l'azione della Corte dei conti e l'attività delle amministrazioni nasconde nell'attualità uno strisciante disagio, che credo alimentato non solo e non tanto dalla frequenza con cui i pubblici agenti sono chiamati ad interagire o a rispondere al giudice contabile. È infatti un disagio reciproco, testimoniato, per parte della Corte, dall'incertezza dei confini delle proprie funzioni di controllo e giurisdizionale e, per parte dei funzionari, da un timore, spesso paralizzante, di incorrere nella responsabilità contabile. Il dato mi pare significativo alla luce del fatto che, sebbene oggetto almeno due importanti riforme negli ultimi ventiquattro anni, la Corte non ha mutato in modo significativo i parametri della propria attività.

Certamente, l'avvio delle procure contabili ha dato maggior propulsione all'azione di verifica (non sempre valutata con rigore sotto il profilo della concretezza e della specificità della notizia di danno) e il significativo ricorso al controllo contabile da parte del legislatore incidono in modo non marginale sul descritto disagio. Credo, tuttavia, che vi siano elementi diversi e maggiormente determinanti e che l'origine sua più profonda debba essere ricercata nel contesto generale della perdita di nitidezza dei confini tra le attribuzioni delle istituzioni pubbliche e dai nuovi paradigmi dell'azione pubblica.

La Corte dei conti è correttamente rappresentata nel titolo come giudice dell'erario e quindi nella sua funzione di vigile custode degli interessi finanziari della collettività. Sebbene la descrizione sia senz'altro corretta, l'attuale ruolo della Corte, per come è disegnato dall'ordinamento vigente e per il modo con cui la Corte ha inteso rivestirlo, è però più ricco e dinamico di quanto non sia avvenuto nel passato.

Il recente rafforzamento del principio di funzionalizzazione, testimoniato ad esempio dalle norme del Testo unico delle società partecipate (d.lgs. n. 175/2016), muovendo nel senso della rigida corrispondenza tra attività dell'amministrazione e fini istituzionali imposti per regola generale, ha inevitabilmente cambiato la prospettiva dell'uso del denaro e dei beni pubblici.

Si è così ormai passati ad un sistema in cui, essendo l'attività giudicata in ragione della diretta soddisfazione degli interessi pubblici assegnati all'ente ed essendo le risorse impiegate in vista di quella soddisfazione, l'opera della Corte investe sostanzialmente la qualità dell'azione amministrativa (il risultato, alcuni direbbero) sotto il profilo dell'adeguatezza dell'impegno delle risorse rispetto ai fini diretti dell'amministrazione.

Il discorso investe sia la funzione di controllo sia quella giurisdizionale. Per quel che attiene alla prima, non vi è dubbio che la sempre più decisa attribuzione di oneri di trasmissione di atti alla Corte costituisca la base di un percorso continuo di verifica, oltre che della legittimità "in astratto" di procedimenti ed azioni, della continua vocazione dell'ente alla soddisfazione "in concreto" dei propri fini istituzionali, consentendo l'analisi dinamica dell'impiego corretto delle risorse.

Nella funzione giurisdizionale l'aspetto si manifesta persino con maggiore evidenza: il richiamo al rigoroso rispetto del principio di funzionalizzazione, da un lato, e il valore precettivo sempre più marcato del canone di efficienza, dall'altro, trovano il luogo di sintesi nei principi che via via il giudice contabile è venuto stabilizzando, dimostrandone l'evoluzione da "giudice dei conti" a giudice "dell'uso legittimo ed efficiente delle risorse". Risorse, queste ultime, che solo il lettore impreciso potrebbe identificare con le sole risorse finanziarie in senso stretto, perché è ben evidente che l'attenzione della Corte si estende a quelle organizzative, tanto sotto il profilo del tempo quanto sotto il profilo dell'economicità – efficacia.

La Corte dei conti è giudice delle *risorse economiche*, quindi, e non delle sole risorse finanziarie.

Mi pare così che si possa parlare di "dimensione funzionale" delle risorse economiche, il cui impiego non è più vigilato con esclusivo riferimento alla conformità a norma o della proporzionalità quantitativa, bensì anche con riguardo al diretto e produttivo effetto sulla soddisfazione dei bisogni affidati dalla legge alle singole amministrazioni.

Ciò involge tanto una dimensione che potrebbe dirsi "etica" della funzionalizzazione (gli enti pubblici non impiegano risorse proprie per il conseguimento di obiettivi propri, bensì risorse collettive affidate loro per il perseguimento di fini loro attribuiti come unica missione dalla legge), quanto una dimensione di efficienza, poiché le risorse economiche costituiscono il mezzo di soddisfazione di interessi pubblici che rappresentano l'unica ragione di esistenza delle persone giuridiche pubbliche a cui sono assegnate.

In una situazione di forte indebitamento pubblico (questa è la corretta rappresentazione del quadro nazionale attuale, non già quella che continua a riferirsi con pericoloso *refrain* alla crisi economica), l'importanza della pro-

## la corte dei conti giudice dell'erario

spettiva indicata è ancor maggiore: le risorse, di per sé bene finite, diventano inevitabile oggetto di dolorose scelte che privilegiano la soddisfazione di alcuni bisogni e la compressione di altri. Proprio per questo il controllo sul loro impiego dev'essere più costante e capace di individuare legittimità ed efficienza della scelta.

Il titolo, allora, assume due distinti contorni. Per un verso, evidenzia l'aspetto statico (per così dire, negativo) della tutela, rappresentato dalla tutela delle risorse. Per altro verso, fa emergere l'aspetto attivo e dinamico della tutela, che coincide con la tutela degli interessi che la destinazione degli interessi bilancia, gradua e privilegia.

È proprio questo profilo funzionalizzante delle risorse che mi interessa, così che farò riferimento ai dati normativi specifici soltanto in una prospettiva strumentale alla linea generale che ho tracciato e per conferma sistematica del descritto ruolo della Corte dei conti, il quale si manifesta sempre meno come quello del custode dei limiti e sempre più come quello di impulso alla realizzazione degli scopi affidati agli enti pubblici. Il passaggio è complessivamente benefico se si considera che la soddisfazione complessiva degli enti pubblici è meglio garantita dall'azione congiunta delle diverse istituzioni che non dalla somma delle attività da esse singolarmente esercitate. Se l'affermazione non può essere messa in discussione in un sistema che ormai fa dell'efficienza complessiva dell'azione pubblica un paradigma, è difficile definire i meccanismi attraverso i quali garantire l'armonia di quell'azione congiunta e scongiurare i rischi di sovrapposizione o di *impasse* funzionale.

Certo, la prospettiva descritta e la tesi sostenuta debbono tenere conto di due elementi problematici che meritano particolare considerazione.

Il primo attiene al principale limite alla giurisdizione contabile, rappresentato dalla discrezionalità amministrativa. L'art. 1, l. n. 20/1994, come noto, afferma che «la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali». Il limite, prima ancora che trovare fondamento nelle norme di legge, è inevitabile corollario del principio di separazione tra funzione giurisdizionale e potere amministrativo (al riguardo, è utile ricordare la ricchezza del dibattito dottrinale spagnolo degli anni Ottanta e Novanta e le tesi di E. García de Enterría, T. Ramón Fernández, L. Parejo, M. Beltrán de Felipe).

Il nodo critico, rispetto all'ottica qui prospettata, è costituito dall'incertezza del confine tra il controllo della legittimità da parte della Corte come giudice del risultato e dello scopo e l'esondazione nel cuore della scelta

amministrativa. A mio avviso, tuttavia, il rischio si pone soltanto quando ci si affidi ad una definizione formale e storica del principio di separazione tra i poteri, superata non solo (e non tanto) dai tempi e dall'interpretazione giurisprudenziale degli ultimi dieci anni, ma soprattutto dalla corretta rappresentazione del quadro normativo di riferimento.

Già l'art. 1, l. n. 241/1990, nel testo riformato dalla l. n. 15/2005, ha di fatto trasformato l'efficienza da principio immanente in vero e proprio parametro normativo espresso e cogente, come testimoniano sia l'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, sia la giurisprudenza che, dandogli applicazione, ha fatto del risultato un parametro di legittimità, sottraendolo al regno del merito.

In tal senso, seguendo il percorso di profonda revisione che la giurisprudenza amministrativa ha compiuto in tema di controllo giurisdizionale sulla discrezionalità, può ben dirsi che anche con riferimento alla giurisdizione contabile il controllo sul risultato conseguito per mezzo dell'impiego delle risorse pubbliche è controllo che appartiene al mondo della legittimità. Ciò che distinguerà il corretto controllo sul rapporto tra impiego delle risorse e risultato perseguito dall'inammissibile sindacato sulla scelta discrezionale sarà il ricorso al principio di ragionevolezza, nelle manifestazioni ormai note della logicità, della razionalità e della proporzionalità.

Del resto, mi pare che la conclusione sia in armonia con la recente evoluzione della disciplina europea. In particolare, l'intero complesso di regolazione degli appalti pubblici, quale emerge dalle direttive nn. 23 e 24/2014, rende evidente l'inversione di prospettiva rispetto al passato, dando primario rilievo al risultato perseguito e conseguito dal contratto e assegnando ai principi di concorrenza e massima partecipazione un ruolo di traccia e di limite rispetto all'obiettivo.

Non mancano, del resto, casi in cui con piena consapevolezza il giudice contabile ha compiuto il passo descritto, dando nuova luce al limite della discrezionalità. Mi riferisco, ad esempio, ad alcune pronunce in merito al danno erariale procurato dal sindaco al comune in ragione dell'eccessivo numero di riunioni di giunta. Al di là del segno delle decisioni, quel che mi pare interessante è la qualità del ragionamento compiuto, essenzialmente fondato sulla quantità e la qualità degli interventi a soddisfazione degli interessi pubblici conseguiti alle tante adunanze. A fronte delle due soluzioni estreme (l'una a presidio della totale insindacabilità della scelta politica; l'altra a sostegno del pieno sindacato fondato sul canone formale dell'appartenenza o meno delle decisioni alle funzioni dell'organo), si è correttamente scelta la via dell'esame della ragionevolezza in rapporto ai risultati conseguiti.

Così, da un lato, si è riconosciuta la legittimità di adunanze di giunta anche formalmente dedicate ad attività più esecutive che non di indirizzo

## la corte dei conti giudice dell'erario

politico; dall'altro, si è però ritenuta corretta e disponibile al giudice contabile l'analisi sul prodotto dell'attività di giunta, fondata non sul tenore delle scelte compiute ma sull'astratta capacità di soddisfare gli interessi della collettività di riferimento.

Il secondo elemento problematico è invece rappresentato dalla complessità che assume, nell'ottica indicata, la necessità mantenere rigorosamente distinte le responsabilità tra l'agente ed il controllore della legittimità contabile. Il tema è particolarmente evidente con riferimento alla funzione di controllo della Corte. Infatti, se la capacità di produrre il risultato costituisce il parametro della valutazione, è fondamentale che il controllo, in qualunque forma esercitato, non condizioni in alcun modo il processo formativo della volontà. Ciò che si deve evitare, dunque, è l'organico coinvolgimento del controllore nel procedimento per quel che attiene alla valutazione intima della scelta da porre in essere.

Il legislatore, nella ricerca tra un ruolo di controllo volto alla garanzia del perseguimento del risultato, pare esserne consapevole. Lo testimonia il tenore dell'art. 5, c. 3, TUSP, nel quale, a correzione del testo inizialmente ipotizzato, l'invio alla Corte dei conti dell'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta è obbligo espressamente destinato "a fini conoscitivi" con esclusione di apporto partecipativo da parte della Corte. A dire il vero, come ha rilevato opportunamente Alberto Rigoni, la revisione del testo originale (che immetteva sostanzialmente la Corte nel percorso formativo della discrezionalità finanziaria), nemmeno la versione più dolce infine approvata va esente da critiche. Infatti, ormai scomparso dall'orizzonte il carattere collaborativo del controllo (ed essendo conseguentemente escluso ogni apporto partecipativo della Corte nella formazione degli atti), non è facile comprendere quale sia lo scopo dell'inoltro "a fini conoscitivi".

Al riguardo, è bene che dichiarare esplicitamente la mia apodittica freddezza tanto nei confronti della concezione collaborativa dei controlli, quanto nei confronti di una "giurisdizione mite". Soprattutto con riferimento alle funzioni della Corte dei conti, mi pare che il controllo, *in itinere* o *ex post*, abbia sempre natura di verifica rispetto a parametri prefissati, e che la giurisdizione, anche quando ripristinatoria o ridistributiva, abbia un'ontologica natura sanzionatoria (così è persino nell'ambito della giurisdizione ordinaria sulla responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, seguendo l'insegnamento di Paolo Forchielli).

La precisazione è necessaria alla luce della tesi che qui si è esposta, perché consente, ad un tempo, di mantenere percepibile il confine che separa amministrazione e giurisdizione e di evitare che il controllore sia respon-

sabile dei difetti di atti e provvedimenti. Chiarendo meglio, poiché ritengo che la funzione di controllo della Corte sia finalizzata a definire che il percorso amministrativo abbia conseguito il risultato prefissato di soddisfazione concreta dell'interesse pubblico con riferimento alle risorse disponibili, una partecipazione in chiave collaborativa del controllore finirebbe non solo per impedire l'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione agente, ma anche per "intorbidire" la corretta imputazione dei risultati in capo a quest'ultima. In questa ottica, l'insegnamento di Giannini in merito all'arricchimento della qualità della decisione per opera del controllo collaborativo non può estendersi al controllo della Corte (né Giannini l'ha mai preteso).

Allo stesso modo, la giurisdizione contabile, se consapevole della propria natura sanzionatoria, pur non limitandosi alla mera verifica del rispetto di norme giuridiche espresse, finirà per essere analisi, il più possibile oggettiva, della ragionevolezza delle soluzioni concretamente adottate dall'amministrazione sotto il profilo delle risorse economiche impiegate, scongiurando il rischio di una sovrapposizione valutativa.

La prospettazione sin qui avanzata è a mio avviso utile anche a rendere più sincero e semplice il rapporto tra efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. I due canoni, come è ormai chiaro, non esprimono forze armoniche ma realtà spesso dissonanti. In una rappresentazione rigida della funzione giurisdizionale della Corte mi pare inevitabile che la tutela dell'economicità corra rischio di essere o monca o invasiva della sfera discrezionale amministrativa. Monca, se l'unico parametro di riferimento è costituito dal rispetto formale di norme giuridiche espresse; invasiva, se la Corte, accedendo al dominio dell'economicità, si spinge ad immaginare obiettivi e soluzioni differenti da quelli perseguiti dall'amministrazione perché di minor impatto sulle risorse finanziarie.

In una rappresentazione dinamica, economicità ed efficacia sono impiegate nell'ambito del giudizio sulla ragionevolezza che assiste il percorso per valutare l'adeguatezza delle risorse impiegate nel raggiungimento degli obiettivi (questi sì, considerati nella sola prospettiva dei fini istituzionali dell'ente) ed alla luce del risultato conseguito. È sostanzialmente quello che la Corte di cassazione va affermando dal 2003, assegnando al giudice contabile la verifica della compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico attraverso la verifica della ragionevolezza nello svolgimento delle funzioni amministrative e la censura dei vizi (Cass., Sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488). In quest'ottica, logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto ai fini in concreto perseguiti rappresentano il vero e proprio oggetto del sindacato giurisdizionale contabile (Cass., Sez. un., 15 marzo 2017, n. 6820).

## la corte dei conti giudice dell'erario

Così, nuovamente attingendo alle pronunce in merito ad un prospettato danno erariale imputabile ad un sindaco in ragione dell'elevato numero di riunioni di giunta, la ragionevolezza potrà condurre a risultati calibrati in ordine a parametri non strettamente normativi, ad esempio valutando il prodotto degli atti adottati dalla giunta ed alle condizioni organizzative dell'ente locale (magari riconoscendo che, al di là della formale imputazione delle funzioni, l'assenza di personale dirigente è stata efficientemente compensata dalla natura "operativa" dell'attività della giunta).

Emergono con evidenza più conseguenze dal descritto ruolo della Corte. In primo luogo, l'azione dell'agente non può più venire in considerazione come fosse fenomeno isolato (quando non solipsistico) rispetto al contesto generale dell'amministrazione di appartenenza. In secondo luogo, assume un rilievo diverso e senz'altro centrale la valutazione della *compensatio lucri cum damno*, che da parametro di riduzione del danno diviene la chiave di giudizio della ragionevolezza dell'attività compiuta dall'agente. In terzo luogo, va ripristinata una consequenzialità logica sostanziale tra la fase pre-processuale avviata con l'invito a dedurre e quella più strettamente processuale, dando rilievo autonomo nella prima all'opera di ricostruzione complessiva della ragionevolezza. In tal modo, peraltro, non potrà che essere rinforzata la dimensione "positiva" della responsabilità contabile, rappresentata dalla forza propulsiva del buon andamento, del celere ed efficace esercizio della funzione amministrativa<sup>1</sup>.

Inoltre, è del tutto evidente che la necessità di costituire un argine adeguato a protezione dell'azione amministrativa nel quadro dinamico descritto non può che passare per una rigida definizione dell'acquisizione, da parte delle procure, delle *notitiae damni*, che non può legittimare interventi a tappeto o "pesche a rete". Non mancano organici studi che già permettono di tracciare modo e percorso con cui procedere<sup>2</sup>.

Infine, non può essere sottovalutato il rischio della sovrapposizione delle valutazioni del giudice amministrativo e del giudice contabile (anche potenzialmente confliggenti), di cui per prima è consapevole la Corte di cassazione che, nella ricordata giurisprudenza che fa della ragionevolezza della scelta amministrativa l'oggetto del sindacato della Corte dei conti, ha

<sup>1</sup> F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)* – Atti del 51° Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione (Varenna, settembre 2005), Milano, 2006, 36 ss.; Id., *Problemi aperti in tema di giurisdizione sulla responsabilità amministrativa*, in *giustamm.it*, 242 ss.

<sup>2</sup> Mi riferisco, in particolare, allo studio di G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 234 ss.

espressamente riconosciuto la sostanziale identità del procedere della giurisdizione amministrativa e di quella contabile.

Comprendo che il panorama rappresentato generi perplessità sui fondamenti dogmatici e timori in merito alle possibili implicazioni. E' però vero che nulla vi è di più pericoloso del conservare norme positive a fronte di orientamenti giurisprudenziali, ormai accettati e nati non per fuga o protagonismo ma per la ricerca di adeguare l'azione del giudice ad un contesto radicalmente nuovo, che appaiano in palese distonia rispetto alle norme stesse. Il mutamento di prospettiva rispetto all'ordine antico è ormai in atto da tempo e le soluzioni sono in astratte due: ricondurre con severità l'azione della Corte al vecchio alveo o riformarne anche nel diritto positivo il quadro giuridico espresso.

Nella scelta, mi conforta quel che scriveva Jeremy Bentham nel 1896 in *Theory of Legislation*: «The antiquity of a law may create prejudice in its favour; but in itself, it is not a reason».

#### *Abstract*

*The essay analyses the makings of the new institutional role of the Corte dei conti, which, far from still being a mere controller of public funds expenditure, became a supervisor of the adequacy of the financial and organizational resources usage. There are many reasons for this: the tight connection between the functionality of the administrative activity and that of the economic resources; the ever-growing number of acts to be transmitted to the Court; the constant jurisprudential reference to the principles of functionality and efficiency. However, the acknowledgement of the synergy between the activity of public bodies and the quality control of that action carried out by the Court must not lead to the acceptance of a potential confusion or duplication of roles. On the one hand, even if the jurisdiction can examine the outcome of the public activity (through the use of the reasonableness principle) it can't be extended to the opportunity of the administrative choice. On the other hand, both the control and judicial activities can't influence the administrative decision-making process.*



GIUSEPPE FRANCO FERRARI

IL DEMANIO MARITTIMO NEL DIRITTO COMPARATO:  
ALCUNE ESPERIENZE EUROPEE\*

SOMMARIO: 1. Costituzione, lido del mare e beni connessi: alcune considerazioni introduttive. – 2. L'ordinamento francese. – 2.1. Il demanio marittimo e idrico e il suo uso. – 2.2. Demanio e discipline pianificatorie. – 2.3. Uso del demanio marittimo e figure provvedimentali. – 2.4. Regime economico dell'uso. – 2.5. Profili giurisdizionali. – 3. L'ordinamento spagnolo. – 3.1. Il demanio marittimo e il suo uso. – 3.2. Demanio e discipline pianificatorie. – 3.3. Uso del demanio marittimo e figure provvedimentali. – 3.4. Profili giurisdizionali. – 4. L'ordinamento britannico. – 5. L'ordinamento portoghese.

**1. Costituzione, lido del mare e beni connessi: alcune considerazioni introduttive**

Non sono molte le carte costituzionali a farsi carico del lido del mare e del demanio idrico in genere. In particolare, nessuna Costituzione prima del ciclo degli anni Settanta ha sviluppato matura attenzione per l'ambiente e l'uso del territorio, valori intuiti e in qualche modo sommariamente anticipati nel periodo del secondo dopoguerra, ma non potuti articolare in dettaglio per il livello di sensibilità allora raggiunto verso i valori poi codificati nella formulazione dei diritti di terza e poi di quarta generazione. La Costituzione portoghese, nel valorizzare l'ambiente nel contesto dei diritti e doveri sociali (art. 66), riconduce ad esso la prevenzione delle erosioni pregiudizievoli [secondo comma, lett. f)] e la promozione dello sfruttamento delle risorse naturali [secondo comma, lett. d)]. La costituzione greca, nella stessa prospettiva, rinvia a leggi speciali la disciplina delle acque correnti e sotterranee (art. 18, n. 1) e la gestione delle lagune e dei grandi laghi (art. 18, n. 2). La Carta spagnola del 1978, nella diversa prospettiva della disciplina

\* Relazione presentata al convegno “*In litore Maris. Poteri e diritti in fronte al mare*”, con il patrocinio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, dell'Università degli Studi di Genova e della Società Italiana Avvocati Amministrativisti (Sestri Levante, 15-16 giugno 2018).

dell'economia e della finanza pubbliche, all'art. 132 impone al legislatore il rispetto dei principi di inalienabilità, imprescrittibilità ed insequestrabilità nel disciplinare il regime dei beni demaniali ed enuncia categorie di beni necessariamente ricondotte alla categoria demaniale, includendovi l'intero demanio idrico, e più precisamente «la zona marittimo-terrestre, le spiagge, il mare territoriale e le sue risorse naturali economicamente sfruttabili e la piattaforma continentale» (c. 2)<sup>1</sup>.

Nel ciclo costituzionale successivo al 1989, nell'ambito di una accresciuta sensibilità ambientale, nel quadro di ben più numerose convenzioni internazionali e alla luce dell'esperienza del mondo sovietico, la protezione delle risorse idriche e la loro configurazione in chiave demaniale diventano molto più frequenti. Basti menzionare la Costituzione della Bulgaria del 1991, che colloca tra i principi fondamentali (art. 18) l'esclusiva proprietà statale, tra l'altro, della striscia litoranea delle spiagge e riserva allo Stato i diritti sovrani sulla piattaforma continentale. Quella di Estonia (art. 2) menziona le acque territoriali come ambito indivisibile da terra e spazio aereo, mentre quella di Lituania cita espressamente la protezione delle acque nel contesto dei fattori ambientali (art. 54). Così la Carta albanese (art. 59.1(dh)). La Carta di Slovenia del 1991 menziona il demanio con specifico riferimento alle risorse naturali nel quadro dei rapporti sociali ed economici (art. 70). La Costituzione di Croazia è molto più specifica con riferimento a mare, spiagge, isole, acque (art. 52). La Costituzione di Ungheria del 2011 include tra i principi fondamentali (art. P) le risorse naturali, ed in particolare le risorse idriche, nell'eredità comune della nazione. In quella della Russia le risorse naturali sono definite base della vita e delle attività dei popoli della Federazione (art. 9, collocato nelle basi dell'ordinamento costituzionale). Simili disposizioni si collegano di norma con altre, anche più enfatiche, relative alla tutela dell'ambiente, al diritto all'informazione ambientale, e simili<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Questa disposizione è stata ampiamente commentata: v. ad es. I. de Arcenegui, *El patrimonio nacional. Naturaleza y régimen jurídico*, in *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991; L. Parejo Alfonso, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, RAP, 1983, n.100; M. Pulido Quecedo, *La Constitución española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1993, 1375 ss.; Id., *Constitución española comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, 2012, sub 132. Il *Tribunal Constitucional* ha ripetutamente valorizzato la pienezza della tutela costituzionale della zona marittimo-terrestre (ad es. STC 227/1988 e 149/1991).

<sup>2</sup> Cf. G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2001, 30 ss.

### 2. L'ordinamento francese

#### 2.1. Il demanio marittimo e idrico e il suo uso

In diritto francese il demanio idrico, ed in specie quello marittimo, fa parte del *domaine public*, categoria che, a dispetto della sistematicità delle categorie di quell'ordinamento, è in realtà abbastanza recente. Il *Code civil* la menziona all'art. 538 senza attribuirle alcun significato peculiare se non quello della contrapposizione alla proprietà privata, alla luce dell'art. 17 della Dichiarazione dei diritti. È stato il celebre trattato di Proudhon<sup>3</sup> a formulare la teoria della distinzione tra *domain public*, di utilità diretta per l'interesse pubblico e bisognoso di essere protetto mediante le prerogative di inalienabilità e imprescrittibilità, e il *domaine national*, di minore utilità e non necessitante della stessa protezione. La categoria del *domaine public* è emersa progressivamente per effetto di forze tra loro interagenti, il formante dottrinale, quello giurisprudenziale e quello legislativo, a partire dalla l. 16 giugno 1851 sulla proprietà pubblica in Algeria fino al *Code du domaine de l'État* del 1957, alla l. 28 novembre 1963 sul demanio marittimo, per finire con la legge di semplificazione del 2003<sup>4</sup>, ritenuta conforme a Costituzione dal *Conseil*<sup>5</sup> a condizione che le garanzie di preservazione del demanio pubblico venissero fatte salve<sup>6</sup>: decisione che ha indotto la dottrina a parlare di costituzionalizzazione indiretta del *domaine public*<sup>7</sup>. L'attuazione in via amministrativa della legge di semplificazione<sup>8</sup> ha dunque introdotto la parte legislativa del *Code général de la propriété des personnes publiques*<sup>9</sup>, che ha abrogato e sostituito tutte le norme precedenti in materia demaniale, ad inclusione della famosa *Ordonnance de la Marine* dell'agosto 1681, ma ha anche integrato il *Code général des collectivités territoriales*<sup>10</sup>, specie nella parte in cui le regole applicabili allo Stato ed ai suoi *établissements publics* anche agli enti locali, nonché il *Code du domaine de l'État*.

<sup>3</sup> M. Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, Paris, 1833-34.

<sup>4</sup> Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, art.34-2.

<sup>5</sup> Décision n° 2003-473 du 26 juim 2003.

<sup>6</sup> Come già in precedenza in Décision n° 94-346 du 21 juillet 1994 sul regime dei diritti reali sul demanio pubblico e Décision du 23 juillet 1996 sulle privatizzazioni.

<sup>7</sup> Cfr. É. Fatôme, *À propos des bases constitutionnelles du droit du domine public*, in *AJDA*, 1994, 786.

<sup>8</sup> Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

<sup>9</sup> V. per tutti C. Magüé, G. Bachelier, *Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques*, in *AJDA*, 2006, 1073.

<sup>10</sup> Art. 1311-5 ss.

Il demanio pubblico, dunque, si contrappone ora a quello privato, cui si applicano in linea di principio le regole del diritto privato, con qualche eccezione, relativa ad esempio all'inalienabilità<sup>11</sup>, salvo il caso di necessità di vendita disposta dal Prefetto per provvedere al saldo di un debito derivante da sentenza passata in giudicato<sup>12</sup>. Il demanio privato è gestito dal 2007 da *France Domaine*, servizio autonomo dal Ministero delle Finanze, a cui rispondono i tesoriери di Dipartimento, e ha ormai un rilevante organico di operatori immobiliari. Curiosamente il contenzioso sulle vendite di beni del *domaine privé* di enti diversi dallo Stato è di competenza del giudice ordinario, mentre se il bene è statale occorre autorizzazione legislativa e le vertenze eventuali sono conosciute dal giudice amministrativo in virtù della l. 28 piovoso dell'anno VIII<sup>13</sup>.

Il *domaine public*, costruzione eminentemente giurisprudenziale, compete, in base al *Code général de la propriété des personnes publiques*<sup>14</sup>, allo Stato, agli enti territoriali ed agli *établissements d'utilité public*<sup>15</sup> quando i beni siano destinati all'uso diretto del pubblico o utilizzati a fini di servizio pubblico così da essere indispensabili (cd. *aménagement spécial*) per l'esecuzione della sua missione<sup>16</sup>. Il demanio pubblico marittimo appartiene ovviamente a questa categoria di beni pubblici, ed è per solito qualificato immobiliare e naturale<sup>17</sup>, in contrapposizione a quello artificiale, nel senso che l'esistenza, la consistenza e lo stato dei beni deriva da eventi naturali, avendo l'atto di delimitazione natura meramente dichiarativa. Esso è in linea di principio esclusivamente statale<sup>18</sup>, ma la decentralizzazione del 1983 ha assegnato i

<sup>11</sup> Art. 2311-1 CGPPP.

<sup>12</sup> La disciplina del *domaine privé* è riassunta efficacemente nei manuali: cfr. ad es. P. Godfrin, M. Degoffe, *Droit administratif des biens*, Paris, 11e éd., 2015, ch.1 ; J.-M. Auby et al., *Droit administratif des biens*, Paris, 7<sup>e</sup> éd., 2016, Titre 3, ch. 1; C. Guettier, *Droit administratif des biens*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 2008, 105 ss., 187 ss., 228 ss. La giurisprudenza amministrativa, dopo la legge del 13 agosto 2004, che ha riformato il *Code général des collectivités territoriales* in adeguamento al diritto europeo, richiede che i beni alienati siano ceduti a valore venale anche ad enti pubblici (v. anche CC 25-26 juin 1986), ma ammette varie ipotesi di cessione a trattativa privata (*à l'amiable*).

<sup>13</sup> V. anche art. L. 3211-5 del *Code général de la propriété des personnes publiques*. Cfr. E. Delacour, *Le régime juridique du domaine privé des collectivités territoriales*, Coll. Terr.- Intercomm., juin 2004, 6 ss.

<sup>14</sup> Art. L. 2111-1.

<sup>15</sup> Affaire Epp, CE, 6 févr. 1981.

<sup>16</sup> Cfr. ad es. P. Godfrin, M. Degoffe, *op. cit.*, ch. 2; J.-M. Auby, *op. cit.*, Titre 2, ch.1; C. Guettier, *op. cit.*, 65 ss., 113 ss.205 ss.

<sup>17</sup> Chr. Lavialle, *Esiste-t-il un domaine public naturel?*, in *CJEG*, mai 1987, 627 ss.

<sup>18</sup> Affaire *Le Doussal et Retour*, CE, 25 juin 1920.

## il demanio marittimo nel diritto comparato

porti commerciali e di pesca ai Dipartimenti e quelli turistici e da diporto ai Comuni<sup>19</sup>. Include le rive, le fasce coperte e scoperte dalla marea (*lais et relais*), il suolo e il sottosuolo del mare territoriale per l'estensione di ventidue miglia marine<sup>20</sup>, gli stagni salati in diretto e permanente collegamento con il mare, i terreni sottratti al mare per effetto di costruzione di dighe, che tuttavia possono essere assegnati al patrimonio del concessionario a titolo definitivo e permanente, le parti di porto site a valle del limite trasversale del mare in quanto concorrano al funzionamento del porto stesso<sup>21</sup>. Una celebre decisione dell'Assemblée del Consiglio di Stato<sup>22</sup> utilizza creativamente, per delimitare il demanio pubblico, un'ordinanza di Colbert dell'agosto 1681.

Relativamente più semplice la disciplina del demanio naturale fluviale, tradizionalmente definita in base ai due requisiti della navigabilità e della galleggiabilità<sup>23</sup>. La devoluzione delle competenze in questo settore ha tardato alquanto, venendo attuata solo nel 2003<sup>24</sup>, con preferenza per le Regioni.

### 2.2. Demanio e discipline pianificatorie

L'uso del demanio marittimo è sottoposto a numerosi vincoli di natura diversa. Anzitutto, le direttive europee del 1979 sulla protezione degli uccelli e del 1992 sugli habitat naturali impongono rispettivamente la creazione di zone a protezione speciale e di zone comunitarie per il mantenimento della biodiversità. Convenzioni internazionali come quella sulle zone umide creano altre preclusioni. La cd. *Loi littoral*<sup>25</sup>, che ha recepito diversi indirizzi amministrativi, inserisce vincoli in oltre 1.200 comuni rivieraschi, introducendo deroghe alla disciplina urbanistica ordinaria<sup>26</sup> in forma di fasce a restrizioni

<sup>19</sup> Con l'eccezione dei sei porti autonomi (Bordeaux, Dunquerque, Le Havre, Nantes, St-Nazaire, Rouen) e degli altri definiti di interesse nazionale dal decreto attuativo della legge 27 juillet 1983.

<sup>20</sup> Art. L. 2111-4 CGPPP.

<sup>21</sup> Art. L. 2111-6 CGPPP. Cfr. A.H. Mesnard, Y. Tassel, *Droits maritimes: droit du littoral, droit portuaire*, Paris, 1995.

<sup>22</sup> CE, Ass., 12 oct. 1973, Kreitmann.

<sup>23</sup> A partire dalla Loi 8 avril 1910, invece, il criterio è divenuto elencativo e rimesso ad un decreto ministeriale classement).

<sup>24</sup> Loi n° 2003-669 du 30 juillet 2003, che ha modificato l'art.1-1 del Code du domain public fluvial et de la navigation intérieure e l'art. L. 2111-7 del Code GPPP.

<sup>25</sup> Loi relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, 3 janvier 1986. Cfr. ad es. Y. Pittard, *La « loi littoral » et la réglementation de l'urbanisme*, in *RFDA*, 1986, 687 ss.; F. Moderne, *La protection des espaces littoraux terrestres et marins dans la loi du 3 janvier 1986*, in *PA* 20 févr. 1987.

<sup>26</sup> Articoli da L.146-1 a L. 146-9 del Code de l'urbanisme.

edificatorie progressive con l'avvicinamento alla riva, oltre che di prescrizioni sulla tipologia degli interventi edilizi. I vincoli devono essere riportati nel PLU (*Plan Local d'Urbanisme*) e sono derogabili con il consenso del Prefetto. La discrezionalità del giudice amministrativo nel controllo di queste urbanizzazioni è molto ampia. La zona di inedificabilità include una fascia minima di 100 metri dalla riva, salvo che si tratti di spazi già urbanizzati o di installazioni necessarie ad un pubblico servizio o di attività economiche che esigano la prossimità all'acqua. In questi casi si deve ricorrere alla *enquête publique*. Altri vincoli di inedificabilità derivano dal rispetto dei siti di interesse naturale o culturale (*sites remarquables*), pure trascritti nei PLU, ma in questo caso sono ammesse strutture leggere (*aménagements légers*), sentieri pedonali, punti di stazionamento e osservazione. Le strade devono essere realizzate, tranne i casi di allargamento di quelle esistenti, ad oltre 1.000 metri dalla riva.

L'incrocio della ordinaria pianificazione urbanistica e dei vincoli speciali per la protezione del demanio idrico genera la necessità di strumenti programmatici di varia complessità. Anzi tutto le *Directives territoriales d'aménagement* (DTA)<sup>27</sup>, elaborate di intesa tra Stato, Regioni, Dipartimenti e Comuni con oltre 20.000 abitanti e approvate con decreto del Consiglio di Stato. Dalla legge di devoluzione del 1983 sono possibili gli SMVM (*Schémas de mise en valeur de la mer*), che servono a censire le attività economiche presenti nel territorio del litorale, valutare le compatibilità e arbitrare tra i bisogni segnalati, prevedere le misure di protezione dell'ambiente marino e stabilire le regole per l'urbanizzazione da inserire nel PLU. La relativa procedura è tradizionalmente molto farraginosa, implicando consultazioni tra più ministeri, e per questo è stata semplificata nel 2005<sup>28</sup> attraverso la concentrazione dell'approvazione in capo al Prefetto e consentendo che un capitolo dello SCOT (*Schéma de cohérence territoriale*) delle collettività locali valga come SMVM. Il bilanciamento tra le pressioni sulla classe politica locale per l'utilizzo di nuovi sedimi e la resistenza opposta dallo Stato al sacrificio di territorio, "patrimonio comune della Nazione"<sup>29</sup> è rimessa ovviamente in ultima istanza alla giurisprudenza amministrativa, ritenuta per solito protettiva delle esigenze ambientali. Qualche contesto di peculiari esigenze autonome, come quello della Corsica, è caratterizzato da ulteriori piani speciali, quale appunto il *Plan d'aménagement et de développement durable de la Corse* (PADDUC)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Art. L. 111-1-1 Code de l'urbanisme. Sono state approvate sinora le DTA relative ad Alpi marittime, Bouches-du-Rhône, Estoire de la Loire, Estoire de la Seine.

<sup>28</sup> Art. 235 loi 23 février 2005.

<sup>29</sup> Art. L. 110 Code de l'urbanisme.

<sup>30</sup> L. 22 janv. 2002.

## il demanio marittimo nel diritto comparato

### 2.3. Uso del demanio marittimo e figure provvedimentali

Il decreto relativo alle concessioni di spiaggia<sup>31</sup>, riproducendo discipline anteriori, consente la sola installazione di strutture smontabili o trasportabili, salvo che si tratti di impianti sanitari o di sicurezza. Le spiagge devono comunque essere lasciate libere per almeno sei mesi l'anno. La giurisprudenza amministrativa è anche in questa materia ritenuta molto protettiva dell'ambiente. In effetti secondo i dati dell'associazione di categoria gli stabilimenti esistenti paiono non superare il migliaio<sup>32</sup>. Dal 1982 è in corso una politica di *reconquête* dei litorali, sempre più da destinarsi soltanto ad uso libero e gratuito del pubblico o ad installazioni di pesca e di colture marine, con previsione di non rinnovare la maggior parte delle concessioni, di escluderle del tutto nelle piccole spiagge, sotto i 100 metri nel Mediterraneo e i 300 sugli oceani, salve deroghe minime. In parallelo, sono state incrementate le misure di polizia<sup>33</sup>, in particolare sulla vigilanza relativa a *stationnement*, considerato *liberté publique*, e *arrête*. L'esercizio di attività commerciali o professionali sul demanio marittimo è dunque sottoposto a minute regolazioni municipali, su cui il Consiglio di Stato ha elaborato un ampio corpo di pronunce, come del resto sull'eguaglianza di trattamento degli *usagers*, nonché sulla gratuità, che peraltro soffre una deroga molto rilevante nel caso del demanio fluviale. Quest'ultimo, infatti, forma oggetto di una politica di realizzazione di una rete navigabile a vocazione europea, gestita da *Voies navigable de France*, istituto pubblico industriale e commerciale creato nel 1991<sup>34</sup>.

Per combattere la cementificazione delle coste, comunque, nel 1975<sup>35</sup> è stata avviata una politica, mai interrotta dai Governi che si sono succeduti, di acquisto di aree marittime pregiate. Il *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres*, le cui competenze sono state progressivamente ampliate<sup>36</sup>, si è procurato, talora a titolo gratuito ma più spesso oneroso a trattativa privata con procedura di espropriazione o esercitando diritti di prelazione, oltre 200.000 ettari di terreni in comuni rivieraschi o in aree vicine inscindibili in 700 siti, procedendo al ritmo di circa 3.000 l'anno, coprendo oltre il 20% dei litorali nazionali. A partire dal 2006, oltre ai contributi del Tesoro, gli sono stati assegnati i proventi del *Droit annuel de francisation et navigation* (DAFN).

<sup>31</sup> Décret n° 2006-608 du 26 mai 2006.

<sup>32</sup> *Fédération nationale des plages restaurants*, Dossier, Paris, 2011.

<sup>33</sup> Artt. 19-21 della Loi littoral.

<sup>34</sup> Art. 124 L. n° 90-1168 du 29 déc. 1990.

<sup>35</sup> Loi 10 juillet 1975, che ha introdotto nel Code de l'environnement gli artt. L.1322-1 ss.

<sup>36</sup> L. 8 janvier 1993 e L. 2 février 1995.

Una fascia di tre metri dei beni rivieraschi del demanio pubblico è comunque gravata di una servitù di passaggio pedonale<sup>37</sup>, che può venire variata o eccezionalmente sospesa, dietro parere del consiglio comunale e previa *enquête*, sotto il controllo del giudice amministrativo.

La teoria dei contratti aventi a contenuto l'uso di beni del demanio pubblico è stata sviluppata in maniera molto elaborata: la distinzione con le concessioni di servizio pubblico è essenziale, in quanto la concessione demaniale, a differenza di quest'ultima, non richiede procedura di evidenza pubblica. Nondimeno, il diniego o il rifiuto di rilascio richiedono pacificamente, per espressa disposizione di legge<sup>38</sup>, rilevanti oneri motivazionali in termini di interessi pubblici pregiudicabili, come quelli organizzativi, estetici o di tutela di un servizio pubblico già in essere. L'assenso, per gli stessi motivi, può essere subordinato a condizioni o modalità. Il bene è assegnato a titolo personale, e quindi non trasmissibile. Non sono ammessi abusi di posizione dominante. Se utilizzato in conformità delle prescrizioni dell'atto di assenso, legittima le azioni contro i terzi, ad inclusione di quelle possessorie.

La durata delle concessioni non può superare per legge<sup>39</sup> i settant'anni, mentre l'impostazione tradizionale la limitava a cinquanta.<sup>40</sup>

#### 2.4. Regime economico dell'uso

L'occupazione di bene demaniale era tradizionalmente considerata gratuita, finché la legge 20 dicembre 1872 ha introdotto l'onerosità su base di canone (*redevance*) per il demanio marittimo e quella del 21 luglio 1881 ha fatto altrettanto per il demanio fluviale. Il Consiglio di Stato, dopo varie evoluzioni interpretative, ha ritenuto che esso configuri una sorta di imposta indiretta, collegata ad atti ed operazioni del potere pubblico, e che quindi sfuggano all'alternativa tra contributi indiretti e canoni per servizi resi, rientrando comunque nella giurisdizione amministrativa<sup>41</sup>.

#### 2.5. Profili giurisdizionali

Le contestazioni di privati circa l'appartenenza di un bene al demanio

<sup>37</sup> Artt. L. 160-6 e 160-7 del Code de l'urbanisme.

<sup>38</sup> Loi 11 juillet 1979, integrata da L. 17 janvier 1986.

<sup>39</sup> Art. L. 2122-6 del CGPPP.

<sup>40</sup> Per la disciplina generale delle concessioni, cfr. i manuali citati: P. Godfrin, M. De-goffé, *Droit administratif des biens*, cit., ch. 3; C. Guettier, *Droit administratif des biens*, première partie, cit., ch. 3; J.-M. Auby et al., *Droit administratif des biens*, cit. Livre 2, ch. 1-2.

<sup>41</sup> Cfr. ad es. CE 22 déc. 1989, *CCI du Var*.



## il demanio marittimo nel diritto comparato

sono di competenza del giudice ordinario, e per il giudice amministrativo costituiscono questione pregiudiziale, a meno che non rivestano carattere di serietà, nel qual caso possono essere evase direttamente<sup>42</sup>. Quando invece il titolo non è in discussione, ma vengono sollevate censure procedurali relative alla delimitazione del bene o di merito rispetto ai criteri di classificazione, la questione è di competenza del giudice amministrativo ed assume valenza pregiudiziale nel processo civile<sup>43</sup>. Le vertenze circa l'indennizzo rientrano invece nella giurisdizione ordinaria, mentre quelle sul rapporto tra diversi enti pubblici nella titolarità demaniale in quella amministrativa<sup>44</sup>. Le controversie sulle autorizzazione all'utilizzo del demanio a titolo di privata, accordate per contratto, rientrano pure nella giurisdizione amministrativa<sup>45</sup>.

### 3. L'ordinamento spagnolo

#### 3.1. Il demanio marittimo e il suo uso

La costituzionalizzazione del demanio idrico spagnolo ad opera dell'art. 132 della Carta del 1978 rappresentava la più alta garanzia di protezione per la "zona marítimo-terrestre" sul piano delle fonti, ma certo non poteva essere sufficiente a bloccare le forme di sfruttamento intensivo delle coste che avevano caratterizzato l'ultimo decennio del franchismo, sulla base della *Ley de costas* del 1969<sup>46</sup> e della *Ley de puertos* del 1928, e il primo della democrazia. Occorreva una nuova disciplina ben più marcatamente protezionistica, sotto l'usbergo costituzionale. La nuova *Ley de costas* del 1988<sup>47</sup>(LC), attuata con regolamento 1471/1989 (RC), è quindi intervenuta a fornire nuove definizioni estensive delle categorie di beni menzionate in Costituzione e ad integrarne la lista<sup>48</sup>: l'elenco degli artt. 4 e 5 LC, formato da ben dodici voci, ha così ampliato la definizione del demanio marittimo e più in genere idrico, destando pungenti critiche dottrinali<sup>49</sup> ma incontrando l'avallo

<sup>42</sup> CE 21 oct. 1983, Chatard e 8 mai 1974, *Giraud et Truchefaut*.

<sup>43</sup> Civ., 1re, 13 dec. 2005, *Credit municipal de Paris c/Mme Locatelli*.

<sup>44</sup> CE, Ass., 2 déc. 1994, *Département de la Seine-Saint-Denis*.

<sup>45</sup> Art. L. 2331-1 del CGPPP.

<sup>46</sup> Ley de 26 de abril de 1969, n. 28.

<sup>47</sup> Ley de 28 de julio de 1988, n. 22.

<sup>48</sup> Questa disciplina, peraltro, si è aggiunta a quelle contenute nella Ley 10/1977, de 4 de enero, sul mare territoriale, dell'estensione di 12 miglia, e nella Ley 15/1978, de 20 de febrero, sulla zona economica del mare e sulle spiagge.

<sup>49</sup> Cfr. ad es. J.L. Meilan Gil, *Régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley*

del *Tribunal Constitucional*<sup>50</sup>. Questa disciplina va coniugata con il disposto della Ley 33/2003, del *Patrimonio de las Administraciones públicas* (LPAP)<sup>51</sup>. La destinazione del singolo bene, cioè la sua inclusione negli elenchi demaniali (*afectación*), può quindi derivare direttamente dalla Costituzione, dalla LC o da atti amministrativi, almeno nel caso di terreni confinanti con altri beni demaniali *ex lege* o rientranti nella loro zona di influenza<sup>52</sup>. La immatricolazione nel *Registro de la Propiedad*, tuttavia, assolve esclusivamente ad una funzione di notorietà, e non di garanzia della titolarità<sup>53</sup>. L'esclusione dagli elenchi, riguardata ora con estremo sfavore, deve avvenire con provvedimento espresso, previe deliberazioni dell'*Ayuntamiento* e della Comunità autonoma, con dichiarazione del Ministro, limitatamente a solo cinque delle dodici categorie di beni elencati negli artt. 4 e 5 LC. La stessa procedura va applicata per l'eventuale demarcazione (*deslinde*).

La titolarità del demanio è esclusivamente statale in forza della disposizione costituzionale, e ad essa si ricollegano ovviamente le potestà di polizia demaniale. Tuttavia porti turistici e da diporto e in generale quelli non ritenuti di interesse generale appartengono alle Comunità autonome e sono sottoposti alla loro legislazione<sup>54</sup>, con vincolo di armonizzazione con le competenze statali.

Le prerogative costituzionali di inalienabilità, imprescrittibilità e insequestrabilità hanno condotto all'abrogazione delle discipline anteriori che contemplavano la possibilità di usucapione di beni della ZMT o delle aree portuali per usucapione ventennale, anche ove accertata per via giudiziale, trasformando tali diritti in concessioni trentennali gratuite<sup>55</sup>.

### 3.2. Demanio e discipline pianificatorie

La disciplina urbanistica appartiene alle Comunità autonome in base all'art. 148.1 della Costituzione, benché lo Stato mantenga robuste possibilità di intervento in relazione all'eguaglianza nei diritti e nei doveri di cui all'art. 149.1.1. e ai fondamenti della pianificazione generale dell'attività economica di cui all'art. 149.1.13. Su questi presupposti la *Ley del Régimen*

*de Costas*, in *Jornadas sobre la Ley de Costas*, Bilbao, 1990, 33 ss., richiamato da M. Zambunino Pulito, *Manual de derecho administrativo marítimo*, Cadiz, 2008, 16.

<sup>50</sup> STC 149/1991, 4 de julio, e 198/1991, 17 de octubre.

<sup>51</sup> De 3 de noviembre.

<sup>52</sup> Art.17 LC.

<sup>53</sup> Artt. 13.2 LC y 29.4 RC.

<sup>54</sup> Art. 6.5 RC.

<sup>55</sup> Disposición transitoria Sexta.5 de la LC.

## il demanio marittimo nel diritto comparato

*Urbanístico y Valoraciones del Suelo* (LRRUVS) 8/1990<sup>56</sup> ed il successivo *Texto Refundido* 1/1992<sup>57</sup>, come interpretato e razionalizzato dal giudice costituzionale<sup>58</sup>, hanno non solo fatto luce sulla concreta divisione di competenze tra il livello statale e quello autonomico, ma anche dettato linee generali in ordine all'integrazione dei piani urbanistici con le discipline speciali concernenti il demanio marittimo, nel tentativo di mettere ordine in un sistema di fonti oggettivamente complesso<sup>59</sup>. La situazione è dunque significativamente differenziata nei diversi contesti regionali, ma la tendenza è verso l'adozione di piani territoriali speciali. Ad esempio, la *Comunidad Valenciana* ha approvato un *Plan de Acción Territorial del Litoral*<sup>60</sup>, che contiene prescrizioni vincolanti per la pianificazione urbanistica locale e linee di tutela dei rischi di erosione, di pericolo di consumo della *franja* e di danneggiamento di aree di interesse naturale<sup>61</sup>. La Galizia ha pure approvato un *Plan de Ordenación del Litoral* (POLGA), concepito come piano integrato<sup>62</sup>.

### 3.3. Uso del demanio marittimo e figure provvedimentali

La dottrina distingue: un uso comune generale del demanio marittimo-terrestre, spettante a qualsiasi cittadino, libero e gratuito, non bisognoso di titolo abilitativo; un uso comune speciale, soggetto ad assenso autorizzativo in quanto caratterizzato da circostanze di intensità, pericolosità o redditività particolari o comportante esecuzione di opere o installazioni di norma smontabili; un uso privativo, subordinato a concessione, in quanto escludente ogni altra fruizione<sup>63</sup>. La tripartizione rispecchia quella in generale prevista per tutte le categorie di beni demaniali, e non è raro che la manualistica in proposito citi fonti italiane, risalendo fino a Ranalletti<sup>64</sup>. L'autorizzazione ha

<sup>56</sup> De 25 de julio.

<sup>57</sup> De 26 de junio.

<sup>58</sup> STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>59</sup> Va tenuto conto anche della Ley de Medidas Liberalizadoras 7/1997, de 14 de abril, e della Ley 6/1998 del Régimen del Suelo y Valoraciones 8/1998, de 13 de abril, della nuova Ley del Suelo 8/2007, del Reglamento de Valoraciones 1492/2011 e della integrazione della LC del 2013. Cfr. per tutti S. González-Varas Ibañez, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, vol. I, Madrid, 2008, in particolare 531 ss.; R. Estévez Goytre, *Manual de derecho urbanístico*, Granada, 2016, in specie 153 ss.

<sup>60</sup> Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.

<sup>61</sup> Cfr. S. González-Varas Ibañez, *Tratado*, cit., 543 ss.

<sup>62</sup> Ley 10/1995, de 23 de noviembre. Cfr. C. Pérez González, *La ordenación territorial y urbanística de las zonas costeras en Galicia*, La Coruña, 2013, tesis doctoral, specie 89 ss.

<sup>63</sup> Art. 85 della L. 33/2003. Cfr. M. Zambonino Pulito, *Manual*, cit., 22 ss.

<sup>64</sup> V. ad es. E. Linde Pianiagua, *Fundamentos de derecho administrativo. Del Derecho del poder*

durata massima di un anno ed è revocabile in ogni tempo senza indennizzo; è soggetta altresì a particolare attenzione sotto il profilo dell'inquinamento e del getto di rifiuti solidi o scarico di liquidi. La concessione è intrasmissibile tra vivi, ha durata massima di trent'anni ed implica alla scadenza il passaggio all'amministrazione concedente delle installazioni non rimuovibili, a meno che essa non preferisca richiederne la demolizione.

Il regime autorizzativo e quello concessorio hanno in comune alcuni vincoli: le strutture non devono potersi collocare su aree limitrofe non demaniali, devono rispondere al criterio di occupazione minima, implicano l'assunzione della responsabilità da parte del privato dei danni causati dall'attività da esercire; richiedono come condizione sospensiva la garanzia della eliminazione delle acque reflue e ove necessario l'esecuzione di studi preliminari e la prestazione di garanzie economiche. Alcuni usi sono proibiti in assoluto: ad esempio, fabbricati destinati a residenza, collocazione di linee elettriche ad alta tensione, pubblicità visive, acustiche o audiovisive di impatto, campeggi.

Le installazioni, da ubicarsi preferenzialmente fuori dalla spiaggia, non possono in alcun modo occuparne più di metà della superficie. Quelle destinate a erogazione di cibi e bevande a servizio della spiaggia possono avere estensioni fissate in via regolamentare: non più di 150 mq, di cui 100 coperti, separati da altri consimili da una distanza di almeno 200 ml<sup>65</sup>. Sono prescritti, sempre su scala nazionale, l'interramento di tutti i servizi ed il rispetto di una fascia di sei metri dalla linea di alta marea per il transito del pubblico.

Vanno infine menzionati gli istituti della *reserva*<sup>66</sup>, applicabile quando sia un'amministrazione statale a voler fruire in esclusiva di tratti di demanio marittimo-terrestre anche solo a fini di studio o ricerca, subordinatamente a deliberazione del Consiglio dei ministri, e della *adscrición*, sorta di autorizzazione alle Comunità autonome all'uso esclusivo per costruzione o ampliamento di porto o strada di loro competenza, previa approvazione statale del progetto e con riserva a favore dello Stato dei poteri di difesa e conservazione del demanio.

### 3.4. Profili giurisdizionali

*al Derecho de los ciudadanos*, Madrid, 2009, 466 ss.

<sup>65</sup> Per le strutture smontabili l'occupazione massima di suolo è di 20 mq e la distanza di 100 ml.

<sup>66</sup> Art. 47 LC.

## il demanio marittimo nel diritto comparato

La giurisdizione amministrativa è competente per tutte le vertenze relative alle proprietà demaniali, ed anche per talune relative a questioni di proprietà di beni non demaniali. Ad esempio, le controversie relative alla delimitazione dei beni stessi appartengono al giudice civile, mentre gli aspetti organizzativi e procedurali concernenti assegnazione o definizione dei beni sono ritenuti rientrare in quella amministrativa<sup>67</sup>.

### 4. L'ordinamento inglese

L'ordinamento inglese applica ai beni di proprietà pubblica, ed in particolare a quelli relativi al mare, il principio classico della *common law*<sup>68</sup>, benché di origine giustiniana<sup>69</sup>, del *public trust*, che considera acqua, aria e foreste beni comuni necessariamente appartenenti alla Corona per prerogativa<sup>70</sup> ed aperti all'uso pubblico, salve eccezionali limitazioni, e naturalmente inalienabili, oltre che da mantenersi impiegati in usi tradizionali (come navigazione, pesca, ricreazione) per quanto possibile conformi alle funzioni naturali. Questa *doctrine* è transitata in tutto il mondo anglosassone, ad inclusione del diritto americano, in cui è stata riscoperta al principio degli anni '70 per essere utilizzata dalla dottrina ed ancor più dalla giurisprudenza per dare vita ad un vivace contenzioso ambientale<sup>71</sup>. L'intero patrimonio di beni inerenti al mare, alle sue rive fino alla linea di alta marea ed alle strutture connesse – insieme a molti altri beni tra cui foreste, miniere, è oggi collocato nel *Crown Estate*, con l'eccezione degli antichi diritti e privilegi spettanti ai Duchies of Cornwall e di Lancaster ed alla County Palatine of Durham, ricodificati pe-

<sup>67</sup> Cfr. ancora S. González-Varas Ibáñez. *op. cit.*, Tomo III, Vol. I, 167 ss.

<sup>68</sup> La storia in R. Hall, *Essay on the Rights of the Crown and the Privileges of the Subject in the Sea Shores of the Realm*, London, 2<sup>nd</sup> ed., 1875.

<sup>69</sup> Istituzioni, 2.2, 2.3, 2.10.

<sup>70</sup> La presunzione di proprietà della Corona ammette prova contraria, ma l'onere della prova è carico di chi rivendica. Cfr. *Halsbury's Laws of England*, London, 1998, 4<sup>th</sup> ed., vol. 12 (1), 242. La prova dovrà essere fornita producendo un formale grant della Corona o documentano un possesso ininterrotto per oltre 60 anni (Limitation Act 1980, secs. 15 e 37). Il possesso può essere dimostrato con i fatti più diversi, dalla pesca all'attività estrattiva, dall'esecuzione di lavori alla raccolta di relitti o alla caccia: v. *Halsbury's Laws of England*, ivi, 257.

<sup>71</sup> Cfr. J.L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 473 (1969-1970); Id., *The Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471 (1970) e *Liberating the public Trust Doctrine from Its Historical Shackles*, 14 U.C. Davis L. Rev. 185 (1980-1981).

raltro nel 1925<sup>72</sup>, e degli spazi occupati dal Ministero della Difesa o da altre autorità pubbliche da epoca anteriore al 1702.

Crown Estate è attualmente una sorta di autorità indipendente con personalità giuridica (*body corporate*), risalente almeno a Giorgio III, anche se modificata più volte anche nella denominazione<sup>73</sup>, e ridisciplinata nel 1961<sup>74</sup>, posseduta dal Tesoro, vincolata alle sue direttive ed amministrata da un *Board* (*The Crown Estate Commissioners*) di non oltre otto membri<sup>75</sup>, ma responsabile verso il Parlamento, a cui riferisce annualmente, ma dotata di ampia autonomia regolamentare.

Delle oltre 12.000 miglia di coste britanniche *Crown Estate* è titolare di oltre la metà<sup>76</sup>, la parte restante essendo di proprietà dei due Ducati, dei Church Commissioners di Durham, del Duke of Beaufort quanto all'estuario della Severn, oppure concesso in proprietà od uso ad autorità locali o portuali. I principi della *common law* contemplavano altresì che i diritti del titolare della costa si estendessero alle acque *intra fauces terrae*, ovvero lungo la costa stessa ed al braccio di mare incluso tra due capi nei limiti in cui gli oggetti ivi presenti potessero essere ragionevolmente distinti ad occhio nudo<sup>77</sup>: tale criterio, tra l'altro, a fini giurisdizionali comportava l'assoggettamento alla giurisdizione delle corti di *common law* dei fatti avvenuti in tali aree, ad esclusione di quanto accaduto al di fuori, *at open sea*.

Distinto discorso meritano la battigia (*foreshore*), le spiagge e l'accesso a queste ultime. La Magna Carta, al ch. 33, disponeva la rimozione di tutti gli sbarramenti (*weirs* o *kydells*), probabilmente collocati a fini di pesca, dai fiumi di Inghilterra, con l'eccezione delle rive del mare («except upon the seashore» o «nisi per costeram maris»), mentre il ch. 47 ordinava la rimozione dei rimboschimenti a bordo fiume recentemente collocati *in defense* dalla Corona. Nonostante interpretazioni estensive di queste disposizioni<sup>78</sup>, la *common law* ha sempre affermato che nella battigia e nelle *tidal areas* esista un diritto pubblico di pesca, inesistente invece in tutte le altre acque. La *public trust doctrine* ha tentato di allargare la portata dei diritti del pubblico

<sup>72</sup> Administration of Estates Act, 1925, sec. 57.

<sup>73</sup> Ad es. dal Crown Lands Act 1829.

<sup>74</sup> Crown Estate Act, 1961.

<sup>75</sup> Uno di essi assume il nome di First Crown Estate Commissioner ed esercita il ruolo di Chairman, mentre il suo vice è il Second Crown Estate Commissioner.

<sup>76</sup> Più esattamente il 55%.

<sup>77</sup> Cfr. il dettaglio in C. F. Chamberlain, Jurisdiction in Tide Water, 3 Harv. L. Rev. 346, 372 (1890).

<sup>78</sup> V. il loro esame in *The Public Trust in Tidal Areas: A Sometime Submerged Traditional Doctrine*, 79 Yale L. J. 762 (1970).

## il demanio marittimo nel diritto comparato

nelle *tidal areas*, includendovi la navigazione, il passaggio, la pesca, la raccolta di conchiglie e sassi, il nuoto ricreativo<sup>79</sup>. Ma, a parte l'impossibilità di soddisfare contemporaneamente tutte o parte di queste facoltà, molte delle quali in conflitto tra loro, la giurisprudenza anche risalente su ciascuna di esse è tutt'altro che omogenea. Ad esempio, la pesca è ritenuta limitata dalla navigazione; casi ottocenteschi<sup>80</sup> e del primo novecento<sup>81</sup> negano l'esistenza di un diritto di nuotare nel mare costiero non solo in casi di incompatibilità con la pesca, ma anche per il bilanciamento con diritti proprietari, ritenendo che il celebre *dictum* di Bracton si riferisse a ordinamenti di diritto civile, non alla *common law*.

Un recente caso deciso dalla *Supreme Court* tenta<sup>82</sup> di mettere ordine nel complesso incrocio di istituti di *common law* e di dati di fatto spesso incompatibili con la tradizione, ammettendo peraltro che la situazione sia incredibilmente ancora controversa<sup>83</sup>. Infatti il collegio muove dalla presentazione di ben tre possibili regimi di battigia e spiaggia: che il pubblico abbia un diritto illimitato di bagnarsi in mare per effetto di una regola di *general common law* a prescindere dalla volontà del titolare dei beni; che possa presumersi che quest'ultimo fornisca un'adesione implicita all'uso fino a revoca esplicita, con una sorta di presunzione relativa (teoria della *implied licence*); che infine nessun diritto in tal senso sussista, con conseguente imputabilità dei trasgressori per *trespass*. La Corte conferma le decisioni storiche, assumendo che i diritti sugli immobili possano secondo *common law* essere acquisiti solo per *grant* del titolare, oppure per *custom and usage* o infine per prescrizione acquisitiva. Peraltro l'uso tradizionale deve risalire a tempo immemorabile (*time immemorial*), cioè per convenzione al 1189 (data di ascesa al trono di Riccardo Cuor di Leone), mentre l'abitudine del bagno in mare a fini di ricreazione è molto più recente. La tolleranza del proprietario ha dalla sua qualche precedente, con riferimento al passaggio di chi abbia raccolto carbone o torba in spiaggia<sup>84</sup>. Ed infine la prescrizione acquisitiva non sarebbe invocabile per il carattere fluttuante del gruppo di possibili

<sup>79</sup> In questo senso viene di solito ricordata l'opinione di Bracton (*De legibus et consuetudinibus Angliae*) secondo cui «Naturali vero iure communia sunt omnium haec: aqua profluens, aer et mare et litora mare (sic), quasi mari accessoria. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur».

<sup>80</sup> *V. ad es. Blundell v Catterall*, Eng. Rep. 1191 (1821).

<sup>81</sup> *Come Brinckman v Matley*, 2 Chancery Div. 313 (1904).

<sup>82</sup> *R (on the application of Newhaven Port and Properties Limited) v East Sussex County Council and another*, [2015] UKSC 7.

<sup>83</sup> *Cfr. par. 28.*

<sup>84</sup> *Par. 42 e 47-48.*

frequentatori<sup>85</sup>. Una attenta rassegna storica della giurisprudenza e della dottrina porta la Corte Suprema alla conclusione che non sussiste alcun diritto del pubblico di raggiungere la battigia attraversando la spiaggia, sia che la proprietà sia rimasta in capo alla Corona, sia che sia nel tempo transitata a soggetti pubblici o privati<sup>86</sup>. I *Commissioners* possono tuttavia adottare norme regolamentari per singole zone.

Non vi è invece dubbio che spiaggia e battigia siano alienabili, da parte della Corona o di altri titolari, sia a tempo determinato a mezzo di contratti di diritto privato sia a titolo definitivo<sup>87</sup>. È usuale l'indizione di bandi da parte di *local councils* di zone turistiche per concedere licenze di uso di spiagge, spesso attrezzate, per fini ricreativi, per lo più per<sup>88</sup> durate decennali. Il *lease* della Corona può avere una durata che si estende a centocinquanta anni e può venire rinnovato in caso di successione (*reversion*) se alla scadenza ne mancano meno di 21. La cessione può anche avvenire a titolo gratuito in limitati casi di legge<sup>89</sup>.

Complessivamente, il consumo di territorio britannico lungo le coste viene lamentato con toni molto accesi, non diversamente che sul continente. Nel 1965 si censivano 3.342 miglia di coste definite *pristine*, ovvero praticamente intatte naturalisticamente. Cinquant'anni dopo, sono diminuite del 24% le opere difensive sulle coste, ma l'edificazione è aumentata complessivamente del 44%, coprendo un totale di oltre 17.000 ettari; le concessioni per aree a camping sono aumentate del 44%. La protezione del *National Trust* e di altre organizzazioni privatistiche su aree di interesse naturalistico è sempre più aggressiva, ma non ha potuto contenere l'espansione delle edificazioni sulle coste.

*Crown Estate* esercita comunque anche le funzioni di autorità di pianificazione urbanistica<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> Par. 43.

<sup>86</sup> Par. 103. Ma v. in precedenza, ad es., *Malcomson v O'Dea* (1863) 10HL Cas593 e *Brinckman v Matley* [1904] 2 Ch 313.

<sup>87</sup> Il dato normativo in *Halsbury's Laws of England*, London, 4<sup>th</sup> ed., 1998, vol.12(1), 242. Il grant di trasferimento del titolo può contenere formule diversissime, derivanti da contesti storici molto vari. A volte vi ricorrono termini latini, come "ripa", "terra cum pertinentiis", "gurgites", "royal fish intra manerium"; in altri casi espressioni medievali o comunque desuete, come "wagessum" o "weirs", o più frequentemente la formula "wreck" o "wreck by all their lands upon the sea", con ovvio riferimento al diritto di raccogliere relitti da naufragio.

<sup>88</sup> P. Barkham, *Coastal Construction, How British Shoreline changed in 50 years*, London, 2015.

<sup>89</sup> Cfr. ad es. *Halsbury's Laws of England*, cit., vol. 12 (1), par. 294.

<sup>90</sup> *R. v. Secretary of State for the Environment and Crown Estate Comrs and East Coast Aggregates Ltd, ex p Bryant* (1996) *Water Law* 1997, 93.



## 5. L'ordinamento portoghese

La Carta portoghese, a seguito della revisione del 1982, ha incorporato sia il concetto di demanio pubblico, che peraltro appariva anche nella Costituzione del 1933<sup>91</sup>, sia la menzione espressa del dominio marittimo (art. 84.1.a), inclusivo delle acque territoriali, del loro fondo e di quello contiguo, rinviando poi alla legge per la definizione più analitica di tipologie di demanio statale, regionale e locale (art. 84.2). Il Tribunale costituzionale è intervenuto con significative precisazioni<sup>92</sup>.

La delimitazione del demanio idrico<sup>93</sup> compete all'INAG (*Instituto da Água*), autorità nazionale preposta alla gestione e protezione delle risorse idriche, marittime e non, su proposta di una *Região Hidrográfica* (ARH), delle autorità marittime o degli enti locali. Si tratta di un organismo non indipendente, integrato nel *Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional*<sup>94</sup>. La denominazione dell'INAG è stata poi modificata in APA, *Agência Portuguesa do Ambiente*.

I beni del demanio idrico possono formare oggetto di uso esclusivo con atti di autorizzazione, licenza o concessione<sup>95</sup>. In varie forme tali provvedimenti consentono di intervenire sul bene con alterazioni, costruzioni o installazioni smontabili, utilizzabili, salva sanzione, solo ai fini indicati nell'atto di assenso; tutte le opere sono inalienabili e non ipotecabili. Un registro di tutte le utilizzazioni di risorse idriche è tenuto dal *Sistema Nacional de Informação dos Títulos de Utilização dos Recursos Hídricos* (SNITURH).

Sono assegnate a seguito di procedimento concorsuale le licenze di occupazione di dominio pubblico idrico e di installazione di strutture da spiaggia (*apoios de praia*), oltre a molte altre<sup>96</sup>. Se il bando è di iniziativa pubblica, riceve la massima pubblicità attraverso la pubblicazione di annuncio nel *Diário da República* e affissioni locali. Quando invece viene presentata una richiesta da soggetti privati, se ne dà notizia per sollecitare terzi interessati a presentare offerte competitive, ma il primo proponente dispone della prelazione alle condizioni della migliore proposta, ed inoltre il precedente titolare (*anterior titular*) dispone della prelazione sia nel primo che nel secondo

<sup>91</sup> Art. 49.

<sup>92</sup> Acs TC 280/90, 330/99, 131/03.

<sup>93</sup> Cfr. J. Fernandes, *Delimitação*, in *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. III, Lisboa, 1998.

<sup>94</sup> Lei n°. 58/2005, de 29 de Dezembro (Ley da Água); Decreto-Ley n°.353/2007, de 26 de Outubro.

<sup>95</sup> Decreto-Lei n°. 226-A/2007, de 31 de Maio.

<sup>96</sup> Decreto-Lei n°. 226-A/2007, art.21.

caso. In quest'ultima ipotesi, basta che almeno un anno prima della scadenza comunichi di avere interesse a proseguire nell'utilizzo del titolo e che nei dieci giorni successivi alla chiusura del procedimento valutativo dichiari di accettare le migliori condizioni di gara. Sempre in tale evenienza può persino autorizzarsi la proroga per non oltre due anni del titolo in essere in attesa dell'esperimento di procedure competitive. Tale lasso di tempo risulta incrementato a cinque anni in via amministrativa, nelle istruzioni dell'APA<sup>97</sup>. È prevista, salvi casi di dispensa, la prestazione di cauzione a garanzia del recupero ambientale<sup>98</sup>.

Un regime molto simile è previsto per l'assegnazione delle concessioni<sup>99</sup>, necessarie per l'impianto di servizi di appoggio alla navigazione, di strutture industriali che richiedano investimenti ammortizzabili in più di dieci anni, di sfruttamento del bene idrico per la produzione di energia elettrica, ed infine per le infrastrutture destinate alla balneazione su base commerciale, all'assistenza ed emergenza, alla pulizia del litorale (apoios de praia)<sup>100</sup>. Questo regime non risulta essere mai stato censurato di illegittimità per contrasto con il diritto europeo sotto il profilo concorrenziale. Sono equiparate agli apoios le installazioni a carattere temporaneo ed amovibili, come boe, cabine, baracche, tende da sole ad uso di bagnanti e le apparecchiature da pesca o da ricovero di natanti, ristoranti, bar ed altre apparecchiature a fini turistici (*equipamentos*). Per tutte è disposto che siano osservate prescrizioni a salvaguardia di zone umide e caratteristiche biofisiche e paesaggistiche del litorale. Le esigenze di attraversamento e di stazionamento sono pure minutamente disciplinate<sup>101</sup>.

Tutti i titoli per l'utilizzo in privativa delle risorse idriche hanno natura precaria e durata non superiore a dieci anni pur dovendo l'amministrazione tenere conto dei tempi di ammortamento degli investimenti necessari<sup>102</sup> e di

<sup>97</sup> APA, Critérios associados aos procedimentos concursais para atribuição de nova concessão para exploração simultânea de equipamentos e de apoios de Praia, após reversão para Estado.

<sup>98</sup> Cfr. art. 22 della stessa fonte.

<sup>99</sup> Cfr. art. 23.

<sup>100</sup> Art. 63.

<sup>101</sup> Art. 64. Una analisi completa della materia in A. Leitão, *A utilização do domínio público hídrico por particulares*, Curso de pós-graduação de Direito de Água, Universidade de Lisboa, 12 de junho de 2012; S.C. Pererira Guerreiro, *A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo*, Universidad de Lisboa, 28 de setembro de 2012; C. Moreira de Lima, *As limitações ao direito de propriedade privada no Domínio Público Marítimo*, Porto, 2015; più datato M. Taveira Lobo, *Manual de Direito das Águas*, Coimbra, 1999.

<sup>102</sup> Art. 67.

## il demanio marittimo nel diritto comparato

quelli di adeguamento agli strumenti pianificatori di gestione del territorio ed ai piani idrografici. Sono pacificamente ritenuti privatistici e trasferibili ad altri soggetti, muniti dei requisiti tecnici e finanziari prescritti, col consenso della amministrazione ceduta.

La protezione delle coste dal punto di vista ambientale è affidata sempre all'APA, responsabile della redazione di *Planos de ordenamento da orla costeira* (POOC), che coprono sia la fascia di costa che le acque adiacenti, con particolare riguardo alle zone di rischio. I piani vengono approvati a conclusione di un procedimento partecipativo in cui devono essere valutati fattori come la sostenibilità intergenerazionale, la bio- e la geo-diversità, lo sviluppo socio-economico e la coesione sociale, l'uso riqualificante della risorsa idrica. Consistono in una parte normativa ed in una documentale. La prima contiene anche la disciplina degli accessi, della circolazione e della permanenza nel litorale. Appositi allegati del Decreto-lei n°. 159/2012<sup>103</sup> contengono la tipologia delle spiagge (*praia urbana, periurbana, semi-natural, natural, com uso restrito, com uso interdito*) e quella dei rischi possibili (diversi tipi di erosione, restrizione, smottamento, ecc.), allo scopo di rendere omogenea la formulazione dei POOC.

La giurisdizione competente sulle impugnazioni dei provvedimenti relativi al demanio idrico è quella amministrativa, con l'eccezione di quanto si riferisce al riconoscimento di diritti storici su tratti di litorale, che appartiene alla competenza dei *tribunais comuns*.

### *Abstract*

*This essay aims to analyze the legal frameworks regulating the maritime demesne adopted by some European countries. The objective is to check whether, from the comparative analysis, useful suggestions can be drawn to solve the legal problems that have emerged from the Italian regulation in recent years (in particular, those concerning the renewal of beach concessions). To this end, the contribution takes into account the French, Spanish, British and Portuguese cases.*

<sup>103</sup> De 24 de julio, Anexos I e II.



ANDREA PATRONI GRIFFI

PRINCIPI COSTITUZIONALI ED EUROPEI  
IN TEMA DI LIBERALIZZAZIONE  
DEL SERVIZIO TECNICO NAUTICO DI RIMORCHIO

SOMMARIO: 1. Premessa: l'apertura al mercato del servizio di rimorchio marittimo. – 2. Il caso: la richiesta di esercizio dell'attività di rimorchio in concorrenza. – 3. I servizi tecnico-nautici e il servizio di rimorchio nel diritto marittimo. – 4. Una breve ricostruzione del principio di libertà di concorrenza nel quadro costituzionale ed europeo. – 5. Considerazioni conclusive sull'incompatibilità costituzionale ed europea dei diritti di esclusiva nella gestione dei servizi tecnico-nautici.

**1. Premessa: l'apertura al mercato del servizio di rimorchio marittimo**

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, con la decisione n. 429 del 9 ottobre 2017, ha affrontato la questione della liberalizzazione dei servizi tecnico-nautici di ausilio alla navigazione, volti a garantire il buon funzionamento del porto, con specifico riferimento al servizio di rimorchio. Si tratta di questione di grande attualità e che si presta a possibili letture differenti del principio di concorrenza nello specifico settore. Peraltro, proprio alcuni mesi prima, dopo un *iter* di gestazione particolarmente lungo, era entrato in vigore il Regolamento dell'Unione Europea del 2017, n. 352, del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 febbraio 2017, che ha dettato il nuovo quadro normativo europeo per la fornitura di servizi portuali<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In tema cfr. E.G. Rosafio, *Il quadro dei servizi tecnico-nautici alla luce della l. 1 dicembre 2016, n. 230 e del Reg. UE 2017/352 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 febbraio 2017: prime osservazioni*, in *Dir. mar.*, IV, 2017, 996 ss.; nonché M. Ceruti, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2018, 27 ss. Per un quadro generale relativo al rapporto tra diritto dell'Unione europea e settore portuale, sebbene non aggiornato al regolamento, cfr. invece almeno M. Maresca, *L'evoluzione del diritto dell'Unione*

Come noto, l'articolo 100, TFUE si occupa dei trasporti e il paragrafo 2 si riferisce in modo specifico ai trasporti marittimi. Sulla base di questa attribuzione, le istituzioni comunitarie hanno da tempo provato a disciplinare il settore relativo ai servizi portuali. Un primo passo in questa direzione è stato il "Libro verde sui porti e sulle infrastrutture marittime" del 1997<sup>2</sup>. Successivamente la Commissione europea ha elaborato una "Proposta di direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali" il cui percorso è stato, tuttavia, assai travagliato e si è definitivamente arenato nel 2003. Infine, nel maggio del 2013, il processo è ripartito con due atti tra di loro coordinati: la Comunicazione dal titolo "I porti marittimi europei nel 2030: le sfide che ci attendono" e la collegata "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti"<sup>3</sup> e che si è conclusa positivamente, dando corpo al citato regolamento del 2017.

Tale *iter*, particolarmente lungo e complicato, testimonia le notevoli difficoltà nel dare attuazione concreta alle regole concorrenziali in un ambito particolare come quello della navigazione marittima<sup>4</sup>.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, nella sentenza che si analizza, non ha potuto tenere conto, come evidente, del nuovo regolamento per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, gli atti di causa erano anteriori alla sua entrata in vigore.

Inoltre, lo stesso regolamento sposta in avanti la data della sua applicazione. L'art. 22 del regolamento 352/2017, se prevede che esso «entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», immediatamente dopo, nel secondo comma, precisa che il regolamento stesso «si applica a decorrere dal 24 marzo 2019».

Ciò detto, è importante sottolineare come, nella decisione della Corte di giustizia siciliana, il regolamento sia stato tenuto comunque presente dal collegio giudicante, al fine di avvalorare l'impianto argomentativo della decisione.

*europea in materia di infrastrutture e trasporto*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 51 ss. e 130 ss.; nonché Id., *La scelta del gestore delle infrastrutture portuali fra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale (regimi nazionali in crisi, modelli di gestione dei beni pubblici e ruolo dell'autonomia privata)*, in *Dir. mar.*, 2013, I, 59.

<sup>2</sup> Documento COM(97) 678, 10 dicembre 1997.

<sup>3</sup> COM(2013) 269, C7-0144/13.

<sup>4</sup> Cfr. A. Antonini, *Servizi tecnico-nautici e concorrenza*, in *Dir. trasp.*, 2012, 121 e già V. Donatì, *Autoproduzione e concorrenza nel sistema portuale*, Milano, 1993; C. Carbone, F. Munari, *I servizi portuali ancillari alla navigazione tra esigenze di mercato e regole di sicurezza*, in *Dir. mar.*, 1995, 941.

## principi costituzionale ed europei

L'analisi della sentenza si rileva, pertanto, di particolare interesse, perché ci offre la possibilità di mettere a confronto la ricognizione che il giudice amministrativo ha fatto del diritto vigente nel nostro ordinamento, con riferimento all'apertura alla concorrenza dei servizi portuali, e, in particolare del servizio di rimorchio, con la regolamentazione che la stessa Unione europea ha effettuato, con riferimento alla medesima categoria di servizi, nel citato regolamento.

Ciò ci consente di comprendere se ci sia, e quale sia, lo scarto tra la "prassi" interna in materia di servizi portuali e la disciplina sovranazionale rispetto all'applicazione dei principi propri del diritto europeo della concorrenza, adesso chiaramente ed espressamente formalizzati nel citato regolamento.

### **2. Il caso: la richiesta di esercizio dell'attività di rimorchio in concorrenza**

Il caso di cui si è occupato il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia è il seguente. Una società operante nel settore del servizio di rimorchio, che serve a garantire che le operazioni di ingresso e di uscita dal porto delle navi commerciali si svolgano in modo sicuro ed efficiente, ha richiesto, ai sensi dell'art. 101 Codice della Navigazione, la concessione per l'esercizio del detto servizio all'autorità marittima di Milazzo.

L'assoluta particolarità e l'interesse del caso di specie sono rappresentati dalla circostanza che la domanda di concessione era stata presentata dalla società ricorrente quando era già in atto un rapporto concessorio fino al 2024 per lo stesso servizio, che legava l'autorità marittima di Milazzo con altra società operante nel settore.

Emergeva dunque centrale la questione giuridica relativa alla possibilità o meno di avere più di una società concessionaria del relativo servizio tecnico-nautico.

La Capitaneria di porto rigettava *sic et simpliciter* la domanda dell'impresa, ritenendo che il quadro normativo in materia di servizi tecnico-nautici non ne consentisse l'accoglimento, presupponendo un concessionario unico per lo svolgimento di tale servizio.

Alla base del provvedimento della Capitaneria vi era la convinzione che, da un lato, il Codice della Navigazione all'art. 101, così come integrato dagli artt. 138 e 139 del Regolamento di esecuzione del predetto Codice, approvato con d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328, e, dall'altro, il regolamento del porto di Milazzo, approvato con decreto ministeriale dell'allora Ministro

della marina mercantile il 22 febbraio del 1970, non consentissero soluzioni differenti. In particolare, nel motivare il rigetto dell'istanza, lo stesso Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Capitaneria di porto hanno sostenuto che, in base alla normativa vigente, vi dovesse essere obbligatoriamente un solo concessionario per l'espletamento del servizio di rimorchio. Le autorità amministrative competenti dunque ritenevano giuridicamente necessaria la figura del concessionario unico, abilitato ad operare, così come veniva interpretata la richiamata normativa vigente, in base all'attribuzione di diritti di esclusiva, per lo svolgimento del servizio tecnico-nautico.

Degna di rilievo la decisione del giudice amministrativo di primo grado<sup>5</sup>, che, sebbene avesse rigettato il ricorso della società attrice, aveva comunque attestato il riconoscimento della bontà della ricostruzione giuridica effettuata dal ricorrente, sostenendo che dal quadro normativo vigente, e in particolar modo da un'interpretazione del diritto interno alla luce del diritto europeo della concorrenza e allo stesso conforme, vada correttamente desunto che il servizio non debba essere necessariamente svolto in esclusiva.

La motivazione della sentenza di primo grado era chiara nell'accogliere la ricostruzione della parte attrice con riferimento all'asserita piena operatività del principio concorrenziale nei servizi portuali.

Il TAR Sicilia, sezione staccata di Catania, nella sentenza n. 480/2014, infatti, aveva affermato che, dai principi nazionali ed europei in materia di concorrenza, si ricava, in primo luogo, che «il rapporto concessorio previsto nel caso in esame non comporta necessariamente un rapporto in esclusiva» e, in secondo luogo, «che la scelta del concessionario deve essere relazionata ad una compiuta selezione ad evidenza pubblica».

Il Tar, tuttavia, ciò argomentato, decide per il rigetto del ricorso perché sottolinea come la domanda del ricorrente potesse essa stessa eludere i principi concorrenziali, in quanto tesa a fare direttamente riconoscere al ricorrente la possibilità di «aggiungersi alla concessione già esistente, al di là di ogni logica concorrenziale e, quindi, senza una selezione pubblica».

Il giudice amministrativo di primo grado, nel proprio impianto argomentativo, recepisce in sostanza anche il parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>6</sup>, secondo il quale «sebbene la disciplina

<sup>5</sup> Si tratta della sentenza del TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 14 febbraio 2014, n. 480.V. anche sul servizio di pilotaggio TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 16 febbraio 2015, n. 495, pubblicata in *Riv. dir. nav.*, n. 2, 2016, 814 ss. e commentata da A. Marino, *Spunti sui servizi di pilotaggio e di ormeggio*, *ivi*, 839 ss. e in *Dir. mar.*, 2016, 792, con annotazione di M. Lopez de Gonzalo.

<sup>6</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, parere AS990 dell'8 novembre 2012, in Bollettino n. 43/2012. Sugli interventi dell'Autorità in tema v. D. Ragazzoni, *La posizione dell'AGCM sui servizi tecnico-nautici*, in *Libro dell'anno del dir.*, 2014.



## principi costituzionale ed europei

vigente in materia di organizzazione e disciplina dei servizi tecnico-nautici all'interno dei Porti ne rimetta alle Autorità portuali l'organizzazione, ciò non significa che gli affidamenti delle concessioni debbano essere effettuati in *esclusiva e, per di più, senza una gara pubblica*<sup>7</sup>. Infatti, viene sottolineato che «la scelta del modello di gestione dei servizi deve essere il risultato di un'adeguata ponderazione tra la tutela della concorrenza e l'esigenza collettiva alla sicurezza pubblica». Ma ciò non significa necessità del concessionario e di diritti di esclusiva, soprattutto «alla luce di un'interpretazione orientata ai principi comunitari, [che] consenta la possibilità di più concessioni»<sup>8</sup>.

Più categorica è invece la conclusione del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, il quale considera che ben può l'autorità marittima competente affidare in esclusiva il servizio, per cui le ragioni di sicurezza che ineriscono all'espletamento di questo servizio danno ragione del comportamento dell'Autorità marittima di Milazzo. Questa autorità, infatti, secondo il giudice di secondo grado, si è «determinata correttamente nel sottrarre il predetto servizio alla concorrenza tra più operatori nel pieno rispetto di quanto disposto dall'art. 106 TFUE, c. 2, la cui portata precettiva è appunto sintomatica della volontà del legislatore comunitario di affidare al prudente apprezzamento dell'Autorità locale la decisione di prevedere la

<sup>7</sup> V anche C. conti, sez. contr., 13 novembre 2012 n. 142, in *Dir. mar.*, 2013, 620 *ivi* con nota di F. Munari, *La scelta dei concessionari dei servizi e delle attività portuali alla luce di una sentenza "luci e ombre" della Corte dei Conti*.

<sup>8</sup> In particolare, afferma il giudice amministrativo nella motivazione della citata sentenza che: «Non v'è dubbio che l'istituzione del servizio è relazionata allo scopo di garantire la sicurezza nel porto e che tale finalità determina, *ex lege*, che lo stesso diventi di "interesse generale". L'assunto non significa, né è possibile trarre la conclusione dalle norme richiamate, che il concessionario debba essere unico (e ciò neanche considerando la terminologia "al singolare" utilizzata dalla normativa in esame, che, in tal senso, non può deporre per la detta conclusione, posto che dalla stessa non deriva, come sarebbe stato necessario, di per sé tale indicazione), ma che lo stesso o gli stessi debbano assicurare un alto livello di qualità del servizio, al fine di garantire la sicurezza nei porti». E, poco oltre, «Sembra, pertanto, potersi concludere che il sistema prospettato, anche alla luce di un'interpretazione orientata ai principi comunitari, consenta la possibilità di più concessioni (del resto, il regime concessorio, nell'ambito in questione, certamente non può comportare la necessaria "esclusività del rapporto", come del resto accade in altri settori dei servizi pubblici di interesse generale), purché il gioco concorrenziale favorisca la finalità dell'istituzione del servizio, vale a dire l'obiettivo della sicurezza nei porti». Il rigetto della domanda attrice è quindi dovuto non alla circostanza che il servizio dovesse essere svolto in esclusiva, ma in quanto, nell'interpretazione del giudice, la «domanda della ricorrente [era] volta ad "aggiungersi alla concessione già esistente", al di là di ogni logica concorrenziale e, quindi, senza una selezione pubblica».

gestione in esclusiva del predetto servizio, avuto riguardo al rispetto delle superiori esigenze di sicurezza dei traffici marittimi»<sup>9</sup>.

In altri termini, la stessa disposizione comunitaria, nell'interpretazione del supremo giudice amministrativo per la Sicilia, verrebbe orientata a salvaguardare la discrezionalità di scelta dell'autorità amministrativa, richiamando il giudice d'appello siciliano a conforto della propria tesi la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>10</sup>, che, afferma il collegio giudicante, non «riguarda il tema dell'affidamento dei servizi tecnico-nautici di interesse economico generale, essendo la fattispecie piuttosto relativa ad operazioni portuali, sottoposte, anche nell'ordinamento italiano, ad una completa liberalizzazione». Inoltre, afferma il giudice, che lo stesso ampio sistema derogatorio introdotto dall'art. 6 del regolamento europeo numero 352 del 2017 (sebbene non ancora applicabile), il quale espressamente prevede che per esigenze di sicurezza il servizio di rimorchio possa essere affidato a un unico operatore, conferma il corretto operato dell'autorità marittima.

### **3. I servizi tecnico-nautici e il servizio di rimorchio nel diritto marittimo**

Pare opportuno preliminarmente osservare che i servizi tecnico-nautici rientrano nell'ampio *genus* dei servizi di interesse economico generale<sup>11</sup> in quanto, da un lato, sono delle attività economiche, come tali soggette all'applicazione delle regole di libera concorrenza; dall'altro lato, sono attività economiche che soddisfano scopi di interesse pubblico per cui la previsione di deroghe all'operatività delle regole concorrenziali è legittima nella misura in cui è realizzata in conformità alle indicazioni stabilite dall'art. 106 del TFUE<sup>12</sup>.

Inutile dire che, in questo settore, il bilanciamento tra l'applicazione

<sup>9</sup> Punto 8 del considerato in diritto.

<sup>10</sup> CGUE, sent. 10 dicembre 1991, *Mercati Convenzionali Porto di Genova SpA contro Siderurgica Gabrielli SpA*, Causa C-179/90.

<sup>11</sup> La letteratura in materia è amplissima. Si rinvia a G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale: contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, Giuffrè, 2010; G. Marchianò, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, 1021; F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063.

<sup>12</sup> Cfr. M. Brignardello, *Sicurezza della navigazione e servizi tecnico-nautici*, in *Sicurezza e libertà nell'esercizio della navigazione*, a cura di M.P. Rizzo, C. Ingratoci, Milano, 2014, 209.

e la deroga alle regole concorrenziali è un tema di grande delicatezza, che dovrebbe sempre conservare intima coerenza nelle relative discipline. Il diritto della concorrenza, infatti, applicato al tradizionale settore dei servizi pubblici, ha sempre creato una pluralità di problemi, proprio perché vi è questa necessità di conciliare le regole del mercato con la funzione sociale da sempre espletata dalle attività di servizio pubblico<sup>13</sup>. Questa difficoltà è ancora maggiore in un settore dell'ordinamento, quale quello della navigazione marittima, che è tradizionalmente governato da un *corpus* normativo speciale, il codice della navigazione, che si fonda su principi peculiari, spesso derogatori rispetto allo stesso diritto civile<sup>14</sup>.

L'assetto normativo della materia risale al 1942, periodo in cui l'equazione tra regime della concessione ed esercizio monopolistico dell'attività rappresentava di fatto la regola. Tale assetto non è stato inciso, almeno in materia esplicita, dalle successive riforme del settore avvenute con la riforma delle autorità portuali, cui è stata affidata la funzione di regolazione del settore<sup>15</sup>. La stessa legge istitutiva delle autorità portuali, come modificata dal d.l. n. 535/1996, convertito nella l. n. 647/1996, in linea con la tradizione amministrativa interna, ha qualificato questi servizi come «servizi di interesse generale», svolti in funzione della garanzia di esigenze di sicurezza, tralasciando la questione dell'applicazione della normativa concorrenziale<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Nella sterminata letteratura, anche per le diverse sfumature nella ricostruzione dei concetti di servizio pubblico e funzione sociale, v. *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010 (ivi in particolare F. Merusi, *Regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione* nonché i contributi in ordine di D. Sorace, G. Napolitano, G. Pericu, F. Donati, E. Bruti Liberati, F. Cintioli, M. Cammelli, N. Bassi, A. Travi, M. Ramajoli, M. Clarich; P. Ciriello, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; G. De Vergottini, *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione Europea*, in *Treccani.it*, 2009; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2005; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, Giappichelli, 1970; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005. Fondamentale poi ancora oggi il pensiero di U. Pototschnig, per una sintetica ma attenta ricostruzione del quale v. D. Sorace, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig: i «servizi pubblici»*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, 583 ss.

<sup>14</sup> Sulla specialità del diritto della navigazione cfr. ad esempio A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescato, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. 5 ss.

<sup>15</sup> Sulle autorità portuali nell'ampia letteratura v. di recente M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, Napoli, 2017 nonché F. Munari, *La riforma della l. n. 84/1994: prime riflessioni*, in *Dir. mar.*, 2017, 581; A. Romagnoli, *L'autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003; M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2965.

<sup>16</sup> Cfr. M. Casanova, *Note sulla legge n. 84 del 1994 di riordino della legislazione in materia*

L'art. 14, c. 1-*bis*, l. n. 84/1994 ha stabilito che «i servizi tecnico-nautici di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio sono *servizi di interesse generale* atti a garantire, nei porti ove essi sono istituiti, la sicurezza della navigazione e dell'approdo»<sup>17</sup>. Nemmeno il d.lgs. n. 169/2016, che ha riformato il settore, istituendo le attuali Autorità di sistema portuale, ha inciso in modo espresso sul punto, limitandosi a dettare nuove disposizioni in merito alla competenza nell'affidamento di detti servizi<sup>18</sup>. La questione della liberalizzazione di questi servizi non si era dunque posta in maniera esplicita nell'ordinamento interno prima dell'approvazione del citato regolamento europeo del 2017.

In particolare, nell'ambito dei servizi tecnico nautici, i servizi di rimorchio nelle aree portuali sono innanzitutto disciplinati dall'art. 101 cod. nav. che, rubricato «Istituzione del servizio di rimorchio marittimo», testualmente recita: «Il servizio di rimorchio nei porti e negli altri luoghi di approdo o di transito delle navi addette alla navigazione marittima non può essere esercitato senza concessione fatta dal capo del compartimento, secondo le norme del regolamento. L'autorità predetta determina nell'atto di concessione il numero e le caratteristiche dei mezzi tecnici da adibire al servizio»<sup>19</sup>.

A livello di normativa regolamentare risulta vigente anche il d.P.R. n. 328/1952 che, con riferimento all'"atto di concessione", recita: «L'atto di concessione relativo al servizio di rimorchio deve indicare il numero e le caratteristiche dei mezzi tecnici da adibire al servizio, i limiti entro i quali ciascun rimorchiatore può esercitare il servizio e il massimo tonnellaggio delle navi da rimorchiare, nonché le altre condizioni del servizio».

Come osservato, la citata l. n. 84/1994, che reca "Riordino della legislazione in materia portuale", così come modificata dal d.lgs. n. 219/2016, è intervenuta sull'aspetto dell'affidamento dei servizi portuali al solo scopo di chiarire le competenze in materia, ma nulla ha stabilito relativamente alla questione se sia possibile o addirittura doveroso prevedere la contemporanea presenza di più imprese che rendono il medesimo servizio<sup>20</sup>. Tale legge ap-

*portuale*, in *Econ. dir. terz.*, 2000, 318 ss.; A. Giardini, *I servizi tecnico nautici*, in *Il diritto del mercato del trasporto*, a cura di S. Zunarelli, Padova, Cedam, 2008, 329 ss.

<sup>17</sup> S. Zunarelli, *Servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84*, in *Dir. traspr.*, 1995, 451 ss. Per la giurisprudenza, interessante TAR Lazio, 17 gennaio 2014, n. 641, in *Riv. dir. nav.*, 2014, 471, *ivi* con nota di E. Attili, *Servizi tecnico-nautici: il T.A.R. distingue tra automanovra ed autoproduzione e chiarisce in ordine alla loro obbligatorietà*.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione dopo la riforma del 2016, v. U. La Torre, *I servizi tecnico-nautici dopo la legge istitutiva dell'Autorità di sistema portuale*, in *Riv. dir. nav.*, 2017, 449.

<sup>19</sup> Sullo spazio di competenza però dell'autorità marittima a modificare il regolamento, cfr. Cons. St., sez., VI, 13 dicembre 2011 n. 6516 in *Dir. mar.* 2012, 530 con nota di G. Vezzoso, *Sulla competenza per la determinazione delle tariffe di rimorchio*.

<sup>20</sup> V. anche la legge 1 dicembre 2016 n. 230 che apporta alcune "modifiche al codice

## principi costituzionale ed europei

pare, tuttavia, orientata all'apertura dei servizi alla concorrenza per cui, coerentemente con questa ispirazione, ha costruito un sistema in cui le autorità portuali operano quali autorità di regolazione dell'infrastruttura portuale<sup>21</sup>.

L'ingresso nel nostro ordinamento del principio europeo della concorrenza, e della nuova funzione regolatoria attribuita alla autorità portuali, non può essere considerata priva di effetto anche con riferimento all'interpretazione dei citati testi normativi.

Il caso quindi è di particolare interesse perché può aiutare a comprendere in che misura e con quali limiti i principi concorrenziali si sono affermati in questi settori anche prima di essere espressamente toccati dalla normativa europea di liberalizzazione e, per converso, in che modo e quale misura il nuovo regolamento europeo rappresenti una novità rispetto al sistema attualmente in vigore e rispetto a una certa passata giurisprudenza<sup>22</sup>.

### **4. Una breve ricostruzione del principio di libertà di concorrenza nel quadro costituzionale ed europeo**

L'assetto normativo interno e quello europeo in materia di concorrenza sono nati con impostazioni certamente diverse. Non è questa la sede per ricostruire in modo articolato le ragioni sottostanti a una tale sostanziale differenza. Ma può bastare in tal senso il semplice confronto tra l'art. 43 Cost. e l'art. 106 TFUE, che riguardano la medesima materia, quella dei servizi pubblici, in cui i rapporti di regola e eccezione appaiono quasi del tutto invertiti.

della navigazione in materia di responsabilità dei piloti dei porti e disposizioni in materia di servizi tecnico-nautici”.

<sup>21</sup> Sul punto cfr. G. Torelli, *Le autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 1 e ss. il quale osserva: «La materia portuale è stata rivoluzionata con la legge 28 gennaio 1994, n. 84. La riforma ha attuato le richieste comunitarie di definizione di un modello gestorio più conforme alle logiche concorrenziali ed all'apertura al mercato». Sulla riforma del 1994 la letteratura è sterminata. Cfr., tra gli altri, S.M. Carbone, F. Munari, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, in *Dir. mar.*, 1/1994, 3 ss.; V. Zaccheo, *Il lungo percorso della liberalizzazione dei servizi portuali*, a cura di M.R. Spasiano, *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 360 ss.

<sup>22</sup> In particolare rispetto ad un certo orientamento portato a escludere il diritto all'autoproduzione. Cfr. Corte giust. CE 18 giugno 1998, causa C-266/96, in *Dir. trasp.*, 1999, 849 ss., con nota di P. Portacci, *La posizione della Corte di Giustizia Ce sull'ordinamento italiano del servizio di ormeggio*. Per la giurisprudenza italiana v. Cass., Sez. un., 7 maggio 2002, n. 6488, *Ministero dei trasporti c. Soc. Tourship*, in *Dir. mar.*, 2003, 813 ss., con nota di C. Montebello, *Verso la liberalizzazione dei servizi tecnico nautici nel quadro del diritto comunitario della concorrenza?*

L'art. 43 Cost., come noto, sancisce, infatti, che «la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali». Il suo equivalente europeo, l'originario art. 86 del Trattato di Roma, oggi art. 106 TFUE, invece, impone agli Stati membri di non emanare né mantenere, «nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati», per cui «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza», principio a cui può derogarsi solo «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»<sup>23</sup>.

Mentre per l'articolo 43 della Costituzione, quindi, la «regola» è che i servizi pubblici essenziali siano gestiti in forma monopolistica a fronte di una riserva alla mano pubblica, in virtù di una libera valutazione effettuata dall'assemblea legislativa, per l'articolo 106 TFUE la disciplina appare capovolta. L'applicazione del diritto della concorrenza, infatti, diventa la «regola», mentre la possibilità di prevedere deroghe alla sua applicazione rappresenta «l'eccezione», che si giustifica solo a fronte di uno stretto scrutinio di proporzionalità, cioè nella misura in cui tali deroghe si dimostrino strettamente necessarie.

Nella Costituzione repubblicana, la libertà di impresa viene tutelata nell'art. 41, che ha esplicitamente riconosciuto, come noto, la libertà di iniziativa economica dei privati. Il primo comma, in particolare, costituisce fondamentale garanzia costituzionale del diritto di libera impresa dei privati.

<sup>23</sup> Su questi aspetti la letteratura è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività cfr. D. Sorace, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, pag. 1 e ss. Con riferimento alla Costituzione cfr. almeno C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, nota a C. cost. 6-14/2/1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; C. Esposito, *Gli artt. 3, 41 e 43 della costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica private nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260 ss. Con riferimento al quadro europeo cfr. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA*, 2001, Milano, 2002; V. Gasparini Casari, *Il servizio universale*, in *Dir. ec.*, 2000, 263 ss.; F. Salvia, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 535 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, II ed., Torino, Giappichelli, 2009; F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. U.E.*, 2006, 453 ss. Con riferimento al rapporto tra gli ordinamenti interno e sovranazionale cfr. R. Niro, *Articolo 41*, in *Aa.Vv., Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, I, 862.

## principi costituzionale ed europei

Mentre nel secondo e terzo comma si pongono le basi di giustificazione di possibili limiti al diritto d'impresa e al suo esercizio in presenza di interessi pubblici a certe condizioni. Proprio l'art. 41 ha costituito la base su cui si è fondata la normativa antitrust italiana, posta con la l. n. 287/1990, che ha iniziato a dare ingresso alla tutela del mercato concorrenziale nel nostro ordinamento, inaugurando proprio un processo di progressiva apertura al mercato concorrenziale anche dei settori di pubblico servizio.

Nel tempo, quindi, con un ruolo fondamentale rappresentato da quella «nuova Costituzione economica»<sup>24</sup> propria del diritto europeo della concorrenza, si è andato elaborando anche un “principio costituzionale di libera concorrenza”, che risulta ormai acquisito nell'ordinamento costituzionale interno nella sua “valenza positiva di promotore dell'efficienza economica ed organizzativa”, così come elaborato nella stessa giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>.

Il principio di concorrenza e il mercato nell'ordinamento eurounitario (tutela della concorrenza sancita dagli artt. 101, 102 e 106 TFUE) assumono rilievo di principi generali dell'ordinamento anche nell'ambito nazionale, principi che possono naturalmente trovare limitazioni quando queste siano ragionevolmente fondate nella tutela di contrastanti interessi degni di tutela.

A questo risultato hanno contribuito una pluralità di fattori. Innanzitutto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha dato un notevole impulso per favorire l'applicazione del principio della concorrenza. Inoltre, la stessa giurisprudenza costituzionale ha dato un notevole impulso in tal senso, soprattutto a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione che ha attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la «tutela della concorrenza»<sup>26</sup>. Infine, la stessa interpretazione, che il legislatore ha dato del principio della concorrenza, è mutata nel corso degli anni, in virtù della

<sup>24</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma, Laterza, 2014.

<sup>25</sup> Sul rilievo costituzionale del principio di concorrenza la bibliografia è sterminata. Cfr. G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 ss.; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, ivi, 21 ss. Cfr. da ultimo, A. Argentati, *Mercato e costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>26</sup> Cfr., fra le tante, C. cost. n. 14/2004, n. 350/2010, n. 4/2014, n. 264 e n. 171/2013; n. 105 e 239/2016; 98 e 117/2017. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della concorrenza cfr. R. Bifulco, *La tutela della concorrenza tra parte I e parte II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Reg.*, 2008, 791 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.* 2005, 1429 ss.; F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2-3, 2010, 507 ss.; M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, 191 ss.

sempre più cospicua produzione normativa in funzione pro-concorrenziale. Di conseguenza, le differenze originarie tra i due ordini normativi si sono progressivamente attenuate.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, è ormai costante nell'affermare che la nozione di concorrenza, introdotta dal secondo comma, lett. e), dell'art. 117 Cost., è equivalente a quella propria dell'ordinamento europeo<sup>27</sup>. Essa comprende non solo la normativa cosiddetta antitrust, che tutela la concorrenza intesa in senso statico, ma anche la normativa volta a promuovere la concorrenza, che incentivi sia la competizione tra imprese, cioè la concorrenza "nel mercato", la più ampia apertura di particolari mercati, che funzionano in base all'attribuzione di diritti esclusivi, a al maggior numero possibile di imprese, cioè la concorrenza "per il mercato".

È con tale quadro generalissimo che va pertanto rapportata ogni disciplina di settore, compresa quella relativa ai servizi portuali tecnico-nautici: l'affermazione del principio di libera concorrenza, da un lato, le possibili discipline limitative contenute in norme che vi derogano in tutto o in parte rendendo più difficile l'affermazione della stessa norma principio. Norme limitative o di deroga che devono superare uno scrutinio di stretta ragionevolezza della discrezionale scelta legislativa. Soprattutto ai sensi dell'art. 106 TFUE che, come osservato, ha riguardo a imprese che, per legge o atto dell'amministrazione, beneficiano di un diritto esclusivo.

## **5. Considerazioni conclusive sull'incompatibilità costituzionale ed europea dei diritti di esclusiva nella gestione dei servizi tecnico-nautici**

L'apertura dei servizi tecnico nautici alle liberalizzazioni appare del tutto coerente nel quadro delineato. In tal senso, depongono le sentenze del giudice amministrativo riportate, già il parere cui si è già fatto cenno dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché da ultimo la nuova normativa europea intervenuta nel settore.

L'Autorità italiana Antitrust era infatti intervenuta sulla questione e la sua argomentazione ripresa dallo stesso giudice amministrativo. Secondo l'Antitrust anche questo settore deve aprirsi all'operatività del principio concorrenziale, come rilevato nel ricordato parere proprio in materia di ser-

<sup>27</sup> Cfr., tra le tante, la sentenza n. 325/2010, commentata da R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, su [Forumcostituzionale.it](http://Forumcostituzionale.it).



## principi costituzionale ed europei

vizio nautico di rimorchio, ripreso poi da altro conforme in tema di servizio di pilotaggio<sup>28</sup>.

Qui l'autorità rileva che un provvedimento di diniego di accesso di nuovi operatori nella gestione del servizio in un porto ignora «l'esigenza di assicurare *standard* di sicurezza adeguati nella regolamentazione delle attività tecnico-nautiche in ambito portuale e la necessità di preservare il maggior grado di concorrenza possibile nella disciplina di rilevanti attività economico-imprenditoriali». Tanto che nel suddetto parere, che si riporta di seguito, si rileva che: «La necessità di tenere in considerazione l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza nella scelta del modello di gestione dei servizi tecnico-nautici è stata più volte invocata dall'Autorità in alcune recenti segnalazioni e precedentemente richiesta dalla Corte di Cassazione. Quest'ultima ha, in particolare, osservato che, nonostante la liberalizzazione che la legge n. 84 del 1994 ha attuato per le operazioni terrestri (cd. "servizi portuali") non sia stata completamente estesa anche ai servizi tecnico-nautici, tale circostanza "non comporta che una liberalizzazione (analoga o meno a quella realizzatasi per le operazioni portuali) debba escludersi per i servizi nautici, bensì che essa rientra nei poteri conferiti all'amministrazione, dal codice della navigazione e dalla legge n. 84 del 1994». Ciò implica che «gli eventuali motivi di sicurezza pubblica che ostano, nel concreto, al riconoscimento del diritto all'autoproduzione del servizio di pilotaggio dovrebbero formare oggetto di un'apposita motivazione, idonea a giustificare il conseguente sacrificio temporaneo dei principi a tutela della concorrenza».

Un tale modo di ragionare riguarda, come detto, lo stesso servizio tecnico nautico di rimorchio dove pure possono venire in rilievo esigenze di sicurezza. Senonché il generico richiamo alle stesse non può legittimamente fondare un provvedimento che tenda a riconoscere concessionario unico e diritti di esclusiva<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> AGCM, parere n. AS998, in Bollettino n. 48/2012 (regolamentazione del servizio tecnico-nautico di pilotaggio nello stretto e nel porto di Messina).

<sup>29</sup> Pare il caso di osservare, incidentalmente, che l'autoproduzione dei servizi in ambito portuale assume caratteri peculiari rispetto agli altri settori dell'ordinamento. Mentre in questi ultimi, infatti, l'autoproduzione, quando è ammissibile, mette fuori gioco la concorrenza perché viene riconosciuto, come prerogativa della pubblica amministrazione, il diritto all'autoproduzione (cioè realizzare direttamente il servizio), nei servizi portuali, viceversa, l'autoproduzione si configura spesso come una richiesta che proviene dalle stesse compagnie private che considerano più economico realizzare esse stesse quei servizi che, di norma, le autorità portuali affidano in concessione ad altre imprese private. Con riferimento specifico ai servizi tecnico-nautici l'autoproduzione, così intesa, sembra potere trovare spazio limitatamente all'ormeggio. Cfr. l'interessante giurisprudenza della Corte di App. Genova

Soprattutto, si sottolinea correttamente come il codice della navigazione non preveda, né tanto meno imponga una gestione in regime di esclusiva<sup>30</sup> e come anzi lo stesso vada letto in un'interpretazione orientata al rispetto del principio di concorrenza come lo stesso vive nel diritto europeo e nella stessa Costituzione così come progressivamente interpretata.

L'obiettivo, in espressione e realizzazione del principio di concorrenza, non può che essere quello della massima apertura del mercato, a meno che non vi siano esigenze ed interessi che giustifichino limitazioni, ma ben al di là del generico richiamo di non precisati motivi di sicurezza *et similia* in grado di vanificare la libertà di concorrenza nel mercato.

Il diritto interno con riferimento ai servizi tecnico-nautici, pertanto, alla luce dell'operatività del principio europeo della concorrenza e della dimensione costituzionale che tale principio ha assunto nel corso degli ultimi due decenni, deve orientare l'interprete a ritenere che per escludere l'applicazione della regola concorrenziale dai servizi tecnico nautici occorra una specifica motivazione, che dia conto, in concreto, della sussistenza di specifiche e individuate ragioni di sicurezza.

Tale necessaria interpretazione non solo è stata ribadita dai giudici amministrativi, che rigettano il ricorso, per le ragioni ricordate, ma riconoscono la necessità di tutela di concorrenza nel settore e la possibilità di operare di una pluralità di operatori senza diritti di esclusiva, anche se con maggiore forza nella sentenza di primo grado rispetto a quella di appello. La stessa impostazione è sostanzialmente confermata dal recente citato regolamento europeo in materia di servizi portuali.

Il regolamento all'art. 5 ha sancito che spetta all'ente di gestione del porto assicurare il trattamento trasparente, obiettivo, non discriminatorio e proporzionato dei prestatori di servizi portuali, non discostandosi quindi dalle competenze che alle autorità portuali sono già state riconosciute dalla riforma del 1994.

Inoltre, l'art. 6 è intervenuto proprio sul punto che è stato oggetto

8 marzo 1999, *Soc. Tourship Italia c. Ministero dei trasporti*, in *Dir. trasp.*, 2000, 164, con nota di C. De Marzi, *Non obbligatorietà del servizio di ormeggio e diritto all'autoproduzione*, che ha riconosciuto il diritto di autoproduzione. Per la dottrina, M. Brignardello, *Sicurezza della navigazione, concorrenzialità, obbligatorietà e autoproduzione dei servizi tecnico-nautici: un difficile equilibrio*, in *Dir. mar.*, 2003, 1435 e S. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, spec. 198 ss., 262 ss.

<sup>30</sup> «Sebbene la disciplina vigente in materia di organizzazione e disciplina dei servizi tecnico-nautici all'interno dei Porti ne rimetta alle Autorità portuali l'organizzazione, ciò non significa che gli affidamenti delle concessioni debbano essere effettuati in esclusiva» (AGCM par. n. AS990, in *Bollettino* n. 43/2012).

della controversia che si è esaminata, stabilendo in quali casi una limitazione al numero di prestatori di servizi portuali può essere considerata legittima.

In particolare, secondo il citato articolo, l'ente di gestione del porto può limitare il numero di prestatori di servizi portuali in relazione a un dato servizio portuale quando ricorrano una serie di ipotesi, e cioè quando vi sia carenza di aree o spazi portuali; quando l'assenza di tale limitazione ostacolerebbe l'esecuzione degli obblighi di servizio pubblico, anche tenuto conto degli eventuali costi eccessivi che l'apertura alla concorrenza determinerebbe per l'adempimento di tali obblighi; quando l'apertura alla concorrenza si ponga in contrasto con le esigenze di sicurezza o di sostenibilità ambientale delle operazioni portuali; quando le stesse caratteristiche dell'infrastruttura portuale o la natura del traffico portuale siano tali da non permettere la contemporanea presenza di più prestatori di servizi portuali nel porto.

La decisione di limitazione che il regolamento europeo demanda all'autorità portuale non è tuttavia una decisione dall'ampia portata discrezionale. Occorre infatti sottolineare che non basta cioè affermare l'esistenza di generiche motivazioni relative alle ipotesi descritte, ma occorre espressamente motivare in concreto e nel merito delle specifiche ragioni, che nella reale circostanza abbia reso opportuna l'esclusione della concorrenza.

Tanto si desume chiaramente dallo stesso tenore della disciplina. Infatti, il regolamento, all'art. 6, c. 2 e 3, stabilisce che l'ente di gestione del porto deve rendere pubbliche, almeno tre mesi prima della decisione, le «proposte» di limitazione del numero di prestatori di servizi portuali e che tali proposte debbano essere accompagnate dalle relative motivazioni. Ciò al fine di concedere, in trasparenza, alle parti interessate l'opportunità di presentare osservazioni che l'autorità portuale dovrà tenere nel debito conto nella decisione di limitazione del numero di prestatori di servizi. Sulle proposte di esclusione di alcuni servizi dalla concorrenza si aprirà quindi un contraddittorio, che dovrà portare ad avere motivazioni puntuali e specifiche delle esclusioni, che ben potrebbero altrimenti risultare viziate.

Una generalizzata e generica limitazione della concorrenza sarebbe pertanto in contrasto col diritto europeo e con il principio di concorrenza oramai assunto a principio di rango costituzionale. Se ne desume che l'art. 101 del cod. nav. debba essere interpretato in modo conforme alla disciplina europea e non possa essere ritenuto esprimere una norma che imponga nei servizi di rimorchio un'unicità di rapporto concessorio.

Naturalmente, resta vivo il distinto, ma connesso, problema, una volta aperta la gestione del servizio a più imprese, ma anche nel caso in cui la gestione in esclusiva venga in concreto esercitata, delle modalità di scelta del concessionario, che sembra richiedere non solo l'eventuale strettamente

motivato affidamento della concessione in esclusiva mediante gara, ma anche un affidamento a una pluralità di concessionari contestualmente, cioè mediante una gara che indichi il numero dei concessionari che possano rendersi affidatari del servizio. Una pluralità di affidamenti non contestuali, infatti, sembrerebbe correre il rischio di rivelarsi elusiva dei principi concorrenziali sotto il diverso profilo della *par condicio*.

In conclusione, il futuro delle regole concorrenziali e della stessa disciplina dettata dal regolamento europeo dipenderà molto dall'azione dell'autorità amministrativa e dal modo in cui essa interpreterà la sua funzione di regolazione e dalla stessa giurisprudenza che sarà chiamata eventualmente a risolvere il contenzioso originato da chiusure illegittime, in quanto immotivate o irragionevoli, alla luce delle considerazioni svolte, alla prevalente, tendenziale liberalizzazione dei servizi tecnico-nautici.

*Abstract*

*The essay is focused on the matter of the port tug service and the freedom to provide it. Such issue has been recently submitted to the domestic Courts and this gives the opportunity to make a close scrutiny how the principle of freedom of competition is achieved, within the constitutional and European framework, in the Italian sector of the so called technical-nautical services (ie. port tug services, pilotage, ship mooring services) to affirm the incompatibility of general exclusive rights in the sector.*

ALESSIA PALLADINO

I SERVIZI DI TRASPORTO PUBBLICO NON DI LINEA  
ALL'ESAME DEI NUOVI PARADIGMI  
DELLA MOBILITÀ URBANA E DELLA *SHARING ECONOMY*

SOMMARIO: 1. La mobilità urbana sotto la lente della *sharing economy*: un'introduzione. – 2. L'influsso della *sharing economy* sull'evoluzione dei servizi di trasporto: verso l'integrazione e la continuità. – 3. Le nuove frontiere della mobilità: il paradigma *Mobility as a service*. – 4. La *sharing economy* come rivoluzione del trasporto pubblico non di linea. – 5. La difficile convivenza della *sharing economy* nel reticolo del riparto di competenze tra Stato e regioni per il governo della domanda. – 6. Implicazioni pratiche sulla natura giuridica dei nuovi operatori della mobilità.

**1. La mobilità urbana sotto la lente della *sharing economy*: un'introduzione**

Nel corso dell'ultimo quinquennio si sono verificati significativi cambiamenti degli stili di vita, di lavoro, di accessibilità e dislocazione dei servizi soprattutto nel contesto urbano e metropolitano, fulcro dell'organizzazione sociale<sup>1</sup>, ove sussiste una maggiore densità di popolazione rispetto alle aree rurali<sup>2</sup>.

Il processo di rivoluzione digitale ingenerato dallo sviluppo della rete e delle tecnologie informatiche – coadiuvato dal crescente grado di alfa-

<sup>1</sup> «Sebbene siano riconosciuti da lungo tempo tanto il ruolo che le città svolgono ai fini dello sviluppo economico, sociale e culturale quanto le loro potenzialità ai fini di un habitat caratterizzato da un uso più efficiente delle risorse, la risposta politica a livello nazionale ed europeo è stata lenta e frammentaria, con iniziative settoriali numerose, ma scarsamente integrate tra loro»: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *La dimensione urbana delle politiche dell'UE – elementi fondanti di una agenda urbana UE*, COM 2014 (490) final, disponibile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>2</sup> Ciò risulta confermato da recenti stime pubblicate dall'Istat, in un rapporto del 2017 intitolato *Forme, livelli e dinamiche dell'urbanizzazione in Italia*, consultabile all'indirizzo [www.istat.it](http://www.istat.it).

betizzazione informatica – ha consentito l'emersione e la proliferazione di piattaforme digitali che, sulla scorta della spinta emotiva causata dall'aumento dell'instabilità economica<sup>3</sup> e dell'innovazione tecnologica di massa, hanno posto le basi per l'avvento della c.d. *sharing economy*<sup>4</sup>, echeggiante nel contesto nazionale e mondiale con svariati appellativi<sup>5</sup>, quali ad esempio *eco-*

<sup>3</sup> J. O'Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1979; S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000; sul punto cfr. anche I. Pais, G. Provasi, *Sharing economy: a step toward the re-embeddedness of the economy?*, in *Stato e Mercato*, n. 105, dicembre 2015, Bologna, Il Mulino, 353; C. Iaione, *The CO-city*, in *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 75 (2), 2016. A fronte di una crescente domanda di mobilità tra il 1990 e il 2009, la crisi economica del 2008 ha moderatamente frenato l'attività di trasporto di merci e persone e pertanto le externalità negative che ne derivano. Sul punto cfr. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Guida al risparmio di carburante e alle emissioni di CO2 delle auto – anno 2012*, ove si afferma che «Nel periodo 1990-2008 la domanda di trasporto passeggeri è aumentata del 34% (pur segnalando una flessione del 7% nel 2008 rispetto al 2007 dovuta alla crisi economica), mentre per le merci si segnala un incremento del +20,4%. Nel periodo 1990-2009, nel nostro Paese si è registrato un imponente incremento della domanda di trasporto (+31,9% per i passeggeri e +5,5% per le merci, limitatamente ai vettori nazionali, se si includono i vettori stradali esteri si registra un aumento di circa il 32%». Si v. anche ISPRA, *VII Rapporto sulla qualità dell'ambiente urbano*, 2011, 215.

<sup>4</sup> J. Kassin e J. Orsi, *The legal landscape of the sharing economy*, in *J. Envtl. Law and Litigation*, Vol. 27, 1, 2012; J. Infranca, *Intermediary Institutions and the Sharing Economy*, in 90 *Tul. L. Rev.* 29, 1, 2017. Tale concetto fu introdotto per la prima volta nel 1978 da M. Felson e J. L. Spaeth e ricomprendeva «events in which one or more persons consume economic goods or services in the process of engaging in joint activities with one or more others»: *Community structure and collaborative consumption. A routine activity Approach*, in *The American Behavioral Scientist*, 1978, 614 ss.

<sup>5</sup> Sulla controversa definizione di *sharing economy* v. R. Botsman, *The Sharing Economy Lacks a Shared Definition*, <http://www.fastcoexist.com/3022028/thesharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Per una panoramica più articolata sull'evoluzione linguistica cfr. T. Teubner, «Thoughts on the sharing economy», *Proceedings of the International Conference on e-Commerce*, Vol. 11 (2014), 322-326. Il consumo collaborativo viene spesso inteso come sinonimo di *sharing economy*: lo stesso fondatore della P2P Foundation, Michel Bauwens, utilizza indifferentemente tali termini, come sinonimi, ritenendo che: «ci stiamo muovendo da un'economia di scala, adatta ad un periodo storico in cui abbondavano l'energia e le materie prime, ad un'economia di scopo, basata sul principio della condivisione delle conoscenze», <http://p2pfoundation.net>. Come è evidente, la tematica è stata resa cospicuo oggetto di studi: J. Orsi, *Practicing law in the sharing economy: helping people build cooperatives, social enterprise, and local sustainable economies* (2012), 4. Per una ricognizione sulla «nuova» *sharing economy* cfr. M. Murphy, *Cities as the Original Sharing Platform: Regulation of the New "Sharing" Economy*; secondo l'a.: «The sharing economy lacks a common definition due to the wide variety of goods, services, and activities that can be included under the umbrella term».

## i servizi di trasporto pubblico non di linea

nomia della condivisione o della collaborazione<sup>6</sup>, *gig economy*<sup>7</sup>, *on-demand economy*<sup>8</sup>, dimostrando l'incapacità del diritto di sostenere il ritmo evolutivo di simili dinamiche<sup>9</sup>. In sintesi, il paradigma *sharing* costituisce crisi tecnologica dei rinnovati bisogni socio-economici<sup>10</sup>, proponendosi come sistema alternativo, capace di colmare le lacune ingenerate tanto dalle dinamiche di mercato, quanto dalle carenze dell'interventismo statale nel settore dei servizi<sup>11</sup>. La piattaforma *online* è idealtipo di nuove modalità produttive e lavorative<sup>12</sup> improntate alla flessibilità, alla disintermediazione e al decentramento allocativo, e basate su meccanismi reputazionali *inter partes* improntati alla fiducia reciproca<sup>13</sup>, a beneficio della *community*.

Le pratiche *sharing*, oggetto di analisi anche in ambito europeo<sup>14</sup>, si presentano eterogenee, improntate per un verso alla creazione di nuovi mo-

<sup>6</sup> I. Pais, M. Mainieri, *Il fenomeno della sharing economy in Italia e nel mondo*, in *Equilibri* 1/2015, 11 ss.; le aa. ricavano tale dicotomia dalla traduzione del termine *sharing*, il cui equivalente semantico italiano risulterebbe declinabile tanto come "condivisione", quanto come "collaborazione".

<sup>7</sup> R. Botsman, "Defining the sharing economy: What is collaborative consumption – And what isn't?" (2015), consultabile al seguente link: [www.fastcoexist.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt](http://www.fastcoexist.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt).

<sup>8</sup> Parere del Comitato europeo delle Regioni, *La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione*, (2016/C 051/06), consultabile al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015IR2698>.

<sup>9</sup> M. Cartabia, "Nuovi diritti" e leggi imperfette, in *Iustitia*, A. LXIX, n. 2/2016, 170.

<sup>10</sup> L'emersione del fenomeno viene ricollegata, quanto a profili socio-economici, a una modulazione ovvero ripensamento del binomio *economia – società* di stampo Polanyiano. Senza alcuna presenza di esautività, la nozione della reciprocità di stampo Polanyiano è stata oggetto di ulteriori studi, tesi alla distinzione di tre differenti articolazioni: (i) reciprocità in senso stretto; (ii) collaborazione; (iii) *common pool*. Sul punto, per ulteriori approfondimenti sul concetto in esame si rinvia a L. Bruni, *Reciprocity altruism and the civil society. In praise of heterogeneity*, London, Routledge, 2008; B. Gui, R. Sugden, *Economics and social interaction. Accounting for interpersonal relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; M. Mauss, *The gift: forms and functions of exchange in archaic societies*, London, Routledge, 1924.

<sup>11</sup> G. Smorto, *I contratti della sharing economy*, in *Il Foro Italiano*, aprile 2015, V, 221, 5; J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Mondadori, Milano, 2001; Y. Benkler, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, 114 *Yale L.J.* 273, 278 (2004).

<sup>12</sup> In tal senso A. Donini, *Il mercato dei servizi web: il rapporto di lavoro su piattaforma digitale*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, 93.

<sup>13</sup> Sul punto cfr. G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e Diritto Privato*, 2/2016, 200 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>14</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Bruxelles, 2.6.2016 COM(2016) 356 final, disponibile al seguente indirizzo <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>

delli imprenditoriali, replicanti le tradizionali logiche di mercato (si pensi ai celebri casi di *Uber* e *AirBnB*, *Foodora* e molti altri ancora); per altro verso, l'avvento tecnologico ha stimolato la proattività individuale e di comunità, incentivando la proliferazione cooperativistica (si pensi alle iniziative di *crowdfunding* o di *co – working*, fino ad arrivare a livelli più elevati di *co – progettazione urbana* e dei laboratori di quartiere<sup>15</sup>). In entrambi i casi, i riverberi effettuali assumono dimensione essenzialmente locale, venendo così a coincidere con quella urbana<sup>16</sup>, ove il paradigma *sharing* ha maturato profonde radici nel settore dei trasporti, tradizionalmente oggetto di un ampio e considerevole intervento statualista, in ragione degli aspetti sociali, culturali e politici connessi a quelli squisitamente economici<sup>17</sup>. Ciò ha generato al contempo una varietà di nuovi bisogni in termini di intensificazione della domanda di trasporto locale, richiedente una maggiore offerta, tanto in termini di servizi quanto di infrastrutture<sup>18</sup>, a cui il trasporto pubblico convenzionale non riesce a fornire risposta adeguata da cui è scaturito, sul piano giuridico, un vivido dibattito sulle opportunità di adeguamento normativo alle rapide evoluzioni in corso<sup>19</sup>. L'avvento del fenomeno in esame ha portato alla proliferazione di nuove modalità di trasporto, fortemente incentrate sull'utilizzo dell'auto privata (come il *car pooling*, o il *car sharing*), da cui è scaturito un dibattito sull'opportunità di riforma del trasporto pubblico locale, che ha trovato un primo riscontro nell'ultima legge annuale per il mercato e la concorrenza n. 124/2017<sup>20</sup>. Composta da un unico articolo, il comma 179 aveva conferito delega (non attuata) al Governo per l'adozione

<sup>15</sup> Esempio paradigmatico italiano è dato dalle iniziative di *co – progettazione* del Comune di Bologna, consultabili al seguente indirizzo: <http://www.comune.bologna.it/pianoinnovazioneurbana/al-via-la-fase-coprogettazione-dei-laboratori-quartiere/>.

<sup>16</sup> N. Davidson, J.J. Infranca, *The Sharing Economy as an Urban Phenomenon*, in 34 *Yale L. & Pol'y Rev.* 215, 2016, 2.

<sup>17</sup> In tal senso cfr. W. D'Alessio, *Il diritto dei trasporti*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss. F. Fonderico, *Ambiente e mobilità sostenibile*, in *Ambiente*, n. 8/2000, 749; secondo l'a., i trasporti risultano indispensabili per il benessere, lo sviluppo e la coesione economico-sociale e concretizzazione di ogni grande rivoluzione storico-culturale ed economica mediante la diffusione di un nuovo mezzo di trasporto.

<sup>18</sup> M.M. Comenale Pinto, *Trasporti, intermodalità ed infrastrutture*, in *Dir. trasp.*, n. 1/2017, 40.

<sup>19</sup> In tal senso cfr. S. Perugini, *I mercati della "condivisione sociale" in Europa e in Italia. Il ruolo cruciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in "Dalla sharing alla social economy", Consumerism, 2016, Nono rapporto annuale, Consumers' Forum, 35 ss.; disponibile al seguente link: <https://www.cittadinanzattiva.it/files/notizie/consumatori/authority-e-consumatori-dalla-sharing-alla-social-economy.pdf>.

<sup>20</sup> Legge annuale per il mercato e la concorrenza. (17G00140) (GU Serie Generale n. 189 del 14-08-2017), entrata in vigore il 29 agosto 2017, <http://www.gazzettaufficiale.it>.



## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

– entro dodici mesi dalla sua entrata in vigore – di un decreto legislativo teso alla revisione della disciplina in materia di autoservizi pubblici non di linea, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dello sviluppo economico, previo parere della Conferenza unificata, sentiti le associazioni di categoria comparativamente più rappresentative a livello nazionale e il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, definendo principi e criteri direttivi, nonché le procedure per l'adozione delle norme<sup>21</sup>. Tale norma, seppur costituisca un importante momento di constatazione della impossibilità di postergare ulteriormente la riforma del settore – in ragione della ventata tecnologica che ne ha accentuato l'improrogabilità<sup>22</sup> –, ha rivelato esclusivamente tutta l'inadeguatezza del corrispondente obsoleto, quanto anacronistico<sup>23</sup>, impianto normativo cristallizzato nella l. n. 21/1992<sup>24</sup>,

<sup>21</sup> La riforma doveva osservare i seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una disciplina per gli autoservizi pubblici non di linea che provvedono al trasporto collettivo o individuale di persone che contribuisca a garantire il diritto alla mobilità di tutti i cittadini e che assicuri agli autoservizi stessi una funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea ferroviari, automobilistici, marittimi, lacuali e aerei; b) adeguare l'offerta di servizi alle nuove forme di mobilità che si svolgono grazie ad applicazioni web che utilizzano piattaforme tecnologiche per l'interconnessione dei passeggeri e dei conducenti; c) promuovere la concorrenza e stimolare più elevati standard qualitativi; d) assicurare una miglior tutela del consumatore nella fruizione del servizio garantendo una consapevole scelta nell'offerta; e) armonizzare le competenze regionali e degli enti locali in materia, al fine di definire comuni standard nazionali; f) adeguare il sistema sanzionatorio per le violazioni amministrative, individuando sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate alla gravità della violazione, anche ai fini di contrasto di fenomeni di abusivismo, demandando la competenza per l'irrogazione delle sanzioni amministrative agli enti locali ed evitando sovrapposizioni con altre autorità.

<sup>22</sup> Sul punto cfr. P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, relazione al Congresso annuale AIC 2012, Salerno, 23-24 novembre 2012, reperibile al seguente indirizzo: [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>23</sup> Simili argomentazioni sono state affrontate dal Consiglio di Stato, nel parere reso da questi reso in sede consultiva n. 757 del 25 novembre 2015, ove si è mostrato esplicito nel sottolineare come la disciplina del servizio pubblico non di linea mostri «i segni del tempo» di fronte alle nuove caratteristiche della mobilità urbana. In particolare, si è affermato che «la disciplina quadro del servizio pubblico di trasporto non di linea, di fronte alle nuove caratteristiche di mobilità che si sono affermate, mostra i segni del tempo e dello sviluppo dell'innovazione tecnologica, per cui si pone il problema di verificare se, ora come allora, le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea, siano ammesse o vietate e, nella prima ipotesi, se siano ad esse applicabili i principi della legge quadro –con le relative sanzioni– oppure se esse siano espressione della libertà contrattuale delle parti».

<sup>24</sup> L. 15 gennaio 1992, n. 21, *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*, in GU Serie Generale n.18 del 23 gennaio 1992. Il fenomeno di incertezza venutosi a creare è stato riscontrato anche dal Consiglio di Stato con il parere del 23

Al riguardo, invero, le principali proposte *de iure condendo* si sono essenzialmente tradotte nell'auspicio di una compiuta liberalizzazione del settore della mobilità non di linea, da sempre ritenuto assoggettato a eccessive barriere all'accesso e alle modalità di svolgimento del servizio e, per questo, considerato come caso prototipico di inefficiente restrizione legale all'entrata da parte della letteratura economica<sup>25</sup>.

Con il presente lavoro si intende sottolineare che un simile approccio *minimalista*, focalizzato esclusivamente sul settore non di linea e ispirato a mere “*esigenze di liberalizzazione*” non solo può risultare inidoneo per eliminare le incoerenze proprie dell'ambiente urbano, ma potrebbe altresì comportare conseguenze negative ulteriori in termini di produzione di esternalità negative. L'obiettivo di riforma potrebbe costituire un più ampio e proficuo momento di riflessione sui nuovi paradigmi della mobilità urbana, sfruttando la diffusione e la tendenziale propensione avverso le iniziative *sharing* per renderle oggetto di una politica di trasporto *funzionale*, conciliativa dell'impianto normativo tradizionale (tanto di linea quanto non di linea) con le nuove forme di mobilità condivisa manifestatesi nel corso dell'ultimo quinquennio; evitando che la necessità di adeguare la normativa all'evoluzione del mercato<sup>26</sup> – così come auspicato anche dalle Autorità di settore, nello svolgimento della propria attività di *advocacy*<sup>27</sup> –,

dicembre 2015, n. 3586, nel quale si legge che: «la disciplina quadro del servizio pubblico di trasporto non di linea, di fronte alle nuove caratteristiche di mobilità che si sono affermate, mostra i segni del tempo e dello sviluppo dell'innovazione tecnologica, per cui si pone il problema di verificare se, ora come allora, le nuove tipologie di trasporto di persone non di linea siano ammesse o vietate e, nella prima ipotesi, se siano ad esse applicabili i principi della legge quadro – con le relative sanzioni – oppure se esse siano espressione della libertà contrattuale delle parti».

<sup>25</sup> G. Stigler, *Monopoly*, in *The Concise Encyclopedia of Economics*, Liberty Fund, Inc. Ed. David R. Henderson. Library of Economics and Liberty, 29 September 2003, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.econlib.org/library/Enc/Monopoly.html>.

<sup>26</sup> Si confrontino a tal proposito le ultime segnalazioni dell'AGCM, in particolare S2782 – *Segnalazione a Parlamento e Governo per rapida riforma settore taxi e NCC del 10 marzo 2017*, consultabile al seguente link: <http://www.agcm.it>; quanto all'attività consultiva dell'ART, si segnala il *Parere reso dall'Autorità di regolazione dei trasporti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato sui servizi di prenotazione del trasporto taxi di Roma e Milano oggetto dei procedimenti n. 1801A e 1801B del 18/1/2017 avviati per presunta violazione dell'art. 101 del TFUE o dell'art. 2 della legge n. 287/1990*, nonché l'*Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità del 21 maggio 2015*, entrambi reperibili al seguente link: <https://www.autorita-trasporti.it>.

<sup>27</sup> Tale attività è propria dell'AGCM: l'Autorità infatti, sin dal 1995, con la Attività di Segnalazione al Parlamento e al Governo AS053 sul *Servizio di Trasporto di persone mediante Taxi*, ha da sempre inteso evidenziare la situazione distorsiva della concorrenza che caratterizza il

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

si traduca in mere logiche di *business*. D'altronde, se per un verso è indubbio che la ventata di liberalizzazione dei mercati abbia notevolmente investito il nostro Paese, soprattutto con il recepimento delle direttive comunitarie in settori strategici quali telecomunicazioni, servizi postali e mercati dell'energia elettrica e del gas, con l'intento di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori<sup>28</sup>, una simile apertura – con contestuale introduzione dei meccanismi concorrenziali – richiederebbe comunque il corretto dispiegarsi di fondamentali infrastrutture di mercato, capaci di fungere da stimolo alla crescita aumentando il benessere del consumatore, costituendo indispensabili precondizioni per rendere funzionanti i mercati e attrarre nuovi operatori e investimenti capaci di contribuire al mantenimento di uno *status* di effettiva concorrenza<sup>29</sup>, favorendo altresì la ripresa della crescita economica<sup>30</sup>. Valutata attraverso la lente funzionale della crescita economica e del benessere del consumatore, l'opzione della liberalizzazione costituirebbe dunque solo una delle molteplici – eventuali – strade praticabili per il perseguimento dei citati obiettivi<sup>31</sup>. Del resto, l'esigenza – più volte enunciata dalla casistica giurisprudenziale<sup>32</sup> – di garantire il rispetto del principio di concorrenza e delle relative logiche redistributive soggiace preliminarmente a un'articolata procedura deliberativa sulle opportunità di un intervento pubblico

mercato del servizio taxi con vettura. Il testo integrale della Segnalazione è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it>.

<sup>28</sup> Senza pretesa di esaustività si veda C. Contessa, *Ricerca, grandi infrastrutture e servizi pubblici locali: il governo Monti tenta un "tris d'assi" sulla via dello sviluppo*, in *Urb. app.*, n. 2/2013, 140 ss.; C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> Per un approfondimento sul rapporto tra servizi pubblici e concorrenza cfr. G. Iacovone, *Il servizio di trasporto pubblico locale tra gestione diretta e modelli concorrenziali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9-2008; G. Guzzo, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza (note a margine della bozza del DL relativo alla manovra finanziaria)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 6/2008.

<sup>30</sup> In questi termini si espresse il Presidente dell'AGCM nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 3012 recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, Roma, 24 giugno 2015, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.ania.it>.

<sup>31</sup> Peraltro, è opportuno precisare che secondo gli indici di liberalizzazione 2017 l'Italia si classifica ottavo (con un punteggio complessivo di 71 punti su 100) tra i paesi maggiormente liberalizzati nell'Unione europea. Tale dato dimostra la sua rilevanza, in quanto disvela la sussistenza di una generale predisposizione, da parte dell'ordinamento nazionale, alla ventata di liberalizzazione. Per ulteriori approfondimenti e consultazioni l'elenco completo è disponibile al seguente link: [www.brnunoleoni.it](http://www.brnunoleoni.it).

<sup>32</sup> Basti rammentare, al riguardo, le celebri sentenze C. cost., n. 272/2004 e n. 325/2010, entrambe reperibili all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

nell'economia<sup>33</sup>, in sostituzione di una logica di concorrenza *darwinista* quale mero strumento di selezione del mondo imprenditoriale<sup>34</sup>. In questo senso, ritenere che ogni modello organizzativo mirante all'efficienza debba esaurirsi in una gestione necessariamente concorrenziale risulterebbe un postulato erroneo<sup>35</sup>. I fondamenti del servizio pubblico, che sin dalla riforma del 1997 hanno costituito il presupposto della liberalizzazione, iniziano a vacillare sotto i colpi della *sharing economy*, ove l'insieme di garanzie minime di servizi forniti a chiunque, a parità di condizioni, si segmenta e riduce<sup>36</sup>.

Il presente lavoro, pertanto, si propone come momento ricognitivo dell'attuale contesto storico – normativo alla luce delle innovazioni incorse, tentando di offrire spunti e riflessioni critiche in punto di riforma, dimostrando come possa rivelarsi fuorviante e controproducente una mera e unica apertura del settore non di linea. Sul punto si ritiene, di converso, che in ragione dell'assenza in tale mercato delle condizioni classiche di concorrenzialità, debba perdurare l'esercizio di fondamentali e non eludibili attività di regolamentazione pubblica – in termini di prezzo, qualità, livelli minimi di offerta –, prioritarie rispetto all'opzione tradizionalmente paventata di liberalizzazione *tout court* delle licenze che, in questo particolare caso, non costituirebbe una valida scelta risolutiva dell'intero assetto sommariamente esaminato. Del resto, ogni implementazione del paradigma concorrenziale non può ripiegarsi esclusivamente sulla valorizzazione della libera attività d'impresa, ma deve primariamente presidiare la tutela dell'ordine pubblico, onde garantire un contesto ambientale sicuro per la collettività. Come si avrà modo di evidenziare in seguito, ciò risulterebbe incoerente rispetto al recente sviluppo di un nuovo paradigma della mobilità urbana, il c.d. *Mobility as a Service*, che offre una visione integrata della mobilità urbana, pubblica ovvero privata.

<sup>33</sup> M. Bonasia, M. D'Uva, *Intervento pubblico nell'economia: potere di mercato e protezione sociale*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>34</sup> A. Pappalardo, *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Digesto (disc. priv.)*, 1988, ad vocem.

<sup>35</sup> M. Passalacqua, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2015, 50. In particolare, l'a. ritiene che l'art. 1, l. n. 241/1990 rappresenterebbe la negazione della tesi volta a inquadrare nel canone concorrenziale la compiuta realizzazione dell'efficienza, efficacia ed economicità.

<sup>36</sup> F. Bassan, *La regolazione dell'Unione europea nei trasporti*, in *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2015, 14.

## 2. L'ingresso della *sharing economy* sull'evoluzione della mobilità urbana: verso l'integrazione e la continuità

Lo sviluppo della *sharing economy* converge con l'attuale connotazione del contesto sociale urbano, caratterizzato da un notevole dinamismo e da una crescente domanda di mobilità. L'impianto tecnologico ha permesso l'emersione – anche in termini sociologici – di un nuovo valore fondamentale dell'ambiente urbano, *i.e.* il fattore – tempo: questi, invero, rappresenta una nuova risorsa scarsa e non rinnovabile<sup>37</sup>, la cui ottimizzazione trova conferma nell'attuale contesto della società dell'informazione<sup>38</sup>.

Ciò ha condotto ad una significativa modifica delle principali abitudini di mobilità e del comportamento degli utenti, ove l'avvento tecnologico di piattaforme *aperte* di servizi (il cui successo è dipeso dall'ingente patrimonio informativo ricavabile dall'analisi di *Big Data* variamente raccolti) ha permesso all'utente – attraverso strumenti di geo-localizzazione – di poter pianificare i propri spostamenti nel territorio urbano, fornendogli così soluzioni in tempo reale, che offrono prestazioni di trasferimento a prezzi ridotti. Il mutamento comportamentale deve però confrontarsi con le caratteristiche fisiologiche dell'ambiente urbano, sottoposto a gradi crescenti di urbanizzazione, che inducono a considerare le città un campo privilegiato di analisi, per vagliare effettivamente se le scelte strategiche di volta in volta adottate – tanto a livello locale, quanto nazionale – possano tradursi in una maggiore vivibilità<sup>39</sup>. Tali obiettivi si sono essenzialmente tradotti sinora

<sup>37</sup> D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 2017, 7B.

<sup>38</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico») (GU 2000, L 178, 1). Ai fini della definizione di «servizio della società dell'informazione», la direttiva 2000/31 rinvia alla direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (GU 1998, L 204, 37), come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998 (GU 1998, L 217, 18). Dalla lettura della direttiva 98/34/CE si evince che costituiscono servizi della società dell'informazione «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

<sup>39</sup> C. Videtta, *Urbanistica e sicurezza. Dalla sicurezza della città alla sicurezza nella città*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3/ 2017, 1243 ss. Risulta opportuno, in tale contesto, fare altresì richiamo alla recente Dichiarazione sulle città e gli insediamenti urbani vivibili per tutti, adottata in seno alla Conferenza delle Nazioni Unite tenutasi a Quito nell'ottobre 2016, ove si legge che «D'ici a 2050, la population urbaine devrait pratiquement doubler, ce qui fera de l'urbanisa-

– a livello regionale – in interventi normativi connessi alle problematiche ambientali, tesi a favorire il decongestionamento del traffico veicolare, alla riduzione del numero di incidenti, del rumore, degli inquinanti locali, della percezione di insicurezza e di degrado collegata al numero eccessivo di auto in sosta irregolare e in movimento, alla riqualificazione delle aree pedonali, all’implementazione della mobilità alternativa all’auto privata<sup>40</sup>.

Tentando di offrire una panoramica generale sulle tradizionali condizioni urbane e sullo scopo di assicurare la mobilità degli utenti previsto dall’art. 17, d.lgs. n. 422/1997<sup>41</sup>, si osserva come l’erogazione di servizi di trasporto pubblico locale si ascriva nel più generale bisogno individuale di mobilità, intesa come propensione di ciascun agente – cittadini *uti singuli* ovvero componenti di una categoria sociale, ma anche *city users* – a muoversi con diversi mezzi in una determinata topologia spazio – temporale, specialmente lungo la planimetria urbana<sup>42</sup>. In questo senso, il trasporto pubblico locale si connota per uno strutturale squilibrio economico, in ragione del mancato allineamento tra le condizioni di fornitura – in termini di accessibilità e tariffazione – e l’andamento commerciale dell’attività, essendo prioritariamente diretto a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini e a garantire la coesione territoriale, nonostante la produzione di diseconomie

tion l’un des principaux moteurs de la transformation du XXI e siècle. Les populations, l’activité économique, les interactions sociales et culturelles et les retombées environnementales et humanitaires se concentrent de plus en plus dans les villes, situation qui pose d’énormes problèmes de viabilité touchant notamment le logement, les infrastructures, les services de base [...], la sécurité et les ressources naturelles».

<sup>40</sup> Ciò risulta particolarmente evidente per quelle realtà urbane caratterizzate da un forte tasso di inquinamento atmosferico, come ad esempio l’Area “C” di Milano. Sul punto per approfondimenti cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 settembre 2013, n. 2118, *P.B. C. Com. Milano*, in *Foro amm.-TAR*, n. 9/2013, 2691, nonché Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, sentenza del 28 marzo 2013 n. 802, *ibidem*, n. 3/2013, 766.

<sup>41</sup> D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, *Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 287 del 10 dicembre 1997.

<sup>42</sup> B. Giorgini, G. Melchiorre, *La fisica della città mobilis: un laboratorio virtuale per una mobilità sostenibile*, Bologna 2004. Si tratta di un sistema virtuale per una mobilità sostenibile nelle città brevettato dall’Università di Bologna, dal Gruppo di Fisica dei Sistemi Complessi, in collaborazione con urbanisti del Politecnico di Milano e sociologi dell’Università di Milano-Bicocca. *Mobilis* simula in particolare la mobilità pedonale, ciclistica e con mezzi pubblici; è già stato sperimentato con dati reali nel centro di Rimini ma può essere applicato alla Bologna storica, tanto quanto a un quartiere di Milano come S. Donato. Per non parlare delle possibili applicazioni all’enorme agglomerato urbano che lungo la via Emilia si estende da Piacenza a Rimini.

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

a carico dell'impresa di trasporto<sup>43</sup>. La mobilità urbana può dunque essere rappresentata come un sistema complesso<sup>44</sup>, comprendente diverse modalità di trasporto (su strada, su rotaia, via mare e aerea), infrastrutture, servizi di trasporto nonché altresì il sistema sociale, economico e organizzativo di una comunità, di una regione o di un paese; il cittadino è idealmente collocato al centro di questo sistema, in quanto generatore della domanda di mobilità e fruitore di servizi, configurandosi come il soggetto su cui ricadono al contempo tanto le esternalità positive (accessibilità, connettività, competitività) quanto quelle negative (gas serra, emissioni locali, rumori, sicurezza, ecc.).

Ciononostante, nel panorama urbano si è da sempre assistito a un'insufficiente qualità dei servizi di trasporto di linea e delle infrastrutture<sup>45</sup> – in ragione delle gravi carenze di tipo infrastrutturale, gestionale ed organizzativo – che si riverberano sulla qualità dell'offerta territorialmente disomogenea<sup>46</sup>, nonché sulla produzione di esternalità negative (congestione, ma soprattutto potenziale inaccessibilità ai servizi): la combinazione di questi elementi ha determinato la diffusione del paradigma di mobilità urbana incentrato sull'utilizzo del veicolo privato. Tuttavia, l'implementazione di un simile paradigma mal si concilia con le rinnovate esigenze di mobilità dell'utente, aspirante livelli superiori di velocità ed efficienza del servizio erogato, specialmente nelle aree urbane e metropolitane, dove si riscontra un'elevata densità di mobilità per la vasta ed articolata compresenza di attività produttive e residenziali<sup>47</sup>, cesellata dalle politiche locali per il contrasto del traffico e dell'inquinamento<sup>48</sup>.

Alla luce dello scenario complessivamente descritto, si comprende come le opportunità offerte dal dilagare dell'ICT celino l'occasione per

<sup>43</sup> S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 95; G. Corso, *La gestione dei servizi locali, fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 472.

<sup>44</sup> G. Nuvolati, *Mobilità quotidiana e complessità urbana*, Firenze, FUP, 2007, 14.

<sup>45</sup> Per un approfondimento sul ruolo centrale delle infrastrutture nell'assetto delle *public utilities* cfr. M. Grillo, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in Astrid, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, il Mulino, 2006.

<sup>46</sup> G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>47</sup> Sul punto cfr. W. D'Alessio, *Il sistema dei trasporti*, Milano, Giuffrè, 2003, 1 ss.

<sup>48</sup> E.C. Raffiotta, *Trasporti pubblici non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, in *Munus*, n. 1/2016, 77. L'a. sottolinea come nelle principali città italiane la mobilità abbia subito cambiamenti radicali, a seguito dell'aumento del numero di veicoli privati in circolazione, che ha spinto alla limitazione della circolazione automobilistica in determinate tratte o in specifiche fasce orarie, per contrastare l'innalzamento dei livelli di inquinamento e di traffico.

colmare il *deficit* infrastrutturale e prestazionale del servizio, operando al contempo un mutamento metodologico di ordine economico, legato essenzialmente all’offerta di infrastrutture e servizi di mobilità, plasmando i servizi e le scelte strategiche su considerazioni legate alla domanda, ovvero all’insieme dei bisogni di mobilità espressi in un certo territorio<sup>49</sup>. Dal lato della domanda, inoltre, si assiste alla crescita di forme di mobilità condivisa, c.d. *Sharing mobility*<sup>50</sup>. Tale sistema incarna i valori della *sharing economy*, che permette gli spostamenti urbani attraverso la condivisione di veicoli, messi a disposizione dagli stessi utenti della piattaforma – come nei casi di *Blablacar* e *Moovit* –, ovvero proposti in noleggio dai *mobility providers* – si pensi alle iniziative di car sharing proposte da *Enjoy* o *Car2Go* –, con conseguente proliferazione, dal lato dell’offerta, di modalità alternative di trasporto. Tali servizi, contrapponendosi al trasporto pubblico locale si propongono, nel complesso, come una vera e propria riconcettualizzazione delle modalità di erogazione, gestione e fruizione del servizio di trasporto.

I nuovi servizi per la mobilità hanno pervaso ogni declinazione del trasporto pubblico – di linea<sup>51</sup> e non di linea –, ponendosi al servizio di

<sup>49</sup> Tale approccio disvela una dimensione storicamente poco esplorata nelle analisi e nelle politiche del settore dei trasporti, in particolare sul segmento dei passeggeri. Lo sviluppo – seppur contraddittorio – delle logiche di mercato ha comportato l’esigenza, nel corso degli ultimi anni, di arricchire le conoscenze sui comportamenti di mobilità degli individui. Tale esigenza risulta avvertita dai diversi attori coinvolti: non solo dunque dai cittadini reclamanti il “diritto alla buona mobilità”, ma altresì i soggetti istituzionali – tesi all’ascolto dei bisogni, gli operatori di mercato per quanto concerne la “segmentazione” della domanda. Ciò risulta confermato dai dati dell’Osservatorio “Audimob”, che suggeriscono di prestare maggiore attenzione a fenomeni come la continua crescita della domanda. In particolare, l’Osservatorio ha verificato che nel corso degli ultimi 15 anni la domanda complessiva di mobilità in Italia abbia subito una contrazione del 15,2% al pari del numero dei passeggeri-chilometro totali, diminuito (rispetto al 2008) del 23,9% (da 1.561 a 1.188 milioni di pass.-km nel 2016): <http://www.isfort.it>. Siffatta impostazione risulta in ogni caso auspicabile anche alla luce del contesto europeo. Sul punto cfr. L. Ammannati, A. Canepa, *La politica dei trasporti in Europa: Verso uno spazio unico?*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>50</sup> Sul punto occorre fare una precisazione: Il concetto di mobilità condivisa è stato introdotto per la prima volta nell’ordinamento italiano, anche se non con questa dicitura, con il Decreto del Ministero dell’Ambiente del 27 marzo 1998, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale nel 3 agosto 1998, ove si faceva riferimento per la prima volta all’utilizzo di servizi strumentali all’uso collettivo ottimale delle autovetture e a forme di multiproprietà destinate ad essere utilizzate da più persone dietro al pagamento di una quota, proporzionale al tempo d’uso e ai chilometri percorsi.

<sup>51</sup> Uno degli esempi più noti, si rinviene nel trasporto a mezzo autobus, della società *FlixBus*, fondata nel 2011 a Monaco di Baviera, attuato grazie ad un’applicazione software, applicabile su *smartphone* che integra tra loro delle collaborazioni con diverse compagnie di autobus regionali provenienti da tutta Europa: cfr. R. Lobianco, *Servizi di mobilità a contenuto*



## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

una mobilità integrata e condivisa, con l'obiettivo di accrescere la qualità, la semplicità e l'appetibilità dell'esperienza del viaggio attraverso un unico punto di accesso in grado di consentire (i) la pianificazione integrata ed intermodale del viaggio; (ii) la prenotazione; (iii) il pagamento; (iv) l'emissione di titoli di viaggio; (v) eventuali servizi aggiuntivi e innovativi.

Nel complesso, i servizi offerti a beneficio della mobilità urbana sono molteplici. Un primo tipo di piattaforme propone servizi della società dell'informazione<sup>52</sup>, predisponendo meccanismi operativi (*app*) che permettono all'utente del servizio di trasporto di conoscere in tempo reale – anche attraverso l'utilizzo della geolocalizzazione – tutte le informazioni relative alle tempistiche di percorrenza del singolo operatore di trasporto, ovvero di tutti i possibili mezzi di trasporto – pubblici o privati – disponibili in quella determinata area; in tal caso, il bagaglio informativo predisposto dalle piattaforme – spesso stipulanti convenzioni con le amministrazioni locali aderenti<sup>53</sup> – agevola l'utenza nella scelta del mezzo di trasporto più adeguato, favorendo maggiore fluidità degli spostamenti nel tessuto urbano. Un valido esempio è costituito dall'*app* *Nugo*, recentemente in uso sperimentale a Firenze e Venezia, che consente di acquistare soluzioni di viaggio integrate e personalizzate con un unico biglietto.

Un'altra categorie di piattaforme, invece, offre servizi innovativi di mobilità di tipo *sharing*<sup>54</sup>. Queste si propongono come alternative all'uso *uti singuli* del veicolo privato, capaci di coniugare le istanze di matrice ambientalista e di mobilità sostenibile<sup>55</sup>, così da superare la visione antagonistica tra tutela ambientale ed esigenze di mobilità, tentando al contempo il contenimento delle esternalità negative associate al traffico: si pensi alle iniziative di *car sharing*, al *bike sharing* ovvero al *car pooling*.

Se per un verso l'utilizzo del primo tipo di piattaforme apporta signifi-

*tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 3/2018, 1046.

<sup>52</sup> Direttiva 2000/31/CE, *cit.*

<sup>53</sup> Si pensi al caso di *Moovit*, applicazione che fornisce in tempo reale aggiornamenti sulle condizioni di trasporto.

<sup>54</sup> Secondo il recente Rapporto Nazionale sulla *Sharing mobility* relativo al 2017, le forme di mobilità condivisa sono in continua e soprattutto rapida evoluzione. A tal proposito, si è osservato proprio come servizi considerati nel precedente rapporto “di nicchia” ovvero emergenti abbiano, a distanza di un anno, raggiunto una rilevanza considerevole in ragione della diffusa operatività. Esempiare a tal riguardo è il caso del *bike sharing*, in particolare della sua variante *free floating*: Osservatorio *Sharing mobility*, <http://osservatoriosharingmobility.it>.

<sup>55</sup> Per una panoramica sulla diffusione della mobilità sostenibile cfr. A. Muratori, *Un tema alla ribalta: la diffusione degli autoveicoli elettrici per un progetto di mobilità sostenibile*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 1/2017, 29 ss.

cativi benefici in termini di riduzione dei tempi morti per l'individuazione del mezzo di trasporto più adeguato, il secondo gruppo caratteristico di servizi di mobilità alternativa – fatta eccezione per il *bike sharing* – risultano in primo luogo essenzialmente focalizzati sull'utilizzo del veicolo privato. Tale constatazione assume un rilievo pratico fondamentale in termini di esternalità negative, la cui produzione – come è noto – può risultare numerosa e variegata: solo per citarne alcune, si pensi alla congestione, all'inquinamento e alla verifica di incidenti. La diffusione di forme di mobilità condivisa – specialmente in caso di *car sharing* elettrico, a basso impatto ambientale – potrebbe certamente ridurre le emissioni inquinanti, ma potrebbe comportare deludenti conseguenze ai fini della riduzione della congestione stradale, dal momento che si avrebbe una mera sostituzione del veicolo proprietario con quello noleggiato. Inoltre, tali forme di mobilità per risultare propriamente effettive dovrebbero incidere su un preciso segmento di utenza, che fa ricorso quasi esclusivamente all'utilizzo del veicolo privato in assenza di passeggeri<sup>56</sup>.

Risulterebbe pertanto necessario apprestare una regolamentazione sull'uso di tali risorse che proceda metodologicamente nel considerare l'intero *network stradale*<sup>57</sup>, configurandolo come una risorsa scarsa, non escludibile e rivale nel consumo, la cui inefficiente regolamentazione può condurre alla sovra – utilizzazione nel lungo periodo. Regolamentare il network stradale si tradurrebbe nell'apprestare una visione integrata del trasporto pubblico, comprensivo tanto del segmento di linea quanto di quello non di linea, ivi comprese le nuove forme di mobilità. Un primo sviluppo al riguardo può riscontrarsi nella diffusione di un nuovo paradigma della mobilità urbana, il c.d. *Mobility as a service*.

### **3. Le nuove frontiere della mobilità: il paradigma *Mobility as a service***

Dal lato dell'offerta dei servizi si assiste a una generale affermazione e diffusione di nuovi servizi per la mobilità che utilizzano le piattaforme digitali per facilitare la condivisione di veicoli e/o tragitti, realizzando servizi flessibili e scalabili, che disvelano nuove istanze di integrazione delle varie

<sup>56</sup> Che, secondo i recenti dati resi noti dall'Isfort, si aggira al di sopra del 70% della popolazione italiana: [www.isfort.it](http://www.isfort.it).

<sup>57</sup> Sul punto cfr. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, Jovene, 2008, 228.

## i servizi di trasporto pubblico non di linea

forme di trasporto, basate su un nuovo paradigma della mobilità urbana intesa come servizio e non come infrastruttura, denominato *Mobility as a Service (MaaS)*: esso offre agli utenti soluzioni innovative di mobilità su misura basate sui loro bisogni come *bike-sharing*, *carpooling* o *car-sharing*. In questo senso, le piattaforme digitali favoriscono indirettamente, attraverso la catalogazione di tutte le informazioni relative ai trasporti, una forma embrionale di interconnessione dei vari mezzi di trasporto, sotto l'unico denominatore del paradigma dell'accesso<sup>58</sup>, che segna il superamento della centralità della proprietà dei beni nei rapporti economici a favore di un loro uso temporaneo e coordinato; in tal modo, l'utente è del tutto libero di scegliere una o più modalità di trasporto, marginalizzando le sue esigenze di mobilità<sup>59</sup>. In sintesi, le offerte dei diversi fornitori di servizi di trasporto sono aggregate da un unico provider di mobilità (il *MaaS provider*) e fornite agli utenti su tutte le scale territoriali e per qualsiasi distanza attraverso una singola piattaforma digitale, normalmente accessibile tramite applicazione *smartphone*. Questa condizione può realizzarsi in primo luogo attraverso le cosiddette *door to door solution*, insieme di pratiche che consentono ad un *mobility provider* di offrire un servizio di mobilità integrata che può riguardare più modalità e più modelli d'uso<sup>60</sup>; l'intento consiste nel diventare competitivi rispetto allo spostamento *da porta a porta* offerto dall'auto privata, fornendo un'unica soluzione di viaggio che si compone di più spostamenti elementari, ma garantendo all'utente un'unica interfaccia per l'acquisto, il pagamento, il flusso informativo e la raccolta dei *feedback*.

Le più compiute applicazioni del paradigma *Maas* si riscontrano nell'intermodalità temporale, relativa alla ciclicità dei percorsi compiuti da un individuo nell'arco della settimana mediante diversi tipi di spostamento e di servizi di mobilità, a seconda delle esigenze. Tale forma di integrazione risulta ben sviluppata nei contesti urbani di Helsinki e Londra, attraverso lo sviluppo della piattaforma *Whim*<sup>61</sup>. Tale piattaforma integra diversi ser-

<sup>58</sup> J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, Mondadori, 2001.

<sup>59</sup> Basti pensare ad applicazioni come Urbi o Andale, che consentono all'utente di identificare la migliore modalità di trasporto confrontando ed integrando costi, distanza e disponibilità dei servizi di *car sharing*, *bike sharing* e *scooter sharing* presenti nella propria città.

<sup>60</sup> Si pensi all'uso della propria bicicletta per raggiungere la stazione di partenza del treno, per poi utilizzare dalla stazione d'arrivo sempre una bicicletta ma in *sharing*, per raggiungere la destinazione finale: stessa modalità, la bicicletta, ma integrazione di due modelli d'uso diversi.

<sup>61</sup> J. Pittrapirom et al., *Mobility as a Service: A Critical Review of Definitions, Assessments of Schemes, and Key Challenges*, in *Urban Planning* (ISSN: 2183-7635) 2017, Volume 2, Issue 2, 13-25, DOI: 10.17645/up.v2i2.931

vizi di mobilità e li mette a disposizione del cittadino ad un costo mensile. Nello specifico, il servizio si adatta alle esigenze e le preferenze dell'utente, analizzando le recenti scelte fatte nell'*app*; inoltre, l'utente è in grado di sincronizzare l'applicazione con l'abilitazione del calendario, permettendo una migliore pianificazione del percorso senza alcuna esplicitazione da parte dell'utente.

Seppur la diffusione del paradigma risulti alquanto recente e ancora oggetto di progetti pilota, è opportuno precisare la sussistenza di una base giuridica in ambito europeo che lo legittimerebbe, accelerandone la diffusione: invero, la politica dell'Unione in materia di trasporti aveva adottato un approccio integrato già a partire dal 2001<sup>62</sup>, ove la regolazione del trasporto pubblico costituisce un elemento del più ampio involucro della politica dei trasporti urbani e di gestione dell'ambiente stesso<sup>63</sup>. Pertanto, un approccio normativo parcellizzante – che ha rappresentato l'orientamento tradizionale fino ad ora proliferato – dimostrerebbe una ingiustificata miopia, ponendosi in una direzione antitetica rispetto alle direttrici tracciate dalle Istituzioni dell'Unione<sup>64</sup>.

Di converso, la predilezione dell'uso del veicolo privato è rimasta indiscussa nel contesto italiano, in ragione dell'assenza – e dunque non semplicemente di una carenza – di un approccio integrato tra le politiche urbanistiche e quelle dei trasporti. Essa risulta notevolmente evidente sia nei centri città che nelle zone periurbane, ove la crescita del traffico è stata particolarmente rapida: specialmente in tali zone, particolarmente sensibili – in ragione delle difficoltà insite nell'identificazione e soddisfacimento – alle

<sup>62</sup> Si fa riferimento in particolare al Libro Bianco del 12 settembre 2001 (COM/2001/0370), *La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte*, consultabile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>63</sup> V. anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia europea per una mobilità a basse emissioni*, COM(2016) 501 final. Il tema della mobilità sostenibile, declinata in termini di equità, efficienza, sicurezza e compatibilità ambientale è anche al centro della iniziativa “*Sustainable mobility for all*” (SuM4all) della Banca Mondiale ed è stato, da ultimo, oggetto dei lavori della conferenza *Transportation 2018: Realizing sustainable mobility for all in the digital era*, Washington, gennaio 2018.

<sup>64</sup> Si pensi alla proposta di l. n. 4398, presentata il 30 marzo 2017: tale proposta di legge si limitava a introdurre nella legge quadro un nuovo articolo contenente la disciplina delle nuove forme di mobilità che si svolgono grazie ad applicazioni web che utilizzano piattaforme tecnologiche per l'interconnessione dei passeggeri e dei conducenti. La disciplina si applicava solo alle piattaforme che forniscono servizi remunerati, escludendo le piattaforme finalizzate a interconnettere conducenti e passeggeri a sostegno di forme di mobilità che rientrano nella categoria di *car pooling* di natura non commerciale: [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it).

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

esigenze di spostamento, emerge l'inflessibilità dei trasporti collettivi così come attualmente concepiti; accanto a tali fattori di dissuasione, ulteriori profili di deterrenza si riscontrano nella carenza – in ragione della zona territoriale e della fascia oraria di riferimento – di una piena sicurezza del trasportato, che, di tal guisa dissuasivo, risulta di converso indotto a preferire l'utilizzo del veicolo privato<sup>65</sup>.

Tentando di trarre delle prime conclusioni, il punto critico rilevato dalla Commissione europea risulta un indistricabile nodo gordiano, acuito se calato nel contesto nazionale italiano, dove l'integrazione tra piani urbanistici e di governo della mobilità risulta spesso, nella pratica, solo auspicata, sebbene siano riscontrabili a livello teorico forti interrelazioni tra usi del suolo e trasporti, con conseguenziale integrazione dei settori scientifici – considerati tradizionalmente distanti – del governo delle trasformazioni urbane e della mobilità. Una simile affermazione assume poi colorazione ulteriore se si rapporta alla lentezza dei progressi conseguiti a livello nazionale, che ha influenzato in modo pressoché esclusivo lo sviluppo e l'organizzazione del trasporto pubblico locale nei vari Stati membri<sup>66</sup>.

Sotto il profilo teleologico, inoltre, gli obiettivi tratteggiati nel Libro Bianco del 2001 – che considera i trasporti pubblici non come un mero mercato, bensì come un servizio pubblico, strumento di promozione sociale e territoriale, rappresentano una anticipazione della più recente impostazione *Mobility as a service*, saldandosi con successivi atti di diritto derivato<sup>67</sup>,

<sup>65</sup> Commissione europea, *Libro Bianco 2001*, cit., 90.

<sup>66</sup> La sussistenza, nel corso degli anni ottanta del secolo scorso, di divergenze strutturali significative tra le previsioni normative dei singoli Stati membri costituì il presupposto da cui il Parlamento europeo ricorse alla Corte di giustizia contro il Consiglio dell'Unione per il mancato sviluppo di una politica dei trasporti comune, con l'intento di perseguire una legislazione comune. Come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, l'attività pretoria della Corte ha impresso una forte accelerazione verso una politica comune dei trasporti.

<sup>67</sup> Nel 2006 la Commissione è invero indotta a promuovere ulteriori azioni per contrastare l'impatto negativo dei trasporti in termini di consumi di energia e di conseguenze nocive sul versante ambientale: tali intenti sono profusi nella Comunicazione *Mantenere l'Europa in movimento – una mobilità sostenibile per il nostro continente – Riesame intermedio del Libro bianco sui trasporti pubblicato nel 2001 dalla Commissione europea, COM (2006) 314*, consultabile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu). La Comunicazione è stata successivamente oggetto, nel 2007, di una Risoluzione del Parlamento europeo (2006/2227(INI)), nella quale si sottolinea il ruolo propulsivo dei trasporti nella dinamica economica europea, affermando che «considerando che l'industria dei trasporti incide per circa il 7% sul PIL europeo e che gli introiti del settore crescono di continuo; sottolineando che trasporti efficienti non contribuiscono solo alla crescita economica, ma sono anche di vitale importanza per investire nelle tecnologie disponibili che sono commercialmente possibili ed economicamente sostenibili; considerando che la

che forniscono in tal modo una visione coerente e allineata in materia di trasporti su strada<sup>68</sup>, gettando in tal modo le basi per concepire una nuova dimensione del trasporto, tendente all'integrazione, che ben potrebbe e dovrebbe essere percorsa dalle legislazioni nazionali. La breve analisi sin qui condotta consente di anticipare delle prime conclusioni, a conferma di quanto teso dimostrare in premessa sulla miopia riformatrice, che finirebbe per risultare incoerente con le politiche dell'Unione.

In ogni caso, il funzionamento di un simile sistema richiede l'integrazione delle diverse modalità, in termini infrastrutturali e morfologici (e dunque snodi, terminali stazioni, e molto altro), di rete (percorsi, orari), tariffari (schede elettroniche di pagamento e biglietti unificati) e delle informazioni, che devono essere pienamente accessibili, standardizzate, complete e di agevole consultazione e comprensione. Non ultima, tra le forme di integrazione, deve ricomprendersi necessariamente quella di tipo istituzionale; pertanto istituzioni e soggetti coinvolti sarebbero chiamate a elaborare, nei rispettivi ambiti, principi di regolazione e modelli di *business* e gestionali idonei ad assecondarne le specificità e caratteristiche. L'integrazione potrebbe estendersi fino a prevedere – come già avviene in altri settori regolati, quali energia e telecomunicazioni – le c.d. stanze di compensazione (*clearing houses*) che, in termini di responsabilità contrattuale, potrebbero riguardare anche erogatori di servizi coinvolti in diversi passaggi della filiera *MaaS*. Un deficit di integrazione causati dall'assenza dei presupposti prima enunciati (si pensi ai casi di assenza, ad esempio, di connessioni vitali o a causa di deficit informativi) potrebbe all'opposto tradursi nella creazione di per la riemersione di nuove barriere di accesso al mercato e altre inefficienze.

congestione dei trasporti è aumentata e costa all'Unione europea circa l'1% del PIL; considerando altresì che l'industria dei trasporti assorbe circa il 5% degli occupati, il che significa che oltre 10 milioni di persone lavorano in settori collegati ai trasporti; considerando che, alla luce di tutto ciò, la revisione a medio termine offre al Parlamento europeo l'occasione per esprimere gli obiettivi della politica europea dei trasporti in modo più esplicito, più mirato e meno ambiguo, onde pervenire a una mobilità sostenibile, sottolinea la necessità di un'interconnessione pragmatica e basata sulla cooperazione, nel settore dei trasporti così come in altri ambiti della politica nazionale e comunitaria, quali l'energia, l'ambiente e l'innovazione; sottolinea che tali politiche devono tener conto anche delle esigenze della protezione dell'ambiente; ritiene che solo un approccio integrato potrebbe dare risultati positivi, riducendo il numero delle vittime e le emissioni e migliorando la sicurezza e l'ambiente».

<sup>68</sup> Il principale riferimento riguarda il Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, consultabile all'indirizzo [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

#### 4. La *sharing economy* come rivoluzione del trasporto pubblico non di linea

Alla luce di quanto evidenziato fino ad ora, sebbene il paradigma *sharing* investa in generale la mobilità urbana, pervadendo ogni dimensione del trasporto pubblico locale, è opportuno ricordare che le maggiori ripercussioni dell'avvento tecnologico si siano riverberate in modo preponderante sul versante della mobilità non di linea; il cui contesto normativo di cui alla l. n. 21/1992 si espone, oltre a profili di obsolescenza, anche a profili applicativi alquanto restrittivi, sebbene un preludio per un discorso di più ampio respiro fosse evincibile dal titolo stesso della legge, – *Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea* – che, ciò malgrado si concentra, *rectius*, si esaurisce, nella disciplina del servizio di taxi e del noleggio con conducente, predisponendo un quadro normativo caratterizzato da alcuni tratti comuni ma con significative differenze quanto al regime applicabile e alle modalità di gestione del servizio<sup>69</sup>. Ai fini della presente trattazione risulta utile ricordare che il servizio taxi si rivolge ad un'utenza indifferenziata, potendo svolgere attività su piazza accettando corse in qualunque momento; al contrario, sussiste l'obbligo per gli Ncc – ai sensi dell'art. 11 comma 4 – di ritornare al termine di ogni corsa presso la propria autorimessa, da cui poter ricevere ed accettare la corsa successiva.

Poste tali premesse, l'offerta di servizi innovativi consiste tanto in servizi di intermediazione, quanto in forme più evolute di vera e propria organizzazione di forme di trasporto non professionali. Per ragioni di ordine classificatorio è preferibile scomporre su tre distinti fronti l'incidenza del paradigma *sharing*.

In primo luogo, la diffusione di piattaforme di intermediazione a favore di soggetti titolari di licenza di taxi o di autorizzazione di servizio di noleggio con conducente ha permesso un ampliamento non solo di tipo qualitativo – incidente sulle modalità di fruizione del servizio –, ma altresì

<sup>69</sup> Relativamente alla disciplina degli autoservizi pubblici non di linea, cfr., fra gli altri, E. Maggiora, *Gli esercizi pubblici*, Milano, 2007, 420-448; S. Zunarelli, *Prime considerazioni sulla legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi non di linea*, in *Trasporti: diritto, economia, politica*, 1993, n. 60, 65-80; con specifico riferimento al servizio taxi, cfr. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 147-187; G. Cardosi, *Il servizio taxi*, in E.M. Tripodi (a cura di), *Le attività economiche liberalizzate dai decreti Bersani*, Rimini, Maggioli, 2007, 199-226; V. Visco Comandini, S. Gori, F. Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, n. 3, 515-547; L. Martini, *L'autotrasporto pubblico non di linea: il servizio di taxi*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003, 251-286.

di tipo quantitativo, aprendo il mercato a nuovi concorrenti. D'effetto, l'attenzione dell'opinione pubblica si è prevalentemente concentrata sul tema dell'accesso dei nuovi operatori, in ragione delle spinte reazionarie scaturite dagli *incumbent*<sup>70</sup>, in particolare per i servizi di smistamento della domanda posti in essere tradizionalmente dalle cooperative taxi con il caso *MyTaxi*<sup>71</sup>.

In secondo luogo, di conseguenza, l'ottimizzazione e il perfezionamento dei meccanismi di prenotazione ha rafforzato la tesi sull'obsolescenza della relativa legge del 1992, specialmente per gli Ncc, per i quali si pongono problemi interpretativi sulla effettiva e opportuna operatività delle piattaforme di prenotazione rispetto al limite di cui all'art. 11 comma 4 prima citato; di converso, la creazione di piattaforme che permette la prenotazione di un taxi fino a una settimana prima della corsa (si pensi alla app *DigiTaxi*) contribuisce altresì all'opacizzazione del discrimine tra taxi e Ncc, affievolendosi quell'ulteriore criterio discrezionale, incentrato sulla fruibilità del servizio di taxi su piazza<sup>72</sup>. In effetti tale conseguenza fattuale si scontrerebbe con l'opinione consolidata secondo cui, sebbene le similitudini della prestazione di taxi ed Ncc che ne costituisce l'oggetto (ovvero il trasporto collettivo o individuale di persone con funzione complementare e integrativa rispetto ai trasporti pubblici di linea e di essere svolti a richiesta dei trasportati, in modo – come si ricava dalla lettura dell'art. 1, c. 1, l. n. 21/1992 – non continuativo o periodico, su itinerari e secondo orari oggetto di determinazione per ogni singola tratta), annoverano solo il servizio di taxi nei servizi di trasporto pubblico locale, sia pure non di linea, laddove il noleggio con conducente non appare assoggettabile ad obblighi di servizio pubblico<sup>73</sup>. Nel complesso, non si ritiene che tali mutamenti siano connotati da un grado di elevata *eccentricità innovativa*: invero, l'evoluzione del “governo della domanda” affonda le sue radici nella precedente diffusione di massa della telefonia, in particolare quella mobile, che ha permesso dapprima di canalizzare le chiamate telefoniche verso una centrale con le comunicazioni radio tra centrale e vetture in

<sup>70</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. P.M. Manacorda (a cura di), *Condividere le regole. Concorrenza, lavoro, fisco nella Sharing Economy*, disponibile su <http://www.astrid-online.it>. In particolare, si evidenziano ulteriori dubbi insorti nei dibattiti e nella pubblicistica, vertenti su profili giuslavoristici quali ad esempio la predisposizione di condizioni ragionevoli sul piano contrattuale e salariale. Inoltre, si ritiene che l'esigenza di apprestare idonee garanzie per gli utenti costituisca un tema di minore impatto.

<sup>71</sup> Oggetto di segnalazioni e successive decisioni dell'AGCM, consultabili all'indirizzo [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>72</sup> Si pensi all'app *DigiTaxi*, che consente di prenotare un taxi con una settimana di anticipo: in questo caso si valorizza la valenza prenotativa del servizio piuttosto che la caratteristica che contraddistingue il servizio taxi, ossia il servizio su piazza.

<sup>73</sup> *Ex plurimis*, Trib. civ. Milano, sentenza 6 luglio 2015.



## i servizi di trasporto pubblico non di linea

strada, ampliando l'insieme delle modalità di possibile contatto tra domanda e offerta e, successivamente, di chiamare il taxi senza la necessità di recarsi alla piazzola di sosta. Si potrebbe pertanto concludere affermando che il profilo innovativo di simili piattaforme di intermediazione riposi sulla rispettiva capacità di diluire il filtro tra utente / passeggero e autista, allineando in certi casi la prenotazione di una corsa al libero esercizio dell'autonomia privata.

In terzo luogo, accanto ai servizi di intermediazione sono stati proposti nuovi servizi di trasporto dalle connotazioni ibride, parzialmente ricollegabili – per identità del mezzo di trasporto impiegato, nonché per le modalità di erogazione della prestazione stessa – al versante del trasporto pubblico locale non di linea: in tal caso, la piattaforma è integrata verticalmente dai proprietari di *asset* strategici materiali (i.e. gli utenti/*drivers* proprietari delle vetture) e immateriali (i.e. la piattaforma che raccoglie informazioni sui propri utenti) il cui esempio più evidente ed eclatante è costituito dalla piattaforma *Uber*, che ha destato nel contesto mondiale una serie di perplessità in merito alla esatta configurazione e natura giuridica del servizio fornito<sup>74</sup>. Simili questioni risultano parzialmente districate a seguito dell'attività pretoria della Corte di giustizia<sup>75</sup>, che se per un verso ha fornito un contributo dirimente nel ritenere la sussumibilità del servizio *UberPop* – ragionamento estensibile a tutte le piattaforme adottanti medesime modalità organizzative, plasmate sul medesimo *business model* – alla disciplina del trasporto, per altro verso non ha soddisfatto le esigenze di regolamentazione della materia, lasciando piena autonomia ai singoli Stati membri di ammettere o meno simili tipologie di trasporto<sup>76</sup>. Ciò che giova osservare è che la rivoluzione apportata principalmente da *Uber* e dalla sua *policy* abbia messo in crisi l'attuale sistema, rigidamente improntato a un regime autorizzatorio e al contempo parcellizzato a livello locale. Più in generale, le riflessioni pro-

<sup>74</sup> La questione è, come noto, stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia. Due sono state in particolare le cause pendenti, la prima originata da un rinvio pregiudiziale del *Tribunal mercantil* di Barcellona, la seconda dal *Tribunal de grande instance* di Lille. In relazioni ad entrambe si è espresso l'Avvocato Generale Szpunar con le Conclusioni dell'11 maggio (causa C-435/15, *Uber System Spain*) e del 4 luglio 2017 (causa C-320/16, *Uber France SAS*). Celebre è la sentenza del 20 dicembre 2017 conclusiva del caso *Uber Spain*, statuyente che il servizio di messa in contatto con conducenti non professionisti fornito da Uber rientra nell'ambito dei servizi nel settore dei trasporti: [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>75</sup> CGUE, 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*, reperibile al seguente indirizzo: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>76</sup> Per una panoramica in chiave comparata sull'incidenza delle nuove tecnologie nel settore del trasporto pubblico v. *Il servizio di trasporto di passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software. Materiali per una ricerca*, a cura di P. Passaglia, settembre 2016, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Comp\\_212.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Comp_212.pdf).

dottesi in tema vertono primariamente sull'opportunità di inserire, nell'ordinario assetto normativo, un *tertium genus*<sup>77</sup> di trasporti, come categoria onnicomprensiva includente tutti i servizi tecnologici per la mobilità e, in via consequenziale, le modalità conciliative di simili meccanismi rispetto alle tradizionali forme di trasporto. Si pensi a tal riguardo alla contrapposizione tassametro – *smartphone*, all'utilizzo delle corsie preferenziali, alla applicabilità della disciplina degli aiuti di stato in relazione all'utilizzo delle corsie preferenziali di transito.

In assenza di compiuta sistematizzazione concettuale e normativa, il dibattito in materia si è proiettato talvolta nelle sedi giudiziarie, costituendo altresì oggetto di numerose analisi da parte delle autorità indipendenti<sup>78</sup>, per la pluralità degli interessi coinvolti<sup>79</sup>. Dal 2015 dunque tanto l'Autorità di

<sup>77</sup> V. Turchini, *Il caso Uber tra libera prestazione di servizi, vincoli interni e spinte corporative*, in *Munus*, n. 1/2016, 155 ss.; G. Pizzanelli, *Innovazione tecnologica e regolazione incompiuta: il caso dei servizi di trasporto non di linea*, ibidem, 95 e ss.; E.C. Raffiotta, *Trasporti pubblici locali non di linea e nuove tecnologie: il caso Uber nel diritto comparato*, cit., 75 ss.

<sup>78</sup> Molteplici sono infatti le questioni affrontate nel corso del tempo dall'Autorità di regolazione per i trasporti nella segnalazione del 21 maggio 2015 e dall'Autorità garante della concorrenza e mercato nella segnalazione AS1137 del 4 luglio 2014, sulla legge per la concorrenza 2014, nel parere al Ministero dell'Interno AS1222 del 29 settembre 2015, e nella ulteriore segnalazione sulla riforma del settore della mobilità non di linea S2782 del 10 marzo 2017, reperibili rispettivamente su [www.autorita-regolazione.it](http://www.autorita-regolazione.it) e [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

Nella segnalazione del 2014 – AS1137, cit. – l'AGCM richiamava «l'innovazione tecnologica che ha determinato l'affermarsi di nuove piattaforme on line che [...] consentono un miglioramento delle modalità di offerta del servizio di trasporto di passeggeri non di linea, in termini sia di qualità sia di prezzi», limitandosi peraltro a raccomandare specifiche modifiche della l. n. 21/92 sul NCC (l'abrogazione dell'obbligo di ricezione della prenotazione di trasporto per il servizio NCC presso la rimessa, di cui agli artt. 3, c. 3, e 11, c. 4, e dell'obbligo per il conducente di disporre di una sede, rimessa o pontile d'attracco nel medesimo Comune che ha rilasciato l'autorizzazione: art. 8, c. 3). Nel successivo parere AS 1222, l'Agcm propende per la legittimità, «in assenza di disciplina normativa», della piattaforma Uber, «trattandosi di servizi di trasporto privato non di linea»; il che non esclude la necessità di «esaminare la conformità dell'attività in concreto svolta con precise norme pubblicitiche, quali in particolare l'art. 86 del Codice della Strada, in considerazione dell'esigenza di garantire la sicurezza del servizio». Da qui l'auspicio di un intervento del Legislatore «al fine di regolamentare – nel modo meno invasivo possibile – queste nuove forme di trasporto non di linea». Conviene sulle carenze della l. n. 21/92 e sull'esigenza di norme di regolazione, stante la rilevanza di interessi generali pur in presenza – a proprio giudizio – di un'attività di trasporto privato, Cons. St., sez. I, parere 23 dicembre 2015, n. 03586/2015, su affare 757/2015. Per ulteriori riferimenti v. O. Pini, *Le nuove frontiere del servizio pubblico locale: la vicenda UBER tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie*, in *Nuove autonomie*, n. 3/2015, 401 ss.

<sup>79</sup> Interessi coinvolti che sono soggetti a una tutela completa: si pensi alle recenti riforme in materia di circolazione stradale, con la modifica apportata all'art 589 c.p.: la ratio della riforma ricade nell'intento di tutelare l'incolumità personale – seppur con connotati

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

Regolazione dei Trasporti quanto l'AGCM hanno auspicato interventi finalizzati ad abolire gli elementi di discriminazione competitiva tra servizio taxi e attività di noleggio con conducente, in una prospettiva di piena sostituibilità tra i due servizi e di logica proconcorrenziale.

A tal fine, nel 2015 l'ART ha proposto modifiche alla legge quadro, suggerendo l'introduzione di un nuovo articolo (3-bis) contenente la disciplina delle nuove forme di mobilità che si svolgono grazie ad applicazioni web che utilizzano piattaforme tecnologiche per l'interconnessione dei passeggeri e dei conducenti e una progressiva equiparazione di taxi e NCC, con abolizione del regime delle licenze. La norma, tuttavia, limitava nel primo caso la sua applicazione ai soli servizi aventi finalità commerciale, peraltro tacendo sulla natura giuridica, che, come si osserverà nel prosieguo, risulta una questione di preliminare importanza da sciogliere.

### **5. La difficile convivenza della *sharing economy* nel reticolo del riparto di competenze tra Stato e regioni per il governo della domanda**

Alla luce di quanto finora esposto, emergono numerosi punti inconciliabili rispetto alla disciplina tradizionale. In assenza di produzione normativa sul punto, e nel complesso reticolato di competenze di Stato e Regioni (ma soprattutto comuni, sui quali vi sono le principali ricadute sostanziali, ai fini della programmazione quantitative delle licenze e degli adeguamenti delle tariffe), queste ultime in varie occasioni hanno cercato di rispondere alla ventata di innovazione tecnologica predisponendo strumenti volti talvolta a favorire – ma spesso a comprimere – la diffusione dei fenomeni in esame, recando misure restrittive tese ad arginare il fenomeno dell'abusivismo<sup>80</sup> at-

caratterizzanti diversi –, ovvero l'integrità della persona che circola lungo le strade. Sul fronte civilistico, sebbene giurisprudenza costante ritenga che la circolazione stradale *ex se* considerata non possa configurarsi quale attività oggettivamente pericolosa, poiché essa diviene potenzialmente lesiva per solo effetto dell'uso pericoloso dei mezzi adibiti al traffico veicolare ad opera dei loro conducenti, considera normalmente il fenomeno circolatorio (in ogni forma esso si manifesti) sfornito di intrinseca pericolosità, unicamente quando sia svolto in condizioni di sicurezza e idoneità dei mezzi adoperati. Configura come attività pericolosa Cass. civ., sez. un., 29 aprile 2015, n. 8620.

<sup>80</sup> Si rammenta che l'art. 2, c. 3, d.l. n. 40/2010 aveva previsto l'emanazione di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa con la Conferenza Unificata, per la rideterminazione dei principi fondamentali di cui alla l. n. 21/1992, per contrastare l'esercizio abusivo delle attività di taxi e di noleggio con conducente, onde assicurare omogeneità di applicazione di tale

traverso la creazione di un vincolo di esclusività nell'offerta dei servizi di mobilità urbana non di linea. Si sottolinea dapprima l'iniziativa della Regione Piemonte, che con l.r. n. 14/2015<sup>81</sup> aveva cercato di porre rimedio ad un aspetto cruciale della problematica in esame, definendo il novero dei soggetti abilitati a operare nel settore dei trasporti di persone con le nuove modalità consentite dai supporti informatici, riservandolo in via esclusiva alle categorie abilitate a prestare i servizi di taxi e di noleggio con conducente. La questione è stata così resa oggetto di disamina da parte della Corte costituzionale<sup>82</sup>, in ragione del limite posto alla libertà di iniziativa economica individuale, incidente sulla competizione tra operatori economici nel relativo mercato<sup>83</sup>. La pronuncia acquista rilevanza ai fini del riparto di competenze

disciplina in ambito nazionale. A tale decreto è stato quindi rimessa anche l'attuazione delle disposizioni in materia di noleggio con conducente contenute nel d.l. n. 207/2008. Invero, il termine per l'emanazione del decreto è stato più volte differito (cfr. art. 9, c. 3, l. n. 19/2017, di conversione del d.l. "Proroga Termini"), con sospensione dell'efficacia – reiterata quasi con cadenza annuale – delle disposizioni del d.l. n. 207/2008: dal 2010 in effetti, l'assenza di una esplicita sospensione delle norme del d.l. n. 207/2008 ed in attesa del decreto ministeriale di contrasto al fenomeno dell'abusivismo aveva generato una situazione di incertezza legislativa determinante una schizofrenia giurisprudenziale sull'esatto oggetto del differimento (*ex multis*, TAR Lazio n. 7516/2012 e n. 3863/2013 e ordinanza cautelare del 5 marzo 2015 hanno ritenuto applicabili le norme della l. n. 21/1992, come modificate nel 2008, in quanto nel corso degli anni era stato differito solo il termine per l'emanazione del decreto ministeriale; ordinanza cautelare TAR Lazio n. 4859/2014 ha invece confermato la sospensione dell'efficacia del provvedimento legislativo).

<sup>81</sup> L.r. Regione Piemonte n. 14/2015, *Misure urgenti per il contrasto dell'abusivismo. Modifiche alla legge regionale 23 febbraio 1995, n. 24 (Legge generale sui servizi di trasporto pubblico non di linea su strada)*, pubbl. in *Boll. Uff.* 9 luglio 2015, n. 1, suppl. al n. 27.

<sup>82</sup> C. cost., 15 dicembre 2016, n. 256. A giudizio della Corte «La portata normativa della disposizione impugnata si desume inequivocabilmente, sia dalla rubrica dell'articolo: "[e]l servizio di trasporto"; sia dalla piana lettura del testo: "[i]l servizio di trasporto di persone, che prevede la chiamata, con qualunque modalità effettuata, di un autoveicolo con l'attribuzione di corresponsione economica, può essere esercitato esclusivamente dai soggetti che svolgono il servizio di cui all'art. 1, comma 3, lettere a) e b)", della legge reg. Piemonte n. 24 del 1995, vale a dire il servizio di taxi e di autonoleggio con conducente».

<sup>83</sup> Già C. cost., 3 marzo 2006, n. 80, con commento di L. Iera, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2006, 1205 ss. In tale occasione la Corte aveva statuito per la prima volta che «Nel quadro del nuovo Titolo V una disposizione come quella di cui al comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, è riconducibile all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di tutela della concorrenza, di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 Cost.; infatti, questa Corte ha già avuto occasione di affermare che la «configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato» (sentenza n. 272 del 2004). (...) Le competenze esclusive statali che – come quella relativa alla «tutela della concorrenza» – si configurino come "trasversali" incidono naturalmente,

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

tra Stato e regioni: in particolare, ad avviso della Consulta tale profilo rientrerebbe a pieno titolo nell'ampia nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lett. e), dell'art. 117 Cost. La norma includerebbe, dunque, sia gli interventi regolatori incidenti a titolo principale sulla concorrenza – quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale dei mercati –, sia le misure di promozione, tese all'apertura o al consolidamento di un mercato, riducendo i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche quali ad esempio le barriere all'entrata, per il libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese<sup>84</sup>.

La pronuncia della Corte si ascrive nel consolidato orientamento in materia<sup>85</sup> sul riparto di competenze tra Stato e regioni, rivitalizzando l'ampia nozione di concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.; di conseguenza, la competenza regionale in tema di trasporti è stata qualificata recessiva, in ragione dell'asserita incidenza – della norma censurata – su un profilo attinente alla concorrenza, come tale rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, *che del resto riflette la dimensione (quanto meno) nazionale degli interessi coinvolti*. Per tali ragioni, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Piemonte.

L'incidenza delle nuove tecnologie sulla mobilità urbana induce a ragionare sulla forte valenza del paradigma concorrenziale anche nel mercato dei servizi per lo smistamento della domanda, che ha coinvolto in particolare l'*app MyTaxi*: in questo caso, contrariamente al modello poco prima descritto, non vi è alcuna organizzazione del servizio di trasporto, giacché la piattaforma consente soltanto il contatto tra domanda e offerta, offrendo dunque un servizio di intermediazione. Tale servizio, se per un verso è stato accolto

nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse possano ritenersi propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano. Né il legislatore regionale può pretendere di modificare anche solo in parte disposizioni come il c. 3-*bis* dell'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, che è formulato in forma chiaramente inderogabile e che, per di più, prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale. Ciò non avviene a caso, poiché vi si prevede che le Regioni siano eccezionalmente legittimate, rispetto alla nuova legislazione di liberalizzazione del settore, a ritardarne in parte l'immediata applicazione a certe condizioni ed entro un periodo massimo».

<sup>84</sup> In merito al trasporto di viaggiatori mediante noleggio (di autobus) con conducente, la Corte di recente ha chiarito che rientra nella competenza legislativa esclusiva statale per la tutela della concorrenza definire i punti di equilibrio fra il libero esercizio di attività siffatte e gli interessi pubblici con esso interferenti: v. sentenza n. 30/2016.

<sup>85</sup> Si pensi alla questione esaminata da C. cost. 27 luglio 2004, n. 272, nella quale si è ritenuto che il settore dei servizi pubblici attenga alla materia *trasversale* della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

con favore tanto dal lato della domanda quanto dell'offerta in ragione della sua efficienza strumentale, per altro verso è stato limitato – quanto a portata operativa – dalla predisposizione di clausole di esclusiva negli atti che regolano i rapporti tra le società di gestione del servizio di radio taxi a Roma e Milano e i tassisti – soci aderenti. Quantunque l'oggetto di tali clausole non si presuma *ex se* inconciliabile con il corretto funzionamento della concorrenza<sup>86</sup>, ove applicate ad una percentuale maggioritaria di operatori in un dato ambito territoriale (si pensi proprio al contesto di Roma e Milano) risulterebbero idonee ad impedire od ostacolare l'ingresso nei mercati rilevanti di nuovi operatori che offrono servizi innovativi di raccolta e smistamento della domanda senza alcuna previsione di esclusiva<sup>87</sup>. La fattispecie si connota per un elevato grado di complessità: invero, sebbene la quota versata dai tassisti per la fruizione del servizio ordinario di intermediazione instauri un rapporto obbligatorio di mezzi e non di risultato – l'abbonamento al servizio non garantisce una fascia minima di corse che il tassista aderente potrebbe effettuare – occorre tenere in debito conto la natura giuridica cooperativa o consortile di tali società, che comporta l'instaurazione di un più articolato rapporto tra autista/ socio e società di intermediazione, anche in termini di relativi ulteriori benefici connessi per i lavoratori – soci – dipendenti. D'altro canto, è innegabile che la diffusione dei nuovi servizi a costo marginale zero<sup>88</sup>, a diretta disposizione anche per l'utenza, permetta di disvelare una nuova modalità di prestazione dei servizi di intermediazione, basata su maggiore trasparenza, informazione, fattori che contribuiscono inequivocabilmente al raggiungimento di un *target* di maggiore efficienza e qualità del servizio prestato. Alla luce di tali brevi riflessioni, ben si comprendono le reiterate proroghe, da parte dell'AGCM, per la conclusione del procedimento istruttorio inerente il caso sommariamente illustrato<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, 661 e ss.

<sup>87</sup> In questo senso Segnalazione Agcm I801A – *Servizio di prenotazione del trasporto mediante taxi – Roma*, nonché *Servizio di prenotazione del trasporto mediante taxi – Milano*, n. I801B, in data 8 novembre 2016, <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/8536-i801a-i801b-radiotaxi,-istruttorie-nei-confronti-delle-principalisociet%C3%A0-per-possibili-intese-restrittive-della-concorrenza.html>. La tesi è stata poi confermata con il provvedimento conclusivo del 9 Luglio 2018, reperibile al link [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>88</sup> J. Rifkin, *La società a costo marginale zero*, Milano, Mondadori, 2014.

<sup>89</sup> Da ultimo, con i provvedimenti n. 27176 e 27177 pubblicati nel Bollettino n. 22/2018 del 11/06/2018, 55 ss. l'Autorità ha disposto ai fini dell'accertamento dei profili oggetto dei procedimenti in esame, di dover prorogare il termine di chiusura del procedimento, attualmente fissato al 31 maggio 2018, fino al 30 giugno 2018; termine che potrebbe essere oggetto di ulteriori dilazioni, in ragione del corretto esplicarsi del diritto di difesa delle controparti: [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

Accanto alle questioni sulle attuali categorie di operatori professionali operanti nel settore non di linea, occorre evidenziare la sussistenza di iniziative promozionali di matrice locale, finalizzate all'incentivazione dei nuovi servizi di mobilità condivisa (si pensi al *bike sharing*, al *car sharing*, ovvero al *car pooling*) per far fronte a problemi di accessibilità, inquinamento dell'aria, salute, educazione, attraverso modalità di spostamento alternative non limitate al contesto urbano<sup>90</sup>. Si tratta, pertanto, di azioni per la valorizzazione della mobilità sostenibile e per il governo della domanda, obiettivi resi oggetto di molteplici Programmi regionali della Mobilità e dei Trasporti<sup>91</sup>, in cui la strada della *sharing mobility* rappresenta una formula di uso progressivamente comune nelle realtà locali. Sul punto, recenti stime sul noleggio veicoli hanno evidenziato che la strategia complessiva sia stata fortemente orientata allo sviluppo di un mercato piuttosto che al suo sfruttamento, con diffusione del noleggio in ogni sua forma, con un ritorno significativo in termini di impatto positivo<sup>92</sup>. Ciò che rileva sottolineare è che gli interventi di natura locale tendono alla promozione e sviluppo dei servizi di mobilità condivisa per creare canali complementari al trasporto pubblico locale, intervenendo sulla componente infrastrutturale – realizzando ad esempio degli *hub* della mobilità condivisa presso le stazioni ferroviarie e della metropolitana – per facilitare l'interscambio fra trasporto pubblico ed i servizi di mobilità condivisa.

In assenza di puntuale disciplina normativa a carattere tanto definitorio quanto prescrittivo, l'intento di addivenire a una simile qualificazione è rimessa all'iniziativa degli Enti locali e degli operatori privati, demandando la perimetrazione del rapporto fra soggetto affidatario ed Ente locale a un contratto di servizio ovvero a un disciplinare di concessione, che sia idoneo a definire, in particolare, gli impegni assunti dal gestore e gli obiettivi da perseguire<sup>93</sup>. Tale soluzione, tuttavia, ben si potrebbe prestare a delle ritrosie da parte degli operatori dei nuovi servizi di mobilità, in ragione del conseguenziale assolvimento di doveri e obblighi che scaturirebbero, ad esempio, dal contratto di servizio; di conseguenza, in assenza di un compiuto intervento

<sup>90</sup> *Secondo rapporto nazionale dell'Osservatorio Sharing mobility*, cit., 45.

<sup>91</sup> *Ex plurimis*, cfr. Regione Lombardia, *La promozione della mobilità sostenibile prevista nel Programma Regionale della Mobilità e dei Trasporti*, [www.regione.lombardia.it](http://www.regione.lombardia.it).

<sup>92</sup> ANIASA: 15° Rapporto ANIASA sul noleggio veicoli 2015 – *Il motore dell'autonoleggio*, 2016.

<sup>93</sup> Si pensi ad esempio alla Convenzione I.C.S. e il comune di Genova, tesa a promuovere, incentivare e coordinare a livello nazionale l'impianto e lo sviluppo del servizio di *car sharing*, anche assicurando l'applicazione degli Standard I.C.S. nell'ambito di tutte le iniziative locali, [www.genovacarsharing.it](http://www.genovacarsharing.it).

normativo sul punto, l'introduzione surrettizia di simili iniziative nel novero dei servizi di trasporto complementari potrebbe risultare poco convincente in un'ottica costi – benefici, risultando di converso preferibile mantenere la natura giuridica di diritto privato.

## **6. Implicazioni pratiche sulla natura giuridica dei nuovi operatori della mobilità**

Come si è cercato di illustrare brevemente, la diffusione di nuove tecnologie per la mobilità necessita di regole efficaci per favorire il benessere collettivo: le politiche locali risultano determinanti per lo sviluppo della mobilità condivisa e per la qualità della vita in città. In attesa di compiuta definizione normativa sul punto, risulterebbe parallelamente opportuno operare sulla promozione di linee guida per l'affidamento dei servizi di mobilità condivisa su tutto il territorio nazionale, agevolando il compito degli enti Locali e/o delle agenzie per la mobilità attraverso la predisposizione di uno schema di contratto di servizio uniforme tra amministrazioni e operatori in cui siano individuati alcuni requisiti essenziali (ad esempio standard minimi di qualità a tutela del cliente, obblighi minimi di monitoraggio e rendicontazione verso gli enti concedenti, requisiti minimi per l'interoperabilità e regimi giuridici da prescegliere per la gestione). Tale strategia risulterebbe del resto conforme con uno dei criteri delega indicati al c. 179 della legge sulla concorrenza, laddove si richiede (lett. e) di *armonizzare le competenze regionali e degli enti locali in materia, al fine di definire comuni standard nazionali*.

I principi e criteri direttivi delineati nella delega di riforma rischia di tradursi in un'eccessiva semplificazione verso una completa liberalizzazione che, al pari di una piena riconduzione dei nuovi operatori ai vettori tradizionali, non sembrano essere le vie più idonee da percorrere se non si procede ad una pianificazione e governo della domanda, rischiando di consegnare l'intero settore nelle mani di un monopolista, o al più di oligopolisti. In effetti, l'approccio dominante sembrerebbe convergere verso un mero accorpamento di tutte le iniziative prese in considerazione, attribuendo alle stesse qualificazione giuridica di diritto privato, dstando particolari conseguenze.

In prospettiva di riforma, si suggerisce pertanto di operare su due distinti fronti: il primo riguarda la qualificazione giuridica (pubblica o privata) dei nuovi operatori di trasporto; il secondo, invece, riguarda l'ottimizzazione della pianificazione urbana come strumento di *governance* della domanda.

Quanto al primo aspetto, si ritiene che la qualificazione giuridica dovrebbe essere pubblica. In primo luogo, non si porrebbero conseguenze



## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

negative in termini di contrattazione di prezzi rispetto al sistema tariffario amministrato: secondo la letteratura economica, la libera contrattazione del prezzo su ogni singola corsa renderebbe più costoso il raggiungimento del prezzo d'equilibrio, o, addirittura, lo impedirebbe<sup>94</sup>. Essa risulterebbe soltanto giustificata, sotto il profilo economico, dai rilevanti risparmi in termini di costi di contrattazione, che verrebbero altrimenti sostenuti dalle parti se il prezzo venisse liberamente determinato in ogni transazione. Sul punto anche l'AGCM aveva sostenuto, sin dal 1995, che l'imposizione massima tariffaria per via amministrativa trovi giustificazione nella necessità di tutelare il consumatore in quanto parte debole del rapporto<sup>95</sup>: egli deve infatti esercitare la propria facoltà di scelta, senza dover affrontare costi informativi eccessivamente elevati. Pertanto, eventuali meccanismi di determinazione delle tariffe proposte mediante algoritmo (in particolare viene in rilievo il cd. *surge pricing*<sup>96</sup> adottato da Uber) difetterebbero di quei connotati di trasparenza ritenuti essenziali anche da parte della Commissione europea per la tutela dell'utenza sulla chiarezza delle condizioni tariffarie<sup>97</sup>; in particolare, mancherebbe la libera contrattazione/determinazione della tariffa, la quale, come poc'anzi accennato, è calcolata su base algoritmica, con una metodologia estranea ad ambedue le parti contrattuali. La politica dei prezzi, in tali casi, rischierebbe di dirottare la tariffa nel campo del cd *price gouging*, ovvero una condotta che ricorre laddove il venditore approfitti di un periodo di emergenza per innalzare arbitrariamente il prezzo di beni necessari<sup>98</sup>.

Tuttavia, tale tematica assume ulteriore colore se contestualizzata nel

<sup>94</sup> V. Visco Comandini, S. Gori, F. Violati, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2004, 515-548, doi: 10.1434/18755. Sul punto si segnalano le osservazioni di Myerson e Satterthwaite (1983), i quali hanno dimostrato che, in mancanza di partner alternativi in una contrattazione, non esiste un equilibrio che sia insieme individualmente razionale, incentivo-compatibile ed efficiente. L'esperienza statunitense degli anni ottanta, relativa allo sperimentalismo, in alcune città, di deregolamentazione tariffaria tout court, ha mostrato il fallimento a causa di fenomeni di violenza generata da discussioni sul prezzo.

<sup>95</sup> *Servizio di trasporto di persone mediante taxi*, AS53 del 1° agosto 1995, in *Boll. AGCM*, n. 29 del 7 agosto 1995, 63.

<sup>96</sup> Cachon, Gerard P and Daniels, Kaitlin M and Lobel, Ruben, *The Role of Surge Pricing on a Service Platform with Self-Scheduling Capacity* (June 14, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2698192>; F Kooti, M. Grbovic, L. M. Aiello, N. Djuric, V. Radosavljevic, K. Lerman, *Analyzing Uber's Ride-sharing Economy*, WWW '17 Companion Proceedings of the 26th International Conference on World Wide Web Companion, 574-582, doi. 10.1145/3041021.3054194.

<sup>97</sup> European Commission, Com. "A Digital Single Market Strategy for Europe" COM (2015) 192 final.

<sup>98</sup> V.M. Zwolinski, *The Ethics of price Gouging*, 18 *Bus. Ethics Quart'y* 347 (2008).

nuovo assetto della strategia *Digital Single Market*, ove le nuove tecniche di trattamento dati consentono di preannunciare le preferenze e le esigenze dell'utenza, dirottando in tal modo la politica dei prezzi praticati nel cd. *predatory pricing*<sup>99</sup>.

In secondo luogo, si correrebbe il rischio di far affidamento su servizi che, quantunque rivolti a una pletera indifferenziata, siano forniti in assenza di obblighi di servizio pubblico. In particolare, a fronte di prezzi più competitivi, potrebbero risultare pregiudicate le esigenze di servizio pubblico, arrecando altresì pregiudizio alla cura degli interessi generali, quali la sicurezza stradale e l'incolumità dei passeggeri.

Infine, dal punto di vista della sostenibilità ambientale<sup>100</sup>, la mera apertura al mercato non costituirebbe una effettiva riduzione del numero di auto in circolazione, ma, al contrario, potrebbe comportare un aumento della congestione stradale in ragione della diffusione di simili iniziative su larga scala.

Tali criticità, in realtà, rappresentano le particolarità del mercato non di linea, in particolare affine con il segmento del trasporto mediante taxi<sup>101</sup>, connaturato da *anomalie* generate dalla compresenza di esternalità negative di consumo, asimmetrie informative, costi di ricerca e capacità inutilizzata. Quantunque risultino presenti tali criticità, gli studi di matrice economica proliferati sul tema, spesso sorretti da convergenze empiriche, hanno da sempre escluso la praticabilità di un'apertura al mercato come soluzione taumaturgica, ritenendo di converso necessario – proprio per garantire la qualità e la sicurezza del servizio – contingentare l'accesso al mercato<sup>102</sup>. In definitiva – e in linea con il tracciato delle Istituzioni dell'Unione –, la soluzione proponibile alle nuove istanze di mobilità non si esaurisce nell'opzione tra liberalizzazione e regolamentazione, bensì nella predisposizione di strategie volte al miglioramento della mobilità urbana per uno sviluppo ottimale dell'ambiente urbano<sup>103</sup>, conforme alla diffusione del paradigma *Maas*. Pertanto, alla luce di queste sintetiche riflessioni e di tutti i profili

<sup>99</sup> D.A. Crane, *The Paradox of Predatory Pricing*, 91 *Cornell L. Rev.* 1 (2005). Sul rapporto tra deregulation e prezzi predatori v. Hardaway R.M., *supra*, nota 68.

<sup>100</sup> C. Iaione, *The Tragedy of Urban Roads: Saving Cities from Choking, Calling on Citizens to Combat Climate Change*, in *Fordham Urban Law Journal*, Volume 37, Issue 3, 2008.

<sup>101</sup> A. Bergantino, A. Boitani (2003), *Taxi: un mercato molto particolare*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 28 gennaio.

<sup>102</sup> R. Cairns, Robert, C. Liston-Heyes, 1996. *Competition and regulation in the taxi industry*, in *Journal of Public Economics*, Elsevier, vol. 59(1), pages 1-15, January.

<sup>103</sup> Comunicazione della Commissione “*Sulla strategia tematica sull'ambiente urbano*”, COM(2005)718 dell'11 gennaio 2006, [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

## i servizi di trasporto pubblico non di linea

controversi sommariamente esposti, sarebbe auspicabile attribuire maggiore importanza alla regolazione dell'accesso al *network* stradale, come condizione necessaria per garantirne l'incremento in termini di velocità commerciale e di efficienza.

L'apertura e la differenziazione dell'offerta – come auspicato dall'AGCM<sup>104</sup> – non rappresenterebbe un'ipotesi convincente se non si tenesse conto della velocità commerciale, ed in particolare degli effetti positivi a seguito di un suo incremento. L'efficienza del servizio di trasporto deve sempre parame-trarsi alla *facility* stradale e al contesto urbano, che rappresenta, come evi-denziato in apertura, un sistema complesso che racchiude gli spostamenti di cose e persone sul territorio con qualsiasi mezzo di trasporto. Di converso, una mera liberalizzazione risulterebbe di per sè inidonea ad assolvere alle esigenze di mobilità e miope rispetto alla pleora di iniziative – nazionali ed internazionali – volte alla decongestione stradale per finalità ambientali e di efficienza allocativa: come è noto, invero, nel corso del tempo si sono succedute misure di tipo quantitativo e qualitativo, tese a correggere un equilibrio altrimenti inefficiente (si pensi alle imposte sui flussi di traffico, cd. *road pricing*<sup>105</sup>, alla limitazione veicolare nel centro città ai soli residenti o mezzi pubblici) al fine di ridurre il volume di traffico ed internalizzare i costi sociali della congestione stradale urbana provocati da utenti aggiuntivi, per cui una liberalizzazione spregiudicata che non tenga conto di tali precedenti realizzerebbe soltanto un'involuzione<sup>106</sup>.

Parzialmente in linea con quanto appena affermato è il disegno di legge del Senato cd. *Taxi-Più*<sup>107</sup>. L'offerta proposta distinguerebbe due modalità con diverso trattamento giuridico, quali (i) i servizi di mobilità con trasporto che offrono servizi di trasporto a chiamata su percorsi flessibili non di linea e (ii) i servizi di mobilità in condivisione che agevolano l'uso non esclusivamente proprietario dell'automobile o di mezzi a due ruote, come ad esempio *car-sharing*, *bike-sharing*, *car-pooling* ed altri. La gestione dei servizi di mobilità con trasporto verrebbe affidata a società private, cooperative,

<sup>104</sup> Cfr. IC47 – Trasporto pubblico locale, indagine conoscitiva Antitrust: “Più concorrenza per migliorare i servizi”, [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>105</sup> Basti pensare che la città di Londra – che detiene il primato europeo nella congestione del traffico veicolare – dal 2003 ha introdotto il *road pricing congestion charging*: il volume di traffico si è ridotto del 15 per cento, con apprezzabili ricadute positive anche sulla concentrazione delle polveri inquinanti.

<sup>106</sup> Martin L. Weitzman, *Prices vs. Quantities*, 41 *Rev. Econ. Stud.* 477 (1974); C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., 227.

<sup>107</sup> Disegni di legge Atto Senato S.2962 del 30 ottobre 2017, *Disposizioni in materia di servizi di mobilità*, <http://www.senato.it>.

imprese sociali e ai titolari di licenza taxi, NCC e taxi-più. Tuttavia, permane la centralità della discussione sul titolo abilitante: in particolare, si è previsto, in luogo della licenza, una autorizzazione amministrativa rilasciata a richiesta degli operatori, sulla base di un “progetto di mobilità” che definisce le modalità del servizio e le relative tariffe, che vincolerebbe l’operatore al rispetto di apposite carte dei diritti degli utenti e alla tutela dei diritti dei lavoratori secondo le leggi vigenti e i contratti collettivi. Nel complesso, sebbene sia apprezzabile l’intento di diversificare le declinazioni dell’innovazione tecnologica, di converso la disciplina sulle modalità di esercizio del servizio richiamano la tradizionale ripartizione della legge 21/1992, e dunque anche i relativi profili critici connessi. In ogni caso, anche questo intervento non risulta del tutto completo, dal momento che le limitazioni poste dal proposto testo normativo non sarebbe di per sé capace di arginare la produzione di costi transattivi e di esternalità negative. Nell’ottica di necessaria crisi delle esigenze di mobilità e di sostenibilità, sarebbe opportuno adottare un approccio olistico, nel senso di riconsiderare l’adeguatezza dell’intero assetto del trasporto pubblico, inaugurando una nuova strategia di integrazione tra pianificazione urbanistica e trasporti che da sempre segna uno scollamento tra politiche del territorio, pianificazione urbana e politiche dei trasporti e delle infrastrutture<sup>108</sup>.

È evidente che l’attuale organizzazione dei trasporti sia caratterizzata dalla predominanza del traffico su strada di automezzi privati, con tutte le relative conseguenze negative socio – economiche ed ambientali in termini di congestione, elevato inquinamento acustico ed atmosferico, consumo di fonti energetiche non rinnovabili e sottrazione dei suoli: tali implicazioni confermano la qualificazione del *network* stradale come risorsa scarsa. Occorre dunque ripensare la mobilità urbana per ridurre gli effetti negativi generati, e potenziare al contempo l’attrattività urbana.

Per risolvere questi gravi problemi negli ultimi anni sono stati introdotti modelli di mobilità sostenibile, ispirati al principio dell’uso efficiente del territorio e delle risorse naturali finalizzati a garantire il rispetto e l’integrità dell’ambiente. Sotto tale aspetto, a livello locale si segnala la diffusione strategica dei Piani urbani di mobilità sostenibile (PUMS)<sup>109</sup>, strumento di

<sup>108</sup> E.M. Bello, E. Brovarone, *Pianificazione dei trasporti e pianificazione urbana: difficoltà d’integrazione negli strumenti e nelle teorie*, Dipartimento Interateneo Territorio – DiTER, Politecnico di Torino, Torino 2009, disponibile all’indirizzo [www.researchgate.com](http://www.researchgate.com).

<sup>109</sup> Ministero delle infrastrutture e dei trasporti d.m. 4 agosto 2017. Dalla lettura dell’art. 1 si evince che «Ai sensi del decreto legislativo 16 dicembre 2016, n. 257, art. 3, comma 7, il presente decreto ha la finalità di favorire l’applicazione omogenea e coordinata di linee guida per la redazione di Piani urbani di mobilità sostenibile, di seguito PUMS, su tutto il territorio

## **i servizi di trasporto pubblico non di linea**

pianificazione strategica – quantunque non obbligatorio come per il Piano Urbano del Traffico – che, in un orizzonte temporale di medio-lungo periodo, sviluppa una visione di sistema della mobilità urbana, proponendo il raggiungimento di obiettivi di sostenibilità ambientale, sociale ed economica attraverso la definizione di azioni orientate a migliorare l'efficacia e l'efficienza del sistema della mobilità e la sua integrazione con l'assetto e gli sviluppi urbanistici e territoriali. Il Piano è improntato alla trasparenza e alla partecipazione attiva dei cittadini e di altri portatori di interesse fin dall'inizio del suo processo di definizione per predisporre soluzioni soddisfattive delle esigenze di mobilità. Ciò segna un passaggio fondamentale, seppur ancora embrionale, dalla pianificazione dei trasporti alla mobilità sostenibile, in quanto si supera l'approccio incentrato sul traffico come (unico) elemento critico su cui operare, per concentrarsi sulle esigenze di spostamento delle persone e della relativa offerta di modalità di spostamento sostenibile. Una prima valorizzazione di tale strumento risulta concretizzata nella recente legge di bilancio<sup>110</sup>, che ha stanziato apposite risorse da destinare al finanziamento di progetti sperimentali e innovativi di mobilità sostenibile, coerenti con i Piani urbani della mobilità sostenibile ove previsti nella normativa vigente.

Concludendo, la mancata riforma della mobilità non di linea permette di riflettere ulteriormente sui mutamenti in atto, che inducono un più ampio e generale ripensamento del contesto urbano e della mobilità, richiedendo, pertanto, risposte coerenti capaci di rivitalizzare la funzione valoriale dell'ambiente urbano.

Come si è tentato di evidenziare, il dinamismo delle evoluzioni in atto dimostrano tutta la complessità sottesa alla materia, il cui approccio non può risultare circoscritto per settori. Del resto, concepire la città come unità base sulla quale ricadono gli effetti delle innovazioni disvela il vantaggio di poter rendere il contesto urbano sede privilegiata di analisi non solo descrittivo – fenomenica, ma un vero e proprio laboratorio entro cui sperimentare le soluzioni più idonee per la soddisfazione dell'utenza, nel pieno rispetto del riparto di competenze tra enti territoriali. Pertanto, si potrebbe determinare a livello nazionale la natura giuridica di tali nuovi operatori, predisponendo

nazionale.2. In coerenza con quanto definito nell'allegato al Documento di economia e finanze 2017 e fermo restando quanto prescritto all'art. 3, comma 1, le città metropolitane procedono, avvalendosi delle linee guida adottate con il presente decreto, alla definizione dei PUMS al fine di accedere ai finanziamenti statali di infrastrutture per nuovi interventi per il trasporto rapido di massa, quali Sistemi ferroviari metropolitani, metro e tram».

<sup>110</sup> L. 27 dicembre 2017, n. 205, (GU Serie Generale n.302 del 29-12-2017 – Suppl. Ordinario n. 62).

nel contratto di servizio idonee misure per soppesare gli obblighi di servizio pubblico da ottemperare, così da ridurre l'antieconomicità. L'impatto tecnologico sul trasporto non di linea è evidente e richiede ripensamenti di spessore, ma un approccio non integrato con il versante di linea, nonché con la mobilità privata, non risolverebbe le criticità presenti e sommariamente evidenziate nel corso della trattazione, potendone determinare un peggioramento significativo da cui un successivo intervento pubblico – in termini normativi, ma soprattutto finanziario – dovrebbe partire. Pertanto, se per un verso non si vuole abiurare ed esorcizzare l'opzione della liberalizzazione, si vuole invitare a ripensarla come il risultato ultimo di un più ampio processo meditativo, che tenga conto dei recenti sviluppi in atto evidenziati e che ne rappresenti una risposta funzionale ed efficiente.

*Abstract*

*The emergence of sharing economy patterns has had a significant impact on the non-scheduled transportation sector, leading to pressures towards a complete liberalization of the sector. This Article aims to contribute to a better understanding of the reform objectives. These should actually constitute an opportunity to reflect upon the new paradigms of urban mobility and to achieve a functional transportation policy that responds to the actual needs of citizens and is able to eradicate the inconsistencies of the urban environment.*

CECILIA SERENI LUCARELLI

L'AZIONE DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA LESIONE  
DEGLI INTERESSI LEGITTIMI, CON PARTICOLARE  
RIFERIMENTO AL TERMINE DI DECADENZA, IN UN'OTTICA  
DI SUPERAMENTO DELLE CATEGORIE CIVILISTICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sentenza C. cost. n. 94/2017, come punto di partenza di un ragionamento induttivo. – 2. Il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a.: decadenza o prescrizione? – 2.1. Il risarcimento del danno in caso di provvedimento illegittimo favorevole: risarcimento o indennizzo? – 2.2. L'azione di risarcimento alla luce del principio, anche comunitario, di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. Il dubbio di un nuovo diritto finanziariamente condizionato.

**1. Introduzione: la sentenza C. cost. n. 94/2017, come punto di partenza di un ragionamento induttivo**

La Corte Costituzionale con la sentenza del 4 maggio 2017, n. 94 è tornata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 del codice del processo amministrativo (d'ora in poi c.p.a.) e, in particolare, sul comma 3, nella parte in cui prevede un termine di decadenza di centoventi giorni per l'azione di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

Nell'esaminare questa pronuncia due sono gli approcci possibili. Il primo è quello che si limita ad analizzare il caso, il contenuto della sentenza e la soluzione prescelta. Il secondo è quello che, pur prendendo le mosse dall'analisi della sentenza, la utilizza in un'ottica più ampia, oltre lo specifico caso concreto.

Si procederà seguendo questo secondo approccio, utilizzando cioè il metodo induttivo, che parte dal singolo caso particolare per giungere a un principio "generale", senza la pretesa che sia generale, con l'obiettivo che sia almeno oltre il singolo caso particolare.

Nel tentare di farlo, sono tuttavia necessarie alcune premesse.

La prima è di carattere metodologico. La pronuncia, infatti, riguarda il più ampio tema del risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi.

timi<sup>1</sup>, ma si sofferma su un particolare aspetto, quello del termine di decadenza, che, fino ad ora, ha ricevuto una minore attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Sono invece numerosi i contributi in materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo sulla giurisdizione, sulla quantificazione del danno risarcibile, sulla c.d. pregiudiziale amministrativa<sup>2</sup>, ma quegli aspetti resteranno ai margini del ragionamento qui condotto.

<sup>1</sup> Per un quadro completo sul tema del risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi, si veda F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 273 ss.; senza pretesa di esaustività, nel ripercorrere il percorso dottrinale sul tema *ex multis*, AA.VV., *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, (Napoli 27-28-29 ottobre 1963), Milano, Giuffrè, 1965; E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, Giuffrè, 1963, 74, che, nello stesso anno in cui si è svolto il Convegno negava la risarcibilità dell'interesse legittimo sull'assunto che «il risarcimento del danno, quando possa trovar luogo, (...) chiama in gioco il profilo, in fatto e giuridicamente del tutto diverso, del diritto soggettivo»; al contrario F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 831 rilevava che «non si vede [...] perché non sia possibile provvedere al risarcimento della lesione dell'interesse sostanziale sottostante all'interesse legittimo»; AA.VV., *Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), Milano, Giuffrè, 2009; dopo il 1999 per la dottrina civilistica si vedano *ex multis* V. Carbone, *Commento*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974; V. Roppo, *Il teatro della responsabilità civile per lesione di interessi legittimi: prologo*, *ivi*, 987; G. Alpa, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 907; per la dottrina pubblicistica *ex multis* R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 3201; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *ivi*, 1999, 3212; A. Romano, *Sono risarcibili ma perché devono essere interessi legittimi?*, *ivi*, 3222; E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ivi*, 3226; L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832; G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126.

<sup>2</sup> Si vedano *ex multis*, F.G. Scoca, *Piccola storia di un serrato dialogo tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 1009; Id., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 994; Id., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, II, 907; G. Greco, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., 1257; G. D. Comperti, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 535; L. Torchia, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 385 ss.; F. Cortese, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 18.



## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

La seconda premessa è di carattere sistematico. Nell'analizzare la pronuncia della Corte costituzionale si tenterà di fornire una ricostruzione della norma alla luce dei principi civilistici in tema di risarcimento del danno, pur con la consapevolezza delle differenze tra diritto amministrativo e diritto civile in questa materia.

Il presupposto del diritto al risarcimento è sempre lo stesso, cioè il danno ingiusto, da intendersi quale lesione di un "interesse giuridicamente rilevante". Non dovrebbe pertanto rilevare il fatto che la parte sia un privato o una pubblica amministrazione, ma, come si tenterà di dimostrare, la responsabilità civile della pubblica amministrazione, nel porre a confronto situazioni giuridiche diverse, il potere e l'interesse legittimo, rende più difficile individuare l'ingiustizia del danno<sup>3</sup>.

Da un lato vi sono coloro che sono dell'avviso «che il codice civile serve male a giudici ed avvocati per le definizioni del diritto civile dello Stato, per le quali non è scritto»<sup>4</sup>, dall'altro ci sono coloro che ritengono che «la dottrina deve studiare l'amministrazione pubblica esaminando tutto con la logica del diritto privato»<sup>5</sup>. Già Miele nel 1965, al Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, nell'introdurre il tema, affermava che «chi si propone di studiare il tema della risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi deve porre al centro della ricerca la nozione di illecito, e sarà ovviamente la nozione di illecito civile, tale essendo l'illecito per effetto del quale nasce a carico del responsabile l'obbligo del risarcimento del danno»<sup>6</sup>.

Se il diritto civile può costituire la base, è senz'altro preferibile cambiare la prospettiva di indagine delle regole che disciplinano la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, sancendo l'autonomia degli istituti che reggono la materia<sup>7</sup>. Senza voler ridurre l'interesse legittimo a "rifrazione di un fantasma" quando si parla di risarci-

<sup>3</sup> F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 680.

<sup>4</sup> G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, 3, 385.

<sup>5</sup> G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1899, 2, 2.

<sup>6</sup> G. Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1963, 23.

<sup>7</sup> La responsabilità civile dell'amministrazione si radica sempre più nel campo della specialità, così si esprimeva A. Travi, *Presentazione del tema del convegno*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*, *Atti del LIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione* (Varenna 18-20 settembre 2008), Milano, Giuffrè, 2009, 40.

bilità<sup>8</sup>, come affermato da autorevole dottrina, il problema non dovrebbe porsi perché «il quadro civilistico della tutela risarcitoria non si esaurisce in un'unica figura, e se oggi sta raccogliendo sempre maggiore consenso la tesi della configurabilità di una responsabilità civile specifica dell'imprenditore, non si capisce perché non debba ammettersi una responsabilità specifica dell'Amministrazione»<sup>9</sup>.

Così precisato che di responsabilità dell'amministrazione si parla, con specifico riferimento al termine per far valere l'azione, vari sono gli aspetti di criticità, sollevati dalla pronuncia della Corte costituzionale.

Innanzitutto, il termine di decadenza incontra quello di prescrizione, quando si faccia valere, non la lesione dell'interesse legittimo, ma la lesione dell'affidamento del privato sul provvedimento. Accade tuttavia spesso che la stessa situazione possa essere vista come lesione dell'affidamento e, al contempo, come lesione dell'interesse legittimo, senza che sia individuato un criterio distintivo certo, con la conseguenza paradossale che, a seconda della situazione che si fa valere, si ha a disposizione un termine di prescrizione pluriennale o un brevissimo termine di decadenza. Il riferimento è, ad esempio, al caso dell'annullamento del provvedimento illegittimo favorevole, che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza prevalenti in punto di giurisdizione<sup>10</sup> e che, invece, qui si indagherà sotto il profilo diverso del termine per proporre l'azione.

<sup>8</sup> L'espressione è di F. Ledda, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 524; si veda anche Id., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80 del 1998 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/99, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 18 novembre 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, 266 dove l'Autore ha paragonato l'interesse legittimo al flogisto, sostanza chimica oggetto di impegnati dibattiti scientifici ma «che aveva un piccolissimo ma non certo lieve difetto, cioè quello di non esistere»; si veda anche A. Romano, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, cit.; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 239, che aderisce alla tesi che rinuncia alla nozione dell'interesse legittimo nella ricostruzione sistematica della tutela risarcitoria dei danni subiti a causa di illegittimi comportamenti della pubblica amministrazione; nello stesso senso F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, cit.

<sup>9</sup> A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7.

<sup>10</sup> Il riferimento è alle ordinanze gemelle, Cass., sez. un., 23 marzo 2011, ord. 6594 e 6595, in *Foro it.*, 2011, 2387 nelle quali la Cassazione ha esaminato il problema dell'individuazione del giudice deputato a conoscere del risarcimento del danno lamentato dal proprietario di un fondo, destinatario di un provvedimento favorevole, poi annullato con conseguente lesione dell'affidamento ingenerato sulla legittimità di quel provvedimento e ha concluso nel senso che la giurisdizione su tale controversia è del g.o.; alle stesse conclusioni è giunta

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

In secondo luogo, la previsione di un termine di decadenza incide sulla tutela giurisdizionale, e, anche se non si vuole censurare la norma in punto di effettività, sicuramente deve dirsi che la tutela è temporalmente limitata.

La tutela, oltre che temporalmente, è poi quantitativamente limitata così che il dubbio che se ne origina è che si tratti di un indennizzo o al più di un risarcimento- indennizzo, per coloro che sostengono si tratti di tutele omogenee<sup>11</sup>.

Pur nel silenzio della Corte, si tenterà di valutare la validità dei principi affermati per l'azione di risarcimento autonoma, con riferimento all'azione di risarcimento proposta contestualmente o dopo a quella di annullamento.

Infine, nel dichiarare non fondata la questione, la Consulta finisce per dedicare poche parole al problema della compatibilità dell'art. 30, c. 3, c.p.a. con il diritto comunitario. Il vero rischio di una norma così formulata, che continua a ricevere per motivi diversi l'avallo dei nostri giudici, è quello di una pronuncia di incompatibilità da parte dei giudici europei, notoriamente più rigidi della Corte costituzionale, quando in gioco ci sono il rispetto dei principi di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale.

Dopo avere esaminato con metodo induttivo le criticità in tema di termine di decadenza dell'azione di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, si anticipa sin da ora che il dubbio che la pronuncia della

Cass., sez. un., 23 marzo 2011, ord. n. 6596, in *Foro it.*, 2011, 2387 con riferimento alla diversa ipotesi di risarcimento del danno proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un pubblico servizio, poi annullata perché illegittima, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole apparentemente legittimo; in dottrina A. Travi, *Nota alle tre ordinanze delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2011, 2398 che, nel criticare la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, afferma che «la circostanza che un provvedimento favorevole normalmente non arrechi di per sé un danno, è profilo che attiene alla tematica del danno, ma non pare corretto arguire che, ove manchi il danno, non si possa neppure configurare una lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo. [...] l'utilità della figura dell'affidamento non deve andare a detrimento della possibilità di identificare un'ordinaria situazione di interesse legittimo».

<sup>11</sup> Secondo l'orientamento maggioritario il risarcimento è conseguenza di un'attività illecita e l'indennizzo di un'attività lecita che ha provocato un pregiudizio, con conseguente incompatibilità tra domanda risarcitoria e indennitaria nello stesso giudizio, in dottrina si v. A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 782; in giurisprudenza Cass., 11 dicembre 1998, n. 12495, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2567; Cons. St., 11 luglio 2012, n. 4116, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1834; secondo altro orientamento si tratta di tutele omogenee che differiscono solo dal punto di vista quantitativo, in dottrina si v. D. Bonamore, *Equipollenza semantica e equipollenza giuridica di indennizzo, indennità, risarcimento quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243; G. Manfredi, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2003.

Consulta pone deriva da quello che i giudici non dicono, piuttosto che da quello che i giudici dicono. La sentenza, infatti, si inserisce nel novero di quelle pronunce e di quegli interventi legislativi che, disattendendo in parte le categorie civilistiche e processual-civilistiche, tentano di frenare l'entusiasmo iniziale del definitivo superamento del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Nel farlo, sono spinte da un'esigenza superiore e altrettanto giustificabile che è quella di proteggere, fino a quando possibile, le finanze dello Stato. La Corte costituzionale si perita di dirlo, ma, nel farlo, sembra coprirsi della veste che di recente più le si addice, quella di giudice degli equilibri, più che di giudice della legittimità<sup>12</sup>, offuscando l'affermazione e le conseguenze che quell'affermazione può portare con una pronuncia di non fondatezza della questione.

Se forse appare ingiusto concludere con l'affermazione che "tutto deve cambiare perché tutto resti come prima", resta il dubbio che tante delle criticità sollevate forse potrebbero meglio risolversi affermando che il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo non è un diritto assoluto, ma un diritto finanziariamente condizionato.

## **2. Il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a.: decadenza o prescrizione?**

Nell'affrontare la questione del termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a., come detto, si preferirà una lettura sistematica della norma.

L'art. 30 è il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, al contempo nel diritto civile e nel diritto amministrativo. Le ragioni ostative al risarcimento degli interessi legittimi, come noto, erano infatti due, di cui una propria del diritto civile, l'altra del diritto amministrativo. Da un lato, l'art. 2043 cod. civ. consentiva il solo risarcimento dei diritti assoluti e si escludeva la risarcibilità delle situazioni giuridiche diverse, quali l'interesse legittimo, sul presupposto che mancasse l'ingiustizia del danno; dall'altro lato, anche a voler ritenere che si producesse un danno ingiusto, si sosteneva che nel processo amministrativo non c'era un giudice competente, perché né il giudice ordinario, che era giudice dei diritti, né il giudice amministrativo, che aveva solo poteri di annullamento, potevano risolvere la controversia.

Il superamento di quel "muro di sbarramento", rappresentato dalla

<sup>12</sup> S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 3, 605.

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

“pietrificata” irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>13</sup>, che ha trovato nella sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 1999<sup>14</sup> il suo epilogo, va di pari passo con l'evoluzione di quei rami dell'ordinamento.

Per un verso, la giurisprudenza civilistica ha ampliato l'area della risarcibilità a situazioni giuridiche diverse e l'unico presupposto necessario, ai fini del risarcimento, è divenuto l'ingiustizia del danno, a prescindere dal tipo di condotta dannosa<sup>15</sup>; per altro verso, a partire dal d.lgs. 80/1998, il giudice amministrativo è divenuto giudice, non più dell'annullamento del provvedimento illegittimo, ma dell'interesse legittimo, quale interesse sostanziale al conseguimento di un bene della vita, dotato di tutti i poteri e di tutte le tecniche per tutelarlo, compresa quella del risarcimento<sup>16</sup>.

Presupposto, più o meno condivisibile in termini assoluti, è poi riconoscere la natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione<sup>17</sup>. Tanto si evince dalla lettura dell'art. 30 c.p.a., che richiama la clausola

<sup>13</sup> L'immagine è di M. Nigro, *Introduzione, Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), in *Foro amm.*, 1982, 1671.

<sup>14</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.*, 2000, 349; sentenza definita da molti dei commenti svolti in dottrina come un vero e proprio *grand arrêt*; si veda G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, 1127; S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221; A. Orsi Battaglini, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; F. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13.

<sup>15</sup> A partire dalla nota sentenza Meroni, Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Resp. civ. prev.*, 1971, 67, l'area dell'ingiustizia del danno viene ampliata a situazioni diverse dai diritti assoluti, fino a ricomprendere oltre ai diritti relativi, anche la lesione di situazioni di mero fatto. Nel caso di specie la società Torino calcio chiedeva e otteneva il risarcimento dei danni conseguenti al sinistro nel quale era stato travolto da un'auto e ucciso il suo giocatore, in quanto il fatto aveva reso definitivamente impossibile l'esecuzione della prestazione, costituita dalle prestazioni calcistiche.

<sup>16</sup> L'art. 35, c. 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 statuisce che: «Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

<sup>17</sup> Prima dell'entrata in vigore del codice, accanto all'orientamento prevalente che qualificava la responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione in termini aquiliani, vi era una tesi che riconduceva tale forma di responsabilità a quella contrattuale, da contatto sociale qualificato, si v. C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997, 177, secondo cui la responsabilità della P.A. rientra in quell'«area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda»; altra tesi inquadrava la responsabilità dell'Am-

aquiliana del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, dalla necessità della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, nonché dal richiamo al risarcimento in forma specifica.

L'art. 30 c.p.a., nel sancire definitivamente la risarcibilità del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, prevede che la relativa domanda deve essere proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni, decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo, e, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, nel corso del giudizio o, comunque, entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Metaforicamente parlando, è come se il legislatore, avesse posto una «rete di contenimento», atta «a prendere il posto del muro pietrificato»<sup>18</sup>, per dare una risposta a quelle preoccupazioni di ordine pratico avanzate dopo il 1999 di un aggravamento non prevedibile della responsabilità della pubblica amministrazione, di un'apertura «potenzialmente pericolosa per l'erario»<sup>19</sup>.

ministrato nell'ambito dell'art. 1337 c.c.; altra tesi, infine, sosteneva la natura speciale della responsabilità della pubblica amministrazione, si v. D.Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; per una discussione critica delle varie impostazioni si v. R. Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683; G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 128.

<sup>18</sup> F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997, 272.

<sup>19</sup> M. Clarich, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121; S. Tassone, *Ancora sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1992, 303 che prima che intervenissero le Sezioni Unite riteneva «auspicabile che [...] la Cassazione possa in futuro servirsi di tali principi per dedurre la risarcibilità dell'interesse legittimo», rilevando che la non è la situazione giuridica interesse legittimo che, in sé stessa spinge il legislatore a negare la risarcibilità, ma il fatto che la lite è con la Pubblica Amministrazione; nello stesso senso G. Greco, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione nell'urbanistica (con particolare riferimento alla lesione di interessi legittimi dinamici)*, in *Dir. e soc.*, 1983, 536 secondo cui l'atteggiamento della giurisprudenza discende da «considerazioni metagiuridiche, come quella della preoccupazione di non gravare troppo sulle casse degli enti pubblici»; A.M. Sandulli, *Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), cit., 1692 afferma che, stante l'innegabile carenza della finanza pubblica, bisognerebbe procedere, nel valutare l'ammissibilità o meno della proponibilità dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, ad un contemperamento fra l'interesse pubblico e gli interessi dei governati che hanno a che fare con l'Amministrazione; G. Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, cit., pur ritenendo che «la tesi, secondo

## L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

La formulazione della norma è stata descritta come il frutto di una soluzione di «scialbo compromesso»<sup>20</sup> tra le tesi della Cassazione e i timori del Consiglio di Stato.

Il termine di decadenza e l'onere sostanziale di proporre l'azione di annullamento prima di quella di risarcimento limitano di fatto il diritto d'azione del danneggiato, diversamente da quanto accade per l'azione di risarcimento nel diritto civile, in cui, a seconda della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, è previsto un termine di prescrizione, non di decadenza, rispettivamente di dieci e cinque anni.

Il termine di decadenza non ha avuto da subito vita facile.

Già preannunciata quale «*Verwirkung* amministrativa, tutta italiana»<sup>21</sup>, entrato in vigore il codice, la scelta legislativa è stata ritenuta innanzitutto contraddittoria, laddove combina concetti giuridici, il diritto al risarcimento del danno e il termine di decadenza, tra loro solitamente estranei<sup>22</sup>.

La relazione del Governo al Codice del processo amministrativo sul punto osserva che tale previsione potenzia la tutela del privato e, nello stesso tempo, offre una garanzia adeguata all'esigenza di certezza nei rapporti di diritto pubblico, sul presupposto che «la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione».

In secondo luogo, la previsione di un termine di decadenza è stata criticata da chi ha ritenuto che realizzerebbe un'ingiustificata compromissione del diritto di difesa, in assenza di un reale interesse antagonista<sup>23</sup>.

cui risarcibile è soltanto il danno derivante dalla lesione di diritto soggettivo, sia non solo indimostrata e indimostrabile, ma anche smentita in linea di fatto», ritiene che al fondo di quell'orientamento vi sono «spiegabili preoccupazioni di ordine pratico, quali l'aggravamento, non prevedibile nella sua misura, della responsabilità della pubblica amministrazione»; E. Guicciardi, *Risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 218 si immagina un itinerario che «costeggia un pregiudizio».

<sup>20</sup> L'espressione è di F.G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sulla questione si v. anche G.A. Primerano, *L'autonomia disincentivata dell'azione risarcitoria nel codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm.* – C.d.S., 2012, 2566; S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 923; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, in *Foro it.*, 2007, 3181.

<sup>22</sup> G. Poli, *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del codice del processo amministrativo: brevi osservazioni di costituzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 441.

<sup>23</sup> R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2016, II, 1495.

In sede di redazione della bozza del secondo correttivo, il Consiglio di Stato aveva posto in evidenza il tema della modificazione della disciplina della decadenza con la previsione di una sostituzione del termine di centoventi giorni con quello più lungo di un anno, rilevando che lo stesso non avrebbe potuto essere protratto, neppure in caso di pendenza di un'azione caducatoria. In sede di approvazione definitiva del decreto correttivo, il Legislatore ha però disatteso le indicazioni.

Il primo intervento giurisprudenziale critico è quello del Tar Sicilia, che, con ordinanza del 7 settembre 2011, n. 1628, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 5, c.p.a., per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. «nella parte in cui prevede un termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo»<sup>24</sup>, questione dichiarata inammissibile<sup>25</sup>.

La questione è stata riproposta dal Tar Piemonte, che, con sentenza del 17 dicembre 2015, n. 1747, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 3, c.p.a., per violazione degli artt. 3; 24, c. 1 e 2; 111, c. 1; 113, c. 1 e 2; 117, c.a 1, Cost., in relazione all'art. 47 Carta di Nizza e agli artt. 6 e 13 Cedu, nella parte in cui stabilisce che «la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo»<sup>26</sup>.

Prima di analizzare la risposta della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione, è bene premettere alcune considerazioni sugli istituti della decadenza e della prescrizione, utili nell'ottica di dare una lettura sistematica dell'art. 30 c.p.a., ai fini che l'indagine si propone.

La scelta di un termine di decadenza, piuttosto che di prescrizione, com'è nel diritto civile, è stata infatti discussa e meditata dal legislatore, tanto che non sembra potersi dire che sia il frutto di una mera svista<sup>27</sup>. Tale scelta si scontra tuttavia con la difficoltà di individuare criteri certi che possano presiedere alla suddetta distinzione. Non essendo questo la sede per ricostruire analiticamente il dibattito, si richiamano sinteticamente i due principali criteri proposti nei vari studi sul tema: quello teleologico e quello dogmatico.

<sup>24</sup> Tar Sicilia, Palermo, 7 settembre 2011, n. 1628, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 2879.

<sup>25</sup> C. cost. 12 dicembre 2012, n. 280.

<sup>26</sup> Tar Piemonte, Torino, 17 dicembre 2015, n. 1747, in *Foro amm.*, 2015, 3121.

<sup>27</sup> P. Del Vecchio, *Art. 30*, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli, *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2010, 269, che parla di «trasformazione surrettizia di un termine ontologicamente prescrizione [...] in un termine di decadenza».



## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

Dal punto di vista teleologico, prescrizione e decadenza svolgono la stessa funzione, che è quella di assicurare la certezza dei rapporti giuridici.

I maestri del diritto civile precisano che la prescrizione dipende dal fatto soggettivo dell'inerzia del soggetto attivo del rapporto, cioè pone fine a uno stato di incertezza, generato dal mancato esercizio del diritto per un certo tempo. L'esigenza di certezza va cioè intesa, con riferimento alla prescrizione, come opportunità che la situazione di diritto venga adeguata alla situazione di fatto, poiché, se un diritto non è fatto valere per un certo tempo da chi potrebbe farlo valere, si perde<sup>28</sup>. L'ordinamento presume che, decorso un certo lasso di tempo, il titolare del diritto non vi abbia più interesse e si forma nella generalità dei consociati la convinzione che il diritto non esista o sia stato abbandonato.

La decadenza, invece, si spiega in virtù del fatto che l'esercizio di un diritto deve essere limitato nel tempo, perché il sollecito esercizio di quel diritto è conveniente a un interesse superiore o individuale e, se non è esercitato, quando doveva essere esercitato, non lo si ha più, indipendentemente dalle ragioni soggettive che abbiano determinato l'inutile decorso del termine. In definitiva, la decadenza implica un onere per il soggetto di esercitare il suo diritto entro un tempo fissato dalla legge, quindi è solo genericamente, e comunque solo in via preventiva, collegata all'esigenza di certezza del diritto<sup>29</sup>.

Nel tentativo di non ridurre ai minimi termini la portata della distinzione, è stato proposto in dottrina un diverso criterio, quello dogmatico, secondo cui prescrizione e decadenza si differenzerebbero perché la prima incide su diritti soggettivi, attribuiti a coloro che hanno il potere di realizzarli, mentre la seconda su poteri giuridici<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Come sottolineato da G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in A. Scialoja e G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1961, 541 identico è il fenomeno che caratterizza tanto la prescrizione estintiva quanto quella acquisitiva, cioè il fatto «per cui il decorso del tempo, concorrendo determinati fattori, consolida definitivamente, tanto nell'una quanto nell'altra prescrizione, uno stato di fatto».

<sup>29</sup> F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1964, 121.

<sup>30</sup> S. Romano, voci *Decadenza e Poteri, potestà*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, risp. 46 e 172, secondo cui «la prescrizione determina l'estinzione di un diritto, la decadenza, non l'estinzione di un potere, ma l'impossibilità di esercitarlo in un singolo caso, nonostante che il potere medesimo rimanga in vita per tutti gli altri casi in cui ricorre. La ragione di tale differenza è evidente. La prescrizione colpisce non tutti i diritti, ma soltanto quelli di cui si può disporre. I poteri o le potestà [...] sono indisponibili, perché inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili e quindi imprescrittibili [...] il loro soggetto potrà non esercitarli, ma questo non esercizio, per quanto prolungato, non varrà ad estinguerli. Quando per il loro esercizio in questo o quel caso è prescritto un termine perentorio, la decorrenza di tale termine importa la decadenza, non già dal potere, ma dalla possibilità di esercitarlo li-

La dottrina civilistica più recente, alla luce della difficoltà di individuare un criterio discrezionale certo, tende oggi ad avvicinare i due istituti, ravvisando una sostanziale omogeneità tra la prescrizione e la decadenza e concludendo nel senso che la decadenza, più della prescrizione, assicura la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, alla luce del maggior rigore che informa la sua disciplina che è caratterizzata da termini brevi, di cui non è ammessa l'interruzione, né la sospensione, tranne che in casi eccezionali<sup>31</sup>.

Nel caso dell'azione prevista dall'art. 30, c. 3, c.p.a., il titolare è chiamato a chiedere il risarcimento del danno entro centoventi giorni. Un termine di decadenza, di sessanta giorni, è previsto anche per impugnare il provvedimento amministrativo. In quest'ultimo caso, però, il termine di decadenza si ricollega all'efficacia dell'atto lesivo, nel senso che la sua decorrenza estingue il potere di impugnare e, al contempo, produce il consolidarsi degli effetti dell'atto, ancorché illegittimo<sup>32</sup>. Il termine, detto altrimenti, è posto a garanzia dell'incontestabilità degli effetti dell'atto e quindi della certezza dei rapporti giuridici.

Nell'azione risarcitoria, invece, non si pone un problema di efficacia, ma di legittimità dell'atto, tanto che l'azione può essere proposta in via autonoma e il suo accoglimento non impedisce all'atto non impugnato, fonte del danno, di continuare a produrre i suoi effetti.

Quel termine decadenziale, che non si ricollega all'efficacia dell'atto lesivo, si potrebbe comunque giustificare, conformemente a quanto detto sopra, in ragione dell'esigenza superiore che l'amministrazione non rimanga nella perdurante incertezza di dover risarcire determinati danni collegati a provvedimenti non impugnati.

Ora, sebbene questa esigenza potrebbe trovare giustificazione nel caso in cui l'azione sia proposta in via autonoma<sup>33</sup>, più difficile appare la ricostruzione in chiave civilistica dell'azione, così come disciplinata dal c. 5.

mitatamente al caso»; pensiero poi sviluppato da A. Romano, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 190; e più recentemente da R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 721; Id., *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 45, svolge un'analisi della disciplina della prescrizione separata da quella della decadenza in quanto «la prima opera sul diritto soggettivo, mentre la seconda opera sui poteri giuridici».

<sup>31</sup> B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 886.

<sup>32</sup> A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 89; A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3 secondo cui «per il risarcimento dei danni non è in discussione l'efficacia dell'atto lesivo, è in discussione invece la sua legittimità».

<sup>33</sup> Sono contrari alla previsione di un termine di decadenza per l'azione di risarcimento danni da lesione di interesse legittimo F. Merusi, *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. dir. amm.*,

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

Al di là dell'adesione o meno al più recente orientamento civilistico, l'importanza del problema del termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a. viene spesso sminuita, affermando che termini decadenziali sono previsti anche per azioni risarcitorie connesse alla lesione di diritti soggettivi<sup>34</sup>. Per esempio un termine decadenziale è previsto per il risarcimento del danno conseguente all'invalidità delle delibere assembleari dall'art. 2379-ter c.c., nonché, in materia di licenziamento, dall'art. 6, l. n. 604 del 1996, per il danno rappresentato dalla mancata percezione degli emolumenti spettanti al lavoratore.

Termini decadenziali sono poi previsti in materia previdenziale e su questa particolare materia si tornerà, nel tentativo di evidenziare come il termine di decadenza possa rispondere a esigenze di ordine pubblico<sup>35</sup>.

*2.1. Il risarcimento del danno in caso di provvedimento illegittimo favorevole: risarcimento o indennizzo?*

Chiarito l'ambito di indagine, è possibile analizzare sinteticamente il contenuto della sentenza n. 94/2017, con l'obiettivo, come detto, di trarne considerazioni generali.

La Corte costituzionale ha ritenuto infondate le censure di costituzionalità sollevate. A suo avviso, infatti, il legislatore, lungi dal dovere trattare allo stesso modo il risarcimento del danno derivante da lesione di diritti soggettivi e il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, «gode di ampia discrezionalità nella disciplina degli istituti processuali, e quindi anche nella scelta di un termine decadenziale o prescrizione a seconda delle peculiari esigenze del procedimento», senza per ciò solo incorrere nella previsione incostituzionale di un trattamento di favore per la pubblica amministrazione.

Il vero problema che pone la previsione di un termine decadenziale, tuttavia, riguarda l'effettività della tutela giurisdizionale; problema, questo, che la Corte risolve affermando che «ritenuta legittima, per le ragioni sopra

2010, 658; C.E. Gallo, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, 2010, 1013; A. Marra, *op. cit.*, 147.

<sup>34</sup> A. Marra, *cit.*, secondo cui il fatto che in altri settori dell'ordinamento esistano azioni assoggettate a termini di decadenza «non prova nulla se non che il termine decadenziale rappresenta uno strumento utilizzato dal legislatore ogniqualvolta si intenda porre rapidamente al riparo da possibili contestazioni l'interesse di una delle parti del rapporto la cui posizione è ritenuta socialmente prevalente».

<sup>35</sup> M.G. Fiorentino, *Funzione e regime della decadenza previdenziale. La decadenza dal diritto alla prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 263.

evidenziate, la scelta legislativa della decadenza, piuttosto che della prescrizione, la brevità della prima non può desumersi da una comparazione con i termini che generalmente caratterizzano la seconda», quasi a voler dire che la norma è formulata così e non potrebbe essere diversamente. Non specifica però in quali termini la decadenza di centoventi giorni possa ritenersi idonea a rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto.

La pronuncia, al di là del contenuto della decisione, diventa terreno per considerazioni di carattere più ampio.

Anche a voler superare la distinzione tra prescrizione e decadenza, essa resta attuale e non se ne può prescindere in casi, come quello oggetto della pronuncia della Corte, in cui il cittadino sia destinatario di un provvedimento a sé favorevole, poi annullato, in quanto illegittimo.

Il fatto non è irrilevante nella lettura che qui si propone. Una società di costruzioni aveva ottenuto da un Comune quattro permessi di costruire e iniziato a costruire. A lavori avviati, i permessi erano stati dichiarati illegittimi, in quanto privi del nulla osta richiesto dalla legge (art. 20, d.P.R. n. 380 del 2001), e i lavori erano stati interrotti. La società aveva quindi agito nei confronti del Comune chiedendo il risarcimento dei danni subiti.

Di fronte all'annullamento del provvedimento illegittimo favorevole, è controversa la situazione giuridica soggettiva lesa. Rileva il fatto che il provvedimento sia favorevole e, al contempo, illegittimo. Il privato potrebbe far valere la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento a sé favorevole, o, come accaduto nel caso che qui si esamina, chiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'accertata illegittimità dell'atto. Si tratta di scelte entrambe giuste in astratto, sostenute da autorevole dottrina e giurisprudenza.

Il paradosso di questa duplice scelta è però dato dalle conseguenze che ne derivano.

Nel primo caso, come pacificamente sostenuto in giurisprudenza, a partire dalle ordinanze delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 2011<sup>36</sup>, il giudice dotato di giurisdizione, fuori dai casi di giurisdizione esclusiva, è quello ordinario, trattandosi di diritto soggettivo<sup>37</sup>.

Nel secondo caso, l'azione va promossa davanti al giudice amministrativo. La conseguenza è che, a seconda del giudice adito, ma soprattutto a seconda della posizione che decide di far valere, il privato ha a disposizione

<sup>36</sup> Cass., sez. un., ordd. 23 marzo 2011, n. 6594, 6595, 6596, cit.; Cass., sez. un. 3 maggio 2013, n. 10305, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 1838; Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162, in *Riv. giur. edilizia.*, 2015, 201; Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547; Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19171, in *Ridare.it*.

<sup>37</sup> Come noto, la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo rileva anche nelle materie di giurisdizione esclusiva.

## L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

un termine di decadenza di centoventi giorni o un termine di prescrizione di cinque anni (o addirittura di dieci anni, ove si inquadri quella responsabilità nella categoria della responsabilità precontrattuale, secondo la giurisprudenza più recente di natura contrattuale)<sup>38</sup>, può ottenere il risarcimento dell'intero danno o il risarcimento dei soli danni che non si sarebbero potuti evitare utilizzando l'ordinario diligenza<sup>39</sup>.

Non interessa, ai fini della presente trattazione, il dibattito tradizionale che si concentra sulla questione della giurisdizione<sup>40</sup>, ma rileva, piuttosto l'individuazione del fatto, fonte del danno ingiusto. L'art. 30, c. 3, infatti, fa decorrere il termine di decadenza dal giorno in cui il fatto si è verificato.

Le strade in astratto percorribili sono tre. Può dirsi che il fatto causativo del danno è l'adozione del provvedimento favorevole illegittimo; può dirsi che il fatto coincide con la sospensione dei lavori (conseguente all'annullamento del provvedimento favorevole); può infine avanzarsi la tesi secondo cui il fatto consiste e il termine decorre dal giorno in cui i lavori avrebbero potuto esseri ripresi<sup>41</sup>.

La prima ricostruzione pare difficilmente sostenibile, perché, se il provvedimento è favorevole, non può dirsi sussistente alcuna lesione attuale e concreta dell'interesse legittimo, che giustifichi il ricorso. L'interesse leso non è, invero, l'interesse all'adozione di un provvedimento legittimo, alla legittimità dell'azione amministrativa, ma l'interesse all'ottenimento di un provvedimento favorevole «in vista, (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita»<sup>42</sup>.

Se si ragiona in termini di danno ingiusto, quale unico presupposto del risarcimento, dovrebbe dirsi che il danno qui deriva più che dal provvedimento, che è favorevole, dal fatto in sé dell'annullamento giurisdizionale o d'ufficio del provvedimento illegittimo, cui segue la sospensione dei suoi

<sup>38</sup> Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro amm.*, 2016, 2100.

<sup>39</sup> S. Foà, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 589.

<sup>40</sup> *Ex multis*, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011, 7.

<sup>41</sup> Questa è la tesi sostenuta da F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2017, 980, secondo cui: «Il danno, essendo la conseguenza dell'impossibilità di costruire, si determina in relazione all'intero periodo di forzata sospensione dei lavori: in questo trova la sua causa; pertanto solo a conclusione di questo periodo si completa il fatto che consente di far decorrere il termine per chiederne il risarcimento. [...] Per cui il fatto illecito è, insieme, la illegittimità dei permessi e il successivo ritardo nella eliminazione di tale illegittimità. Tale "fatto" si esaurisce solo al momento in cui i lavori possono riprendere. Si tratta di illecito permanente».

<sup>42</sup> F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 313.

effetti. Guicciardi, pur sostenitore della tesi negativa, nella sua relazione al Convegno di Napoli del 1963, sull'ammissibilità del risarcimento del danno, anticipando il dibattito successivo, affermava che il problema della risarcibilità degli interessi legittimi «riguarda non già atti amministrativi illegittimi, ma atti amministrativi che per la loro illegittimità sono stati annullati»<sup>43</sup>.

Si vuole dire cioè che, fino a quando non intervenga il provvedimento giurisdizionale o in autotutela che disponga la rimozione del provvedimento, l'illegittimità è del tutto irrilevante dal punto di vista dell'interesse pretensivo del privato. Quell'interesse, infatti, «non si può identificare nella postulazione a che si provveda legittimamente dall'Amministrazione, ma si deve identificare nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse»<sup>44</sup> e, se il provvedimento è illegittimo, è comunque soddisfatto, anche se attraverso un modo di provvedere non legittimo, con la conseguenza che non si può configurare alcun danno ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Secondo questa ricostruzione, il privato, ottenuta la soddisfazione del suo interesse pretensivo, vanterebbe un interesse oppositivo al provvedimento giurisdizionale o di autotutela, interesse che non può essere soddisfatto se l'agire dell'amministrazione, che elimina il provvedimento favorevole, è lecito. Ma, così ragionando, non si potrebbe ravvisare nessuna ingiustizia, tale da fondare il risarcimento del danno.

O si accoglie la tesi della Cassazione, secondo cui in questi casi è lesa l'affidamento incolpevole del privato, ovvero occorre individuare la lesione nel cattivo uso del potere. Si potrebbe dire che questa lesione si concretizza al momento dell'adozione del provvedimento favorevole, ma si attualizza successivamente, quando quel provvedimento è eliminato.

Vengono in mente le parole di Romano che, subito dopo la svolta della Cassazione del 1999, continuava a predicare l'irrisarcibilità degli interessi legittimi, sull'assunto che poiché l'interesse legittimo è correlato ad un potere dell'amministrazione «può essere lesa solo da quel provvedimento che di questo potere costituisca esercizio ed espressione (...) non da comportamenti di fatto, i quali possono ledere solo posizioni di diritto soggettivo» e che il problema della risarcibilità degli interessi legittimi era un falso problema perché l'ordinamento «tende ora a proteggere come diritti soggettivi quegli interessi privati cui prima tendeva a dare la sola rilevanza di interessi

<sup>43</sup> E. Guicciardi, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema ... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 217.

<sup>44</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, cit.

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

legittimi»<sup>45</sup>. Seppure da quelle parole la giurisprudenza di strada ne abbia fatta, e, anche solo di fronte a un comportamento collegato all'esercizio di un potere, è pacifico che vi possa essere un interesse legittimo, in questo caso sembrerebbero potersi riutilizzare quelle parole e dire che quello della risarcibilità costituisce uno «sfalsamento di prospettiva».

L'annullamento costituisce un fatto lecito dell'amministrazione, a fronte del quale, in conformità ad altre ipotesi in cui l'ordinamento autorizza il fatto, ma non il danno<sup>46</sup>, invece che cercare di adattare gli schemi del risarcimento civilistico al diritto amministrativo, la strada in astratto percorribile potrebbe essere un'altra.

Non si è mai dubitato, infatti, che l'amministrazione possa essere chiamata a rispondere dei danni prodotti legittimamente<sup>47</sup>.

In tal caso, però, il ristoro non è rappresentato da un vero e proprio risarcimento, ma da un indennizzo. Fino a poco tempo fa, la distinzione tra indennizzo e risarcimento era appannata dalla tendenziale omogeneità funzionale dei due istituti, che si diceva perseguono la medesima finalità riparatoria o rimediabile, con la conseguenza, non infrequente, di assimilare figure indennitarie a forme di risarcimento (soprattutto nelle ipotesi di responsabilità oggettiva) e di commisurare il risarcimento con misure analoghe a quelle indennitarie<sup>48</sup>. Tale distinzione, tra risarcimento e indennizzo, torna ad essere attuale oggi, a fronte delle recenti affermazioni della Cassazione sulla "natura polifunzionale" del risarcimento del danno, che si proietta verso più aree, tra cui, oltre a quella riparatoria, quella sanzionatoria-punitiva<sup>49</sup>. Pertanto, alla

<sup>45</sup> A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1.

<sup>46</sup> Il riferimento è nel diritto civile agli artt. 843 c.c., 1661 c.c., 2222 c.c., e nel diritto amministrativo all' art. 21-*quinquies* l. 241/90.

<sup>47</sup> Sul tema dei danni prodotti da attività lecita della pubblica amministrazione si veda *ex multis*, A. M. Sandulli, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938; R. Alessi, voce *Responsabilità da atti legittimi*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1968, 626 ss.; R. Caranta, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1352; R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, Cedam, 1999; G. Manfredi, cit.; P. Troiano, *La c.d. responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Aa.Vv.*, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004, 177 ss.; G. Corso, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 187; G. Corso e G. Fares, *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2009, 125; E. Scotti, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, Jovene, 2012.

<sup>48</sup> G. Manfredi, cit., 120.

<sup>49</sup> Cass., sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, 2613.

luce del *revirement* giurisprudenziale, quando il risarcimento ha una funzione sanzionatoria non ci sono dubbi che sia un risarcimento, viceversa, quando ha una funzione riparatoria- compensatoria, il termine “risarcimento” potrebbe ricomprendere, se inteso in senso lato, anche l’indennizzo.

Tale soluzione del risarcimento- indennizzo potrebbe spiegare il termine di decadenza e la limitazione del *quantum* risarcitorio, in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale e con quanto previsto dal codice.

La decadenza si giustificerebbe perché l’insorgere del danno deriva da un fatto del terzo. Il provvedimento infatti è *prima facie* favorevole per il privato, che non ha alcun interesse né sostanziale né processuale a impugnarlo. E, poiché non si perdono per prescrizione quei diritti la cui appartenenza al soggetto non dipende dalla volontà del medesimo, si spiegherebbe anche il fatto che, in questo caso, a differenza di quello in cui vengano in gioco diritti soggettivi, il legislatore abbia previsto un termine di decadenza.

Diverrebbe in tal modo comprensibile anche la limitazione del *quantum*, che più che ad un privilegio per la pubblica amministrazione, potrebbe essere ricondotta alla funzione equitativa e non riparatoria dell’indennizzo. Così, come la legge ha previsto in materia espropriativa che, quando l’amministrazione occupi un terreno ai sensi dell’art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327/2001, il privato possa ottenere un indennizzo e non un risarcimento, a maggior ragione alla stessa conclusione potrebbe pervenirsi quando l’amministrazione adotti un atto ampliativo della sfera giuridica del privato, poi dichiarato illegittimo.

Il comportamento dell’amministrazione che elimina un provvedimento illegittimo è sicuramente un fatto lecito e l’eventuale danno che ne derivi (danno che deriva dal fatto dell’eliminazione del provvedimento, non dal provvedimento in sé), ammesso che di danno si possa trattare<sup>50</sup>, darebbe spazio a un indennizzo impropriamente chiamato risarcimento<sup>51</sup>.

Non è l’unico caso in cui il legislatore usa impropriamente categorie civilistiche. Non si vuole per ciò solo parlare di frode delle etichette perché

<sup>50</sup> Cons. St., 13 aprile 2017, n. 1713, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), che afferma che: «è infondata per carenza del requisito dell’ingiustizia del danno, la domanda risarcitoria proposta dal proprietario di un immobile, il quale sia stato avvantaggiato dall’(erroneo) rilascio di una concessione edilizia e che in seguito abbia agito in giudizio per invocare il risarcimento del danno asseritamente patito a seguito del (corretto) annullamento *ex officio* del titolo edilizio».

<sup>51</sup> Si ribadisce che seppure la tesi prevalente sostenga che risarcimento e indennizzo costituiscono domande tra loro incompatibili, un orientamento minoritario sostiene che la domanda di risarcimento ricomprende quella da indennizzo, da cui differisce solo quantitativamente.



## **l'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

sarebbe eccessivo, ma, come affermato dalla dottrina, il legislatore del codice è spesso disattento a tale problema<sup>52</sup>.

Questa conclusione è ancor di più necessaria quando si consideri il modello di risarcimento “tradizionale”, quello in cui l'azione di risarcimento sia proposta contestualmente o subito dopo a quella di annullamento. Tradizionale, perché se anche il codice non pone scale di priorità tra le azioni esperibili e consente la proponibilità dell'azione risarcitoria in via autonoma, occorre fare i conti con ciò che non traspare dal testo scritto del codice e «si conserva in modo diffuso la convinzione della centralità di quest'ultima azione, per cui l'azione autonoma di risarcimento rischia di essere confinata ad ipotesi marginali, ai casi in cui l'annullamento non può essere utilmente chiesto»<sup>53</sup>.

L'azione di risarcimento, così congegnata, è quella che avevano in mente le Sezioni Unite del 1999, in un contesto in cui l'unica tecnica di tutela prevista per l'interesse legittimo era quella caducatoria e che il c.p.a. ha provato a sradicare, ma che sostanzialmente non è riuscito del tutto a eliminare, tanto che di fatto continua a parlarsi di pregiudizialità tra azione di annullamento e di risarcimento<sup>54</sup>.

Poiché l'azione di risarcimento autonoma e quella proposta contestualmente all'azione di annullamento presuppongono entrambe l'illegittimità del provvedimento e quindi sembrerebbero godere della stessa natura<sup>55</sup>, a fronte della recente sentenza della Corte costituzionale, occorre chiedersi se le conclusioni ivi rassegnate possano essere direttamente trasposte o se vi sia spazio per un'analogia questione di legittimità con riferimento al termine di decadenza previsto dal c. 5<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, 1252 con riferimento all'azione avverso il silenzio il codice prevede un termine di decadenza ma al contempo prevede la possibilità di riproporre l'istanza, più che di decadenza si tratterebbe di una presunzione legale assoluta avente ad oggetto la persistenza dell'interesse ad agire in giudizio per il rilascio del provvedimento richiesto nonostante il decorso di un notevole lasso di tempo dalla scadenza del termine.

<sup>53</sup> F. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 934

<sup>54</sup> M. Clarich, *Azione di annullamento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>55</sup> Il fatto che l'art. 30 escluda che alla condanna risarcitoria sia pregiudiziale una pronuncia di annullamento, non toglie che per aversi condanna occorre un accertamento dell'illegittimità, dell'esistenza del danno e del rapporto di causalità tra illegittimità e danno, in tal senso L. Mazarroli, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., 554.

<sup>56</sup> G. Iudica, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, in *Riv. giur. ed.*,

Le due azioni di risarcimento vanno lette infatti in un'ottica unitaria, perché questa è quella fatta propria dal legislatore del 2010, che ha confermato l'annullamento del provvedimento quale forma di risarcimento in forma specifica e che quindi, nell'eliminare la pregiudiziale amministrativa, non ha voluto prescindere dall'illegittimità del provvedimento da cui deriva il risarcimento, quando anche l'azione sia proposta in via autonoma.

In questo caso, si sovrappongono termini di decadenza brevi, quello per l'impugnazione del provvedimento, di sessanta giorni, e quello per la richiesta di risarcimento danni, di centoventi giorni, termine, quest'ultimo, che coincide con quello per la proposizione dell'azione di annullamento nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il fatto che il provvedimento sia dichiarato illegittimo e eliminato dall'ordinamento giuridico, crea certezza e stabilità nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Se quel provvedimento ha creato un danno al privato e questi non fa valere il suo diritto al risarcimento per un dato tempo, l'ordinamento imporrebbe di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto. Posta la questione in questi termini, tenuto conto di quanto affermato sopra e considerata la lunga durata del termine, sembrerebbe potersi concludere che quel termine, anche se chiamato decadenza, sia in realtà una prescrizione<sup>57</sup>.

Era questa la ricostruzione proposta dal TAR Sicilia nel 2011, che nel sollevare, come già si è detto, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 5, c.p.a., ha tentato di trasporre lo schema civilistico delineato dall'art. 1495 c.c. in tema di vendita, che prevede accanto alla decadenza un termine di prescrizione.

Si diceva cioè che, posto il termine di decadenza per impugnare il provvedimento illegittimo, si sarebbe dovuto prevedere un termine di prescrizione, anche breve, per l'azione di risarcimento dei danni, che da quel provvedimento illegittimo derivano.

La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Consulta, che non

2016, 3, che prima che venisse dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale affermava che «se venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, c. 3, ciò varrebbe a fortiori per la proposizione dell'azione risarcitoria dopo la formazione del giudicato di annullamento: in tale ipotesi infatti, il giudice amministrativo ha stabilizzato un diverso assetto d'interessi e la domanda risarcitoria è volta esclusivamente alla reintegrazione patrimoniale senza che il giudice debba accertare l'illegittimità provvedimentoale. Ci sembra altresì che la questione dell'illegittimità costituzionale consequenziale potrebbe essere ulteriormente estesa al termine di decadenza di centoventi giorni previsto per l'azione risarcitoria per ritardo dall'art. 30, c. 4, decorrente dall'adozione del provvedimento o dal verificarsi di cause estintive dell'obbligo di provvedere».

<sup>57</sup> F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione*, cit.

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

ha svolto considerazioni in merito a tale ricostruzione, ma la dottrina si è espressa in maniera negativa<sup>58</sup>, sul presupposto che la decadenza prevista dall'art. 30 c.p.a. mira a tutelare interessi solo generali e non anche individuali<sup>59</sup>.

Così delineate le criticità della qualificazione del termine quale decadenza o prescrizione, l'unica conclusione, peraltro non soddisfacente, a cui può giungersi, è che, per riportare a sistema la responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione, occorre superare le categorie civilistiche, rassegnandosi all'idea di una decadenza- prescrizione e di un indennizzo impropriamente chiamato risarcimento.

Si può cioè parlare di "risarcimento del danno" in senso lato, con la consapevolezza che ci sono dei casi in cui il risarcimento è più un indennizzo, e che la previsione di un termine di decadenza, lungi dall'essere incompatibile con la categoria, talvolta cela una prescrizione.

È un problema di prospettiva: se si guarda alla sola posizione del privato, non possiamo che parlare di risarcimento; se si guarda al comportamento lecito o illecito dell'amministrazione che incide sulla posizione del privato, a volte sarebbe più corretto inquadrare il problema in termini di indennizzo. A questo risultato si perviene solo tenendo conto, che quando parte è una pubblica amministrazione, il giudizio di illegittimità non sempre coincide con quello di ingiustizia e illiceità<sup>60</sup>.

Il giudizio di illegittimità guarda all'atto e, come già detto, non sempre coincide con una lesione dell'«interesse giuridicamente rilevante del privato».

Il giudizio di ingiustizia guarda all'interesse del privato e soprattutto al potere della pubblica amministrazione di incidere sullo stesso e non si esaurisce nella valutazione della legittimità o della illegittimità del provvedimento. Vi sono dei casi, infatti, in cui, alla lesione in concreto del privato fa da contraltare un potere dell'amministrazione di togliere quel che ha tolto (nel caso di interesse legittimo oppositivo) o di negare quel che ha negato (nel caso di interesse legittimo pretensivo).

Il ragionamento, fino ad ora effettuato, meglio si comprende se si tiene

<sup>58</sup> Sulla non risolutività di tale soluzione, si v. F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, cit.

<sup>59</sup> P. Greco e G. Cottino, *Della vendita: art. 1470-1547*, in A. Scialoja e G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1981 secondo cui i due termini previsti dall'art. 1495 cod. civ. rispondono a due esigenze del venditore e precisamente il primo, di decadenza, mira ad evitare le maggiori difficoltà che incontrerebbe col decorso del tempo nell'accertamento della causa dei vizi e il secondo, di prescrizione, ad evitare il prolungarsi di un'incertezza sulle sorti del contratto e, in particolare, sulle sue obbligazioni e responsabilità.

<sup>60</sup> M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, Utet, 2011, 549.

a mente la distinzione, in altri ambiti superata<sup>61</sup>, ma ai fini della presente indagine utile, tra regole di validità e regole di comportamento. La violazione delle prime è causa di nullità, la violazione delle seconde è fonte di responsabilità, tranne in quei casi in cui le legge espressamente eleva le regole di comportamento a regole di validità. È vero che nel diritto amministrativo le regole sull'azione amministrativa sono in genere anche regole di comportamento e non solo di validità<sup>62</sup>. Quello che rileva, ai nostri fini, è però la regola opposta. Non tutte le regole di comportamento sono regole di validità, nel senso che la violazione delle prime non necessariamente comporta la violazione delle seconde, quindi non sempre c'è una correlazione tra illegittimità e illiceità. A maggior ragione, quando non c'è nemmeno una violazione delle regole di comportamento, perché l'amministrazione del tutto lecitamente elimina un provvedimento illegittimo, quel fatto non può essere fonte di responsabilità.

Anche utilizzando la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità viene confortata l'idea che spesso quello che impropriamente viene chiamato risarcimento sia in realtà un indennizzo, con le conseguenze che ne derivano, *in primis* quella della compatibilità di un termine decadenziale e non prescrizione.

In conclusione, quello che per alcuni continua ad essere un adattamento del diritto civile della responsabilità, meglio si comprende se si opta per la tesi della «forzatura di impronta pubblicistica». Se anche si tratta di una forzatura, che la Corte continua per varie ragioni a legittimare, il problema si sposta sull'effettività della tutela.

## *2.2. L'azione di risarcimento alla luce del principio, anche comunitario, di effettività della tutela giurisdizionale*

Anche superando le criticità della previsione di un termine di decadenza, la norma sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi si trova a fare i conti con l'art. 24, primo comma, Cost. e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In più occasioni la giurisprudenza costituzionale ha affermato che per valutare la congruità di un termine, occorre guardare, da un lato, al termine nella sua durata e, dall'altro, alla sua decorrenza. Per quanto concerne il

<sup>61</sup> Nel diritto civile, la distinzione è stata ripresa da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 784, sulla responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione dei suoi doveri informativi.

<sup>62</sup> A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3.

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

primo parametro, il termine non deve essere troppo ristretto da escludere o rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di agire in giudizio<sup>63</sup>. Si tratta di una verifica da effettuare in concreto, valutando tanto l'interesse del soggetto che ha l'onere di compiere un certo atto per salvaguardare i propri diritti, quanto la funzione cui il termine è concretamente preposto<sup>64</sup>.

La Corte, come rilevato, ha ritenuto non fondata la questione in relazione al principio di effettività, lo stesso ha fatto in altre occasioni, mostrandosi rispettosa delle scelte discrezionali del legislatore<sup>65</sup>.

Due però sono i problemi che si pongono: il primo è quello della compatibilità con il diritto comunitario; il secondo, quello di rilevare la funzione sottesa al termine di decadenza.

Quanto al secondo problema, lo si affronterà nell'ultimo paragrafo, nel tentativo di trarre il filo del discorso fino ad ora svolto.

Quanto al primo aspetto, il punto da cui partire è l'ordinanza di rimessione del TAR Piemonte, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE e agli artt. 6 e 13 CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

La Corte ha ritenuto infondate le questioni, sull'assunto che spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi, compresi quelli per risarcimento danni, alla sola condizione che tali modalità non violino i principi di equivalenza ed effettività e, cioè, rispettivamente, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

La questione, tuttavia, sembra essere stata mal posta. A partire dalle note sentenze del 2007, le norme della CEDU non sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno e, nel caso di contrasto con una norma interna, il giudice comune, dopo aver tentato un'interpretazione conforme, deve proporre questione di legittimità costituzionale dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alle norme CEDU, che integrano come norme interposte

<sup>63</sup> Si v. sul punto C. cost., 16 gennaio 1970, n. 10 e C. cost., 9 luglio 1974, n. 234.

<sup>64</sup> F. G. Scoca, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, cit.; A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 132.

<sup>65</sup> C. cost., 20 dicembre 2000, n. 559, sul termine di dieci giorni per fare opposizione a decreto ingiuntivo; C. cost., 9 novembre 2000, n. 485, sul termine di dieci giorni per l'opposizione al decreto prefettizio di espulsione; C. cost., 31 maggio 2000, n. 161, sul termine di sette giorni per ricorrere avverso il provvedimento di espulsione emesso nei confronti di uno straniero.

quelle costituzionali<sup>66</sup>. Le norme della Carta dei diritti fondamentali, invece, sono direttamente applicabili, soprattutto dopo che il trattato di Lisbona ne ha disposto la comunitarizzazione<sup>67</sup>.

La Corte Costituzionale, ha poi ritenuto poi che il richiamo, effettuato dall'ordinanza di rimessione, alla sentenza CGUE 26 novembre 2015, *Med Eval*<sup>68</sup>, non sia pertinente. Questa sentenza fa riferimento al diritto austriaco che, in materia di appalti pubblici, subordina la proposizione del ricorso per ottenere il risarcimento dei danni all'accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto e, nel farlo, prevede un termine di decadenza che decorre dalla data di aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dalla conoscenza da parte del ricorrente di tale illegittimità. In quest'ultima parte, non nella parte in cui prevede un termine di decadenza, la normativa austriaca è censurata, in quanto «può rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di proporre un'azione per risarcimento danni»<sup>69</sup>.

In quest'ottica, l'art. 30 c.p.a. non appare censurabile, in quanto espressamente prevede che il termine decorre dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (c. 3), ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza che annulli il provvedimento, quando il danno derivi da quello e l'azione di risarcimento segua quella di annullamento (c. 5).

Rimane comunque il fatto che l'art. 47 Carta di Nizza sancisce chiaramente il principio di effettività della tutela.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale di maggio 2017, il ricorrente che non ha ricevuto tutela davanti al giudice nazionale, potrebbe adire direttamente la Corte di Giustizia per violazione dell'art. 47 Carta di Nizza, nella parte in cui la disciplina italiana in tema di risarcimento degli interessi legittimi, non ne consente un'adeguata tutela. Ove la Corte di Giustizia dovesse ravvisare una violazione del citato art. 47, questo comporterebbe una disapplicazione della disciplina italiana contraria.

La CGUE, in più occasioni, ha ritenuto che i termini sono ragionevoli, quando non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento sovranazionale<sup>70</sup>. La

<sup>66</sup> C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

<sup>67</sup> L'art. 6, par. 1, Trattato di Lisbona dispone: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

<sup>68</sup> CGUE, 26 novembre 2015, n. 166, C-166/14, *Med Eval*.

<sup>69</sup> punto 42, CGUE, 26 novembre 2015, n. 166, C-166/14, *Med Eval*.

<sup>70</sup> CGUE 28 luglio 2016, n. 332, C-332/15, *Astone*; CGUE 29 ottobre 2009, n. 63, C-63/08, *Pontin*; CGUE 16 luglio 2009, n. 69, C-69/08, *Visciani*.

## **l'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

Corte ha tuttavia anche affermato che la verifica in concreto del rispetto del principio di effettività spetta al giudice del rinvio. Nell'effettuare tale verifica, il giudice deve tener conto del termine, di decadenza o prescrizione, in funzione della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione.

Se quindi venisse sollevata questione di pregiudizialità dell'art. 30 c.p.a. e la Corte di giustizia dovesse ritenere che l'ordinamento sovranazionale non osta alla previsione di un termine di decadenza, purchè siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, spetterebbe comunque al giudice nazionale valutare quest'aspetto.

A fronte della recente sentenza della Corte costituzionale, è facile intuire quale potrebbe essere la risposta.

### **3. Il dubbio di un nuovo diritto finanziariamente condizionato**

Rimane da ultimo il problema della funzione del termine di decadenza.

A tale proposito, occorre esaminare quella parte della sentenza n. 94/2017, in cui la Corte ha affermato che la previsione di un termine di decadenza breve, che di fatto compromette il diritto del danneggiato di agire per il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione, sarebbe il frutto dell'esigenza di rango costituzionale «di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa».

La scelta del termine decadenziale – ad avviso della Corte – non può ritenersi del tutto irragionevole, ma «costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in significativi settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile)».

La previsione di un termine di decadenza, lungi dal rendere le azioni

di responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione «praticamente impossibili»<sup>71</sup>, sembrerebbe allora essere, nella visione della Consulta, un'adeguata risposta agli interessi pubblici e privati che devono essere presi in considerazione.

La conclusione, peraltro, giustifica il dubbio che il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo sia un diritto finanziariamente condizionato. Questa ricostruzione, infatti, che risponde a un interesse superiore di politica del diritto, ma che è estranea a una rigida definizione delle categorie giuridiche civilistiche, legittimerebbe il termine di decadenza previsto dall'art. 30, c. 3, c.p.a.<sup>72</sup>, che avrebbe la funzione di limitare i risarcimenti dei danni e quindi gli esborsi da parte dello Stato.

La Consulta prima si riferisce al consolidamento dei bilanci pubblici, poi sposta l'attenzione sulla certezza del rapporto giuridico amministrativo: la previsione di un così breve termine di decadenza è però sicuramente più consona alla prima, che non alla seconda esigenza. Anche se, come detto, occorre superare la rigida distinzione tra prescrizione e decadenza, perché gli stessi civilisti lo fanno, non è mancato in dottrina chi ha smiuito il problema. A chi rivedendo la sua posizione iniziale, ha affermato

<sup>71</sup> Le parole sono di F. Merusi, *In viaggio con Laband*, cit.

<sup>72</sup> G. Gargano, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1105: «lo scopo ultimo della giurisprudenza amministrativa che traspare con la interpretazione offerta dell'articolo 30 del codice del processo amministrativo sia unicamente quello di tutela della finanza pubblica senza preoccuparsi di equilibrare tale esigenza con un principio di effettività della tutela del cittadino e ciò nel rispetto dell'obiettivo di cui all'articolo 113 della Costituzione. In tale prospettiva di indagine si finisce per spostare l'attenzione unicamente sulla condotta del danneggiato tralasciando l'analisi su quale debba essere il "giusto" comportamento a cui è tenuta anche la pubblica amministrazione»; A. Marra, *op. cit.*, 256, afferma che «il termine di decadenza sembra acquisire unicamente una funzione di privilegio processuale per l'amministrazione, magari a garanzia dell'interesse alla salvaguardia delle finanze pubbliche. Interesse che, beninteso, potrà pure essere ritenuto meritevole della più ampia protezione possibile sul piano della politica del diritto, ma rispetto al quale la previsione di un termine decadenziale per la proposizione dell'azione resta comunque insostenibile dal punto di vista della teoria giuridica»; F.P. Luiso, in *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 52, secondo cui «la verità è che la dottrina sopra indicata coglie, ma non approva, la vera portata rivoluzionaria della sentenza 500/1999: e, cioè, la possibilità, per chi è leso da un provvedimento illegittimo, di "tagliare i ponti" con la p.a., e di chiedere di essere liquidato con una somma di denaro. E pertanto quella stessa dottrina cerca in tutti i modi (reintroducendo la necessità del previo annullamento dell'atto lesivo; ipotizzando che a tale annullamento si giunga anche in sede di risarcimento del danno; o, come vedremo nel paragrafo successivo, minacciando il robusto taglio nella qualificazione del danno se non ha impugnato l'atto) di ripristinare lo status quo ante, e quindi di mantenere il precedente regime di sostanziale deresponsabilizzazione della p.a.».



## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

che «di una vera e propria rete di contenimento non c'è più bisogno»<sup>73</sup>, si è affiancato chi ha sostenuto sia che un termine più lungo di centoventi giorni non potrebbe nuocere al consolidamento dei bilanci pubblici, sia che il termine breve non è un fattore rilevante nella tutela dei bilanci, arrivando tuttavia alla conclusione che «l'intera materia della responsabilità civile dell'amministrazione avrebbe bisogno di interventi legislativi che la semplifichino (...) e la riordini, superando (è solo uno dei molti profili) le differenze tra azione esperita in via autonoma e azione esperita congiuntamente con altre»<sup>74</sup>.

Non è la prima volta che la Corte costituzionale si trova a fare i conti con termini di decadenza e con le finanze dello Stato. Il riferimento è ad alcune sentenze degli anni Ottanta della Corte costituzionale in materia pensionistica<sup>75</sup>. La Corte in quelle occasioni, facendo propria la distinzione tra atti amministrativi e atti autoritativi<sup>76</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che assoggettavano a termine di decadenza, e non di prescrizione, il ricorso avverso un atto ritenuto paritetico. Al contrario, la Consulta ha sostenuto che vi sono esigenze che legittimano la previsione di un breve termine di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti autoritativi, e, in altra occasione, che ogni diritto, anche costituzionalmente garantito, può essere sottoposto a limitazioni, «sempre che tali limitazioni siano compatibili con la funzione del diritto di cui si tratta e non si traducano nell'esclusione dell'effettiva possibilità dell'esercizio di esso»<sup>77</sup>.

A questo deve aggiungersi che, secondo la giurisprudenza costi-

<sup>73</sup> F. D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, cit.

<sup>74</sup> F. G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, cit.

<sup>75</sup> C. cost., 14 gennaio 1976, n. 8; C. cost., 19 giugno 1980, n. 97.

<sup>76</sup> Distinzione operata a far data da Cons. St., 1 dicembre 1939, n. 795, in G. Pasquini e A. Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001 che propone la distinzione tra atti paritetici ed atti autoritativi per superare, con riferimento alle controversie inerenti il pubblico impiego e riguardanti diritti soggettivi di carattere patrimoniale, l'applicabilità del termine di decadenza per proporre ricorso davanti al giudice amministrativo. Le dichiarazioni dell'amministrazione, dice il Consiglio di Stato, sono di due specie, quelle con carattere autoritativo aventi presunzione di validità e forza esecutiva e quelle equiparabili alle dichiarazioni unilaterali di parte in un rapporto tra privati, che «non hanno alcun effetto giuridico proprio maggiore o diverso dal semplice fatto: così il dichiarare di non voler soddisfare un debito non ha effetto diverso dal fatto di non pagarlo». Per questi atti, definiti paritetici non deve rispettarsi il termine di decadenza per proporre l'azione dinanzi al giudice amministrativo, bensì quello più lungo di prescrizione.

<sup>77</sup> C. cost., 15 luglio 1985, n. 203.

tuzionale, il principio dell'integrale risarcibilità di tutti i danni non ha copertura costituzionale<sup>78</sup>. Questo principio è fatto proprio dalla Cassazione civile in materia di diritti soggettivi<sup>79</sup>. Non ci sarebbero quindi problemi di ordine sistematico nel dire che, oltre ad essere finanziariamente condizionato, l'interesse legittimo non deve necessariamente essere integralmente risarcito.

Volendo tirare le fila del discorso, l'art. 30 dice una cosa chiara: che gli interessi legittimi sono risarcibili e, ai nostri fini, che l'azione deve essere proposta entro un termine di decadenza.

Si è provato a dimostrare che, anche superando le distinzioni, anche dicendo che se sono risarcibili sono diritti soggettivi o, viceversa, che se sono interessi legittimi sono irrisarcibili, o dicendo che se il legislatore ha previsto una decadenza, è come se avesse previsto una prescrizione, non si risolve il problema. Qualcosa è cambiato.

Quello che è cambiato è il rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Si risarcisce il danno non tanto perché è definitivamente superato il brocardo «the King can do no wrong» e l'amministrazione può sbagliare, ma perché il privato può dire all'amministrazione «hai sbagliato»<sup>80</sup>.

Il rapporto tra privato e pubblica amministrazione diventa al contempo un rapporto paritario e conflittuale e, in questo conflitto di interessi, non sempre l'interesse dell'uno è destinato a prevalere, o viceversa a soccombere, in senso assoluto. Il più delle volte, soprattutto nel caso in cui il privato vanta un interesse pretensivo, il suo interesse è destinato a soccombere ed è solo parzialmente soddisfatto dal risarcimento del danno. Il risarcimento del danno è invece un di più quando venga leso un interesse oppositivo. Mentre nel primo caso il privato non ha ancora ricevuto quello che voleva e il risarcimento del danno è l'unica cosa che può ottenere, nel secondo caso, oltre a ottenere la soddisfazione del suo interesse, ottiene anche un ristoro economico.

<sup>78</sup> C. cost. 6 maggio 1985, n. 132; C. cost. 2 novembre 1996, n. 369; C. cost. 30 aprile 1999, n. 148.

<sup>79</sup> Da ultimo Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, 3513 sul c.d. danno tanatologico, che rileva che «il principio dell'integrale risarcibilità di tutti i danni non ha copertura costituzionale ed è quindi compatibile con l'esclusione del credito risarcitorio conseguente alla stessa struttura della responsabilità civile dalla quale deriva che il danno risarcibile non può che consistere che in una perdita che richiede l'esistenza di un soggetto che tale perdita subisce».

<sup>80</sup> F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., già poneva al centro del problema del risarcimento per lesione di interessi legittimi, la questione «del modo di intendere il rapporto tra amministrazione e cittadini, e cioè alla fin fine l'essenza stessa di una amministrazione democratica».

## **L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi**

Questa distinzione tra interesse legittimo pretensivo e oppositivo, è vero superata, ma comunque non eliminata, supporta la tesi del diritto al risarcimento del danno quale diritto finanziariamente condizionato. In entrambi i casi, infatti, la scelta della risoluzione del conflitto è comunque lasciata all'amministrazione, che o soddisfa l'interesse pretensivo del privato e se non lo soddisfa sa di aver poco da perderci, o non soddisfa l'interesse oppositivo e sa qual è il rischio che corre.

In conclusione è come se il "nucleo duro" del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo fosse nelle mani dell'amministrazione, unica vero giudice della gestione delle casse dello Stato.

Resta un dubbio però: quello di quale possa essere la ragionevolezza di una tale scelta nel rapporto amministrazione- interesse legittimo del privato e non nel rapporto amministrazione- diritto soggettivo del privato.

Anche perché se si pensa alla disciplina del diritto del lavoro, e lì di diritto soggettivo si tratta, si potrebbero fare alcune considerazioni simili a quelle che si sono fatte con riferimento all'interesse legittimo<sup>81</sup>.

Non è questa la sede per entrare nel merito di quello che è un altro problema, ma, da queste brevi considerazioni, sembrerebbe doversi concludere che non solo non è più vero che se sono interessi legittimi sono irrisarcibili, ma non è neanche più vero che se sono diritti soggettivi sono risarcibili.

### *Abstract*

*The article deals with the action of compensation for damages deriving from the violation of legitimate interests. The analysis starts from the judgement of the Italian Constitutional Court 4th May 2017, n. 94, which recognized that article 30, c. 3, of the Codice del processo amministrativo is consistent with the Italian Constitution. After some preliminary considerations on prescription and limitation in civil law, the article argues that civil categories should be overcome. Indeed, in some cases it is more appropriate to consider the compensation as an indemnification as, for example, when a private claims damages for a public measure that is unfavourable towards him but legitimate. Furthermore, when the action to obtain compensation for damages is proposed after the one for annulment of the*

<sup>81</sup> Non è questa la sede per entrare nel merito della questione, ma anche il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo è in senso lato un diritto finanziariamente condizionato, che, infatti, varia, oltre che in base al tipo di licenziamento, in base alla dimensione dell'impresa e al settore pubblico o privato in cui l'impresa opera.

*public measure, the limitation appears to be a prescription. Following the problems regarding the effectiveness of the measure, even in the European context, the article ends raising doubts that the right of compensation should be influenced by financial restrictions. The Constitutional Court indeed stated that the reason for a limitation period is to consolidate national budgets.*

## COMMENTI

CONSIGLIO DI STATO, sez.V, sentenza 31 gennaio 2018, n. 655 – Pres. Caringella – Est. Lotti.

*Gli atti di indizione della gara per selezionare il nuovo socio privato in una società a partecipazione mista pubblico-privata non sono soggetti all'onere di motivazione analitica di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016, che, invero, va riferito unicamente alla decisione di costituire una nuova società pubblica ovvero di acquisire una partecipazione societaria in una società pubblica già costituita.*

*Il bando e gli atti ad esso allegati, in realtà, devono soddisfare altri oneri motivazionali descritti dall'art. 17, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, ovvero la specificazione dell'oggetto dell'affidamento, dei necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti e del criterio di aggiudicazione idoneo a garantire una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per la pubblica amministrazione.*

SALVATORE SORRENTINO

### LA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DELLA DECISIONE DI GESTIRE I SERVIZI PUBBLICI LOCALI MEDIANTE LA SOCIETÀ MISTA

SOMMARIO: 1. La vicenda esaminata dalla sentenza. – 2. Le società miste nel precedente quadro di riferimento: interventi normativi e giurisprudenziali. – 3. La società mista come forma di gestione dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo Testo unico. – 4. La fase dell'affidamento dei servizi pubblici locali: la selezione del socio operativo della società mista. – 5. La gestione dei servizi pubblici locali mediante società miste: la procedimentalizzazione dei processi decisionali.

#### **1. La vicenda esaminata dalla sentenza**

La sentenza in commento prende in esame una procedura di gara c.d. “a doppio oggetto”, che prevede la selezione del socio privato di una società

a partecipazione mista pubblica e privata e, contestualmente, l'aggiudicazione a questa di taluni servizi pubblici<sup>1</sup>.

In altri termini, i giudici si ritrovano ad analizzare una delle forme più diffuse di partenariato pubblico-privato, in cui il "pubblico" conserva un controllo stringente, senza rinunciare alla conduzione "privata" manageriale dell'erogazione dei servizi.

Come vedremo, la pronuncia diviene occasione per il Consiglio di Stato di fornire ampie e significative osservazioni in ordine alla c.d. procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante il su indicato modulo societario, anche alla luce del nuovo testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>2</sup>.

La controversia sorge a seguito dell'indizione di una procedura di gara, da parte di un'amministrazione comunale, per l'acquisizione delle quote del socio privato uscente di una società mista e per il contemporaneo affidamento dei servizi di igiene ambientale, di segnaletica stradale e di manutenzione delle aree verdi, nonché dei servizi cimiteriali e di verifica di impianti termici.

La scelta di tale modello comportava, per l'amministrazione, la rinuncia al ricorso al mercato, a danno degli altri operatori privati del settore.

In questa prospettiva, una società dichiarava di avere interesse all'annullamento dell'intera procedura selettiva, in quanto svolgeva i medesimi servizi per altre amministrazioni e, pertanto, avrebbe partecipato all'eventuale gara aperta in caso di esternalizzazione integrale dei servizi. Venivano avanzate diverse censure, tra le quali proprio la mancata motivazione in merito alla sottrazione dei su elencati servizi alle regole della libera concorrenza e del mercato in violazione dell'art. 5, d.lgs. 175/2016.

<sup>1</sup> Per una trattazione approfondita e chiara sulla gestione dei servizi pubblici locali mediante l'utilizzo delle società a partecipazione pubblica, alla luce dei recenti interventi legislativi ed indirizzi giurisprudenziali, si v. F. Capalbo, *Società a Partecipazione Pubblica e Servizi Pubblici Locali*, Napoli, Simone, 2017. L'opera ripropone come attuale la tematica dell'esercizio privato dei pubblici servizi, che, oggi, viene anche definita sussidiarietà orizzontale. In altri termini, viene affrontata la problematica riguardante il corretto inquadramento sistematico delle società di diritto privato, partecipate da enti pubblici ed impiegate quali forme di gestione e di erogazione di servizi pubblici locali, nell'ambito dello scontro ideologico tra le spinte liberiste di matrice europea e l'esigenza di intervento nell'economia da parte dei singoli Stati membri al fine di arginare l'attuale recessione economica.

<sup>2</sup> Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica è contenuto nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, entrato in vigore in data 23 settembre 2016. A seguito di talune problematiche evidenziate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 251/2016, il Governo è stato costretto ad attivarsi al fine di addivenire all'adozione di un decreto correttivo, ossia il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, entrato in vigore il 27 giugno 2017.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Invero, gli atti impugnati, ossia il bando di gara e la delibera di approvazione dello statuto sociale, dei patti parasociali e del contratto di servizio, si ponevano in funzione attuativa del precedente piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate, ai sensi dell'art. 1, c. 611 e 612, l. n. 190/2014 (normativa applicabile “*ratione temporis*”).

Tale piano – non oggetto di gravame – scorporava, dalla preesistente società mista, talune attività strumentali, mantenendo ferma la partecipazione societaria per lo svolgimento in concessione di alcuni servizi, poi specificati anche nel bando, in quanto forma, nel caso di specie, in grado di garantire le migliori condizioni di espletamento.

Il giudice di primo grado<sup>3</sup> rigettava integralmente il ricorso, evidenziando, tra l'altro, che l'obbligo di motivazione analitica di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016 era riferito agli atti adottati nella fase precedente – quella della decisione della forma di gestione dei servizi su indicati – i quali non erano oggetto di specifica impugnazione e, in ogni caso, erano stati adottati in data antecedente all'entrata in vigore del nuovo Testo unico.

Veniva, altresì, precisato che gli atti impugnati, relativi alla procedura competitiva per l'affidamento vero e proprio dei servizi, erano da considerarsi legittimi, in quanto strutturavano la gara in modo da soddisfare le due condizioni pretese dall'Adunanza plenaria n. 1/2008: 1) indizione di una gara che, con la scelta del socio privato, definiva anche l'affidamento del servizio pubblico; 2) previsione, sin dagli atti di gara, del rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, evitando che il socio privato divenisse “stabile”.

L'operatore privato impugnava la sentenza di primo grado, riproponendo sostanzialmente le medesime doglianze.

Con la pronuncia in commento<sup>4</sup>, il Consiglio di Stato rigetta l'appello e, nel confermare quanto statuito in primo grado, approfondisce la procedura amministrativa da seguire per la gestione dei servizi pubblici locali mediante il modello organizzativo della società mista.

In particolare, il Collegio di secondo grado precisa che la volontà deliberativa, che necessita della motivazione analitica imposta dall'art. 5, d.lgs. n. 175/2016, è unicamente quella con cui la pubblica amministrazione stabilisce la costituzione di una nuova società pubblica ovvero l'acquisto di partecipazioni societarie in una società pubblica già costituita.

Nello specifico, si tratta della fase della scelta discrezionale del modello di gestione dei servizi, operata “a monte” dal Comune.

<sup>3</sup> TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 30 marzo 2017, n. 152, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>4</sup> Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2018 n. 655, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Gli atti comunali impugnati, invece, sono estranei all'ambito di applicazione di detto articolo di legge, in quanto attengono alla fase procedimentale successiva, riferita prettamente alla gara, che prevede l'adempimento dei diversi obblighi motivazionali di cui all'art. 17, d.lgs. n. 175/2016, quali la precisazione dell'oggetto dell'affidamento, dei necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti e del criterio di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, a seguito di un'attenta disamina, conferma la legittimità dei provvedimenti censurati e dell'intera procedura competitiva, sottolineando che, in tale tipologia di gara, sussiste un legame stretto tra il socio privato "operativo" e l'attività oggetto di affidamento, dal momento che il primo deve fungere da guida tecnica, organizzativa e professionale della società mista, apportando tutte le competenze tecniche e scientifiche necessarie all'esercizio della seconda<sup>5</sup>.

## **2. Le società miste nel precedente quadro di riferimento: interventi normativi e giurisprudenziali**

La decisione in commento è di sensibile rilievo, laddove detta in maniera chiara la scansione temporale dei passaggi procedurali che devono caratterizzare la scelta dell'ente pubblico di adottare lo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali.

Invero, diventa difficile comprendere le ragioni sociali e giuridiche che hanno indotto il legislatore a proceduralizzare con puntualità il ricorso al modello societario, se non si dà almeno uno sguardo ai nodi di sistema che caratterizzano l'utilizzo della società mista in tale settore.

La gestione dei servizi pubblici locali mediante lo strumento della società a partecipazione pubblica, e, in particolare, quella a capitale misto pubblico e privato, subiva, infatti, oscillazioni nel corso dei decenni a causa delle diverse normative intervenute che tentavano di arginare i problemi generati dalla "coabitazione" di interessi privati e pubblici.

Detto modulo era terreno di scontro tra differenti visioni politiche della pubblica amministrazione: l'una vedeva nella "società di diritto privato"

<sup>5</sup> Per un'ampia descrizione delle differenze, tra il ricorso al mercato e la costituzione di società a partecipazione pubblica, nella gestione dei servizi pubblici locali, si v. G. Gianni, *Le società a partecipazione pubblica che producono servizi pubblici locali: un equilibrio instabile tra mercato e concorrenza* – relazione per il 62° convegno di Studi Amministrativi su "L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione", Varese, 22, 23 e 24 settembre 2016, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).



## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

la soluzione agli atavici problemi di efficienza e ipertrofia burocratica del pubblico, mentre l'altra riteneva detto modello un mezzo per allocare risorse pubbliche (posti di lavoro, denaro, diritti di esclusiva, ecc.) eludendo i vincoli costituzionali più restrittivi<sup>6</sup>.

Si innestava, peraltro, in tale contesa, anche l'ordinamento comunitario che imponeva la tutela della concorrenza nel mercato unico in tutte le fattispecie di erogazione di risorse pubbliche.

Tali spinte, ideologiche prima che giuridiche, premevano – giova puntualizzare – sul modello della società mista, ossia un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, con lo scopo istituzionale di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio<sup>7</sup>.

Giova, quindi, dare conto dei numerosi interventi del legislatore e della giurisprudenza, interna e comunitaria, che hanno riguardato le società miste, al fine di ricostruire il quadro di riferimento e meglio comprendere la *ratio* sottesa alla nuova disciplina spiegata nella pronuncia in commento.

Prima degli anni Novanta, il potere degli enti locali di gestire i servizi pubblici locali mediante il modello societario era al centro di intensi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza<sup>8</sup>.

Nonostante l'art. 137 della legge comunale e provinciale 20 marzo

<sup>6</sup> Si v., in particolare, le considerazioni espresse in merito all'utilizzo delle società miste come forma di gestione dei servizi pubblici locali nel contributo di T. Bonetti, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del Federalismo/Quaderni*, 2011.

<sup>7</sup> In riferimento alle forme di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionalizzato, considerazioni significative e chiarificatrici si riscontrano in Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> Nell'ambito dell'ordinamento italiano, le origini della società mista si rinvengono in fattispecie, tra loro, alquanto diverse. In alcuni casi, società miste sono state costituite *ad hoc* per lo svolgimento di determinati servizi pubblici locali, mentre, in altri, derivano dalla privatizzazione sostanziale degli enti pubblici. Negli anni Novanta, infatti, sia per ragioni di contenimento della spesa pubblica sia per liberalizzare i mercati, come prescritto dall'Unione Europea, è stata effettuata la privatizzazione di numerosi enti pubblici, economici e non economici. Tale operazione è iniziata con l'art. 15, d.l. 333/1992, che ha trasformato, per legge, ENEL, INA, ENI e IRI in società per azioni. La nuova normativa ha previsto anche un riordino delle partecipazioni statali e la possibilità, con delibera CIPE, di ulteriori trasformazioni degli enti pubblici in società di diritto privato. Successivamente, le privatizzazioni "calde", ossia sostanziali, hanno consentito la parziale (o in alcuni casi totale) dismissione delle azioni da parte dello Stato. In un primo momento, lo Stato si era riservato la c.d. *golden share*, ossia la posizione di socio con poteri speciali. A causa di contestazioni in ambito europeo, la *golden share* è stata sostituita, secondo le previsioni del d.l. 15 marzo 2012 n. 21, dalla c.d. *golden power*. In linea con quanto accaduto alle partecipazioni statali, anche per gli enti locali, si è proceduto alla privatizzazione già con la c.d. legge Bassanini *bis* n. 127/1997.

1865, n. 2248, All. A, consentisse l'acquisto di «azioni industriali»<sup>9</sup>, in concreto, tale potere veniva esercitato in casi limitati, in quanto, a partire dalla legge 29 maggio 1903, n. 103, e dal R.d. n. 2578/1925, «Testo Unico della legge sull'assunzione dei pubblici servizi da parte del Comune e delle Province», si riteneva che gli strumenti pubblicistici fossero più adatti alla gestione dei servizi locali.

Con il parere n. 373 del 6 marzo 1956, il Consiglio di Stato riconosceva agli enti locali, oltre ad una specifica capacità di diritto pubblico, una generica capacità di diritto privato, ma esprimeva perplessità sull'ipotesi di gestire servizi pubblici municipalizzati attraverso società commerciali in mano pubblica locale, in quanto si temeva che il ricorso alla figura della società partecipata potesse pregiudicare il rispetto della disciplina relativa alle forme di gestione del servizio ed ai relativi controlli.

In seguito, come anticipato, il depauperamento delle risorse pubbliche causato dalle varie crisi economiche, verificatesi a partire dagli anni Settanta, determinava il diffondersi – come anticipato – del modello societario a partecipazione pubblica locale e la giurisprudenza amministrativa, nel prendere atto di tale situazione di fatto, mutava indirizzo, ancorando saldamente la forma gestoria della società mista alla generale capacità di diritto privato degli enti locali<sup>10</sup>.

Passaggio fondamentale, per la diffusione di tale strumento, fu la l. n. 142/1990, che, proponendo il modello della società per azioni a capitale pubblico maggioritario, apriva le porte alla creazione di soggetti privati con risorse pubbliche, caratterizzate, altresì, da una conduzione manageriale privata<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Tale disposizione fu poi ripresa dalla normativa del T.U.L.C.P., n. 383/1934, artt. 87, 98 e 100 e poi dall'art 6 d.P.R. 421/1971 (ordinamento contabile degli enti locali).

<sup>10</sup> Tra le tante pronunce, si v. Cons. St., sez.V, 14 dicembre 1988, n. 818: «La capacità negoziale dei comuni, ivi compresa quella di costituire società per azioni a partecipazione comunale, ha carattere generale e non può essere esclusa... fermo restando l'obbligo di specificare le ragioni di pubblico interesse che inducono, da una parte, ad esercitare la predetta attività e, dall'altra, a ritenere a tal fine vantaggiosa l'istituzione di una società per azioni».

<sup>11</sup> In questa prospettiva, si ricorda anche la c.d. azienda speciale strumentale all'ente locale e dotata, al contempo, di distinta personalità giuridica. L'art. 23 l. n. 142/1990 ha definito l'azienda speciale come «ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale». Con il termine «strumentale» si intende che l'azienda costituisce «strumento» di gestione di un servizio pubblico. La personalità giuridica di diritto privato rende l'azienda un soggetto distinto dall'ente locale e sottoposto al codice civile. Infatti, agli enti locali è stato conferito il potere di scegliere se gestire i servizi pubblici mediante esternalizzazione ad operatori privati «quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale»; in economicità «per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio»; attraverso

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Dopo un decennio interveniva il c.d. Testo Unico degli Enti Locali<sup>12</sup>, che, nell'indicare le forme di gestione dei servizi pubblici locali, prevedeva espressamente anche l'affidamento diretto del servizio alle società miste.

Più precisamente, l'art. 113 del Testo unico concedeva ai Comuni ed alle Province il potere di adempiere alla gestione dei servizi pubblici mediante società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si rendeva opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti privati<sup>13</sup>.

In questo contesto normativo, la scelta di ricorrere alla società mista costituiva una decisione con un sensibile margine di discrezionalità, laddove – senza particolari vincoli – appariva sufficiente contemperare l'esigenza di una più agile struttura di tipo privatistico con il perseguimento dell'interesse pubblico.

In giurisprudenza, si sosteneva che la società mista poteva agire in assenza di un provvedimento di concessione in senso tecnico e la pubblica amministrazione era libera di affidare a tale figura societaria la gestione del servizio pubblico locale in via diretta<sup>14</sup>.

Il modello della società mista, invero, costituiva uno schema intermedio tra quello dell'esternalizzazione completa del servizio pubblico e quello della delegazione interorganica ad una società *in house*.

Gli organismi *in house*, infatti, anche se formalmente distinti dall'amministrazione pubblica, non avevano alcuna autonomia decisionale, in quanto costituivano solo un modulo organizzativo di cui l'amministrazione stessa si avvaleva per soddisfare proprie esigenze.

Più precisamente, tali società erano caratterizzate dalla “totale partecipazione pubblica”, dalla sussistenza di forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici e dall'obbligo statutario di svolgere in via prevalente la propria attività in favore degli enti partecipanti.

Con la normativa del 2001 veniva introdotto il principio generale secondo il quale l'aggiudicazione dei servizi di rilevanza industriale doveva avvenire in regime di concorrenza a soggetti in forma di società di capitali attraverso l'espletamento della gara pubblica<sup>15</sup>.

l'azienda speciale, «anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale» e infine attraverso società di capitali a prevalente partecipazione pubblica.

<sup>12</sup> D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), pubblicato in Gazzetta Ufficiale 28 settembre 2000 n. 227, S.O.

<sup>13</sup> La norma è poi stata abrogata dall'art. 12, c. 1, lett. a), d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

<sup>14</sup> In questo senso, si v. Cass. civ., 6 maggio 1995, n. 4991 (il caso di “Siena parcheggi”), in *Foro amm.*, 1996, 32 ss.

<sup>15</sup> Si v. l'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2002).

L'affidamento della gestione di un servizio pubblico locale, pur se non regolato dalle direttive in tema di appalti, era tuttavia sottoposto ai principi di concorrenza e confronto competitivo ricavabili dai Trattati europei. Restavano ancora percorribili, tuttavia, diverse ipotesi di affidamento senza gara, soprattutto per i servizi privi di rilevanza industriale.

Ad avviso della Commissione europea, però, non era compatibile con l'ordinamento comunitario, la possibilità, tra l'altro, di disporre l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società miste.

Proprio tale contrasto costringeva il legislatore italiano ad intervenire poco dopo, nel 2003, al fine di tacitare le problematiche evidenziate dalle istituzioni europee<sup>16</sup>.

Invero, la novella limitava l'utilizzo dello strumento societario da parte degli enti pubblici, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, alle cennate società *in-house*<sup>17</sup>.

La società *in-house* poteva assumere, in via diretta, sia la gestione delle reti e delle infrastrutture sia l'erogazione del servizio.

Diversamente, la società mista veniva posta in posizione recessiva, in quanto veniva ammessa unicamente all'attività di erogazione del servizio.

Al contempo, la giurisprudenza, pur riconoscendo la diffusione capillare e la natura multifunzionale di tale tipologia societaria, riteneva legittimo il suo impiego solamente a talune condizioni.

Più precisamente, la società mista, come forma di gestione, era considerata ammissibile nelle fattispecie in cui la stessa non costituiva semplicemente la beneficiaria di un affidamento diretto, ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controllava l'affidamento, disposto senza gara, al socio operativo. Oltretutto, l'attività svolta dalla medesima doveva essere indirizzata in modo prevalente ai soggetti controllori, la durata del rapporto doveva essere predeterminata e la selezione del concorrente doveva rapportarsi non solo alla solidità finanziaria, ma alla capacità di eseguire le prestazioni specifiche oggetto del servizio<sup>18</sup>.

L'Unione europea attivava nuovamente talune procedure di infrazione,

<sup>16</sup> Si tratta della legge 24 novembre 2003 n. 326 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003 n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici".

<sup>17</sup> Per un'analisi approfondita di tale disciplina si v. il contributo di G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

<sup>18</sup> In riferimento a tale orientamento giurisprudenziale, si segnalano Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007 n. 456 (parere); Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, 4603; Cons. St., sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

in quanto considerava la normativa nazionale ancora lesiva della tutela della concorrenza e dei parametri di Maastricht in termini di contenimento della spesa pubblica.

Inoltre, a causa della crisi economica, avanzava un approccio riduzionista rispetto al modello societario, stigmatizzato come fonte di incontrollato sperpero di risorse pubbliche.

In quest'ottica, veniva emanata la legge finanziaria per il 2008, informata integralmente alla tutela della concorrenza ed ad una drastica limitazione dell'utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche<sup>19</sup>.

Con l'intenzione di mettere un ulteriore freno al continuo proliferare di società a partecipazione pubblica, veniva emanato il "famoso" art. 23-bis d.l. n. 112/2008, che pure consentiva l'affidamento dei servizi a società miste nel rispetto, però, di talune condizioni legittimanti, di matrice pretoria<sup>20</sup>.

In particolare, l'affidamento alla società mista veniva qualificato modalità "ordinaria" di gestione dei servizi pubblici, a condizione che la scelta del socio fosse avvenuta mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica ed al socio fossero attribuiti specifici compiti operativi connessi alla gestione dei servizi.

L'articolo subiva una modifica nel 2009 che prevedeva l'aggiunta di un'altra condizione, ossia l'attribuzione al socio di una partecipazione non inferiore al 40%<sup>21</sup>.

La misura era da intendersi come un'ulteriore restrizione dei casi eccezionali di non esternalizzazione integrale del servizio e, di conseguenza, comportava l'espansione dell'ambito applicativo del principio generale comunitario della tutela della concorrenza.

Del resto, la società mista – nonostante la pubblica gara per la selezione del socio privato – veniva inquadrata, in dottrina, come una sorta di «esternalizzazione vigilata dall'interno»<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Questa ed altre osservazioni significative in M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253.

<sup>20</sup> In particolare, le finalità e i principi ispiratori di tale normativa sono la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale.

<sup>21</sup> Si v. l'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee".

<sup>22</sup> Ampie osservazioni, sul punto, si trovano in L. Alla, *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'articolo 15 del d. l.*

L'art. 23-*bis*, probabilmente una delle disposizioni più controverse in dottrina e giurisprudenza, diveniva oggetto di attenzione, in più occasioni, anche del Giudice delle Leggi con esiti contraddittori.

In particolare, la Corte costituzionale, in un primo momento, nella sentenza n. 325/2010, stabiliva la conformità della disciplina ai principi europei riferiti alla promozione di un mercato unico basato sulla concorrenza, e, in un secondo momento, con la sentenza n. 24/2011, riteneva ammissibile il quesito del referendum abrogativo tenutosi il 12 e 13 giugno 2011 che, successivamente, ne determinava l'abrogazione<sup>23</sup>.

Abrogato l'art. 23-*bis*, il legislatore approvava immediatamente l'art. 4, d.l. n. 138/2011, per evitare che l'incertezza normativa portasse ad una stasi negli affidamenti dei servizi pubblici, che, in ultima analisi, si sarebbe tradotta in gravi danni al cittadino.

Detto articolo, però, non faceva altro che replicare sostanzialmente le prescrizioni abrogate.

Quanto alla società mista, veniva previsto, infatti, nuovamente la necessità di una procedura di gara, avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio con partecipazione non inferiore al 40% e l'attribuzione di specifici compiti in relazione al servizio da gestire.

Si puntualizzava, altresì, che il bando di gara doveva assicurare l'esecuzione effettiva del servizio da parte del socio scelto e, qualora ciò venisse a mancare nel corso del rapporto, la stessa *lex specialis* doveva prevedere meccanismi di rinnovo della procedura di selezione.

Anche tale disciplina veniva censurata innanzi alla Corte costituzionale che, con sentenza n. 199/2012<sup>24</sup>, ne dichiarava l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 75 Cost. in ragione della riproposizione sostanziale della normativa abrogata dal referendum del 2011<sup>25</sup>.

135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

<sup>23</sup> Per un maggiore approfondimento si v. il contributo di A. Lucarelli, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it)

<sup>24</sup> Un ampio commento sulle conseguenze della pronuncia della Consulta si riscontra in T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus*, 2, 2012, 417 ss.

<sup>25</sup> La pronuncia del Giudice delle Leggi, sul punto, sottolinea che «un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica (...) al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'articolo 75 Cost. venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto».

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Nella pronuncia, il Giudice delle leggi metteva in evidenza la circostanza che, invero, il legislatore aveva violato la volontà dei cittadini, espressa nel referendum del 2011, riducendo, quasi del tutto, l'utilizzo delle società pubbliche o miste nella gestione dei servizi pubblici locali.

Più precisamente, la Corte costituzionale riteneva che le restrizioni nella scelta della forma organizzativa dei servizi, riscontrate nella nuova normativa, superavano le condizioni di tutela della concorrenza stabilite dalle leggi comunitarie e, pertanto, non potevano giustificarsi con un semplice richiamo alle stesse.

Infatti, la normativa europea consentiva finanche l'affidamento diretto del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacolasse, in diritto o in fatto, la speciale *mission* dell'ente pubblico.

Parte della dottrina poneva l'accento sulla strumentalizzazione dei principi di derivazione europea e della disciplina dei Trattati, operata nei su indicati interventi legislativi, al fine di coprire, mediante lo schermo della concorrenza, altre esigenze prettamente interne ricollegabili alla coesione sociale<sup>26</sup>.

In sostanza, si precisava che la soluzione italiana alla gestione dei servizi pubblici locali non trovava radice nella normativa europea, ma nella debolezza dell'apparato pubblico di fronte agli interessi privati, che, spesso, ponevano in posizione recessiva anche gli obblighi dettati dalla Carta costituzionale.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, il legislatore riempiva il vuoto normativo con la previsione dell'art. 34 del c.d. decreto Crescita *bis*, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012.

La norma prevedeva che l'affidamento di un servizio pubblico e, in particolare, anche la forma di gestione di tipo societario (*in house* o mista) doveva avvenire sulla base di un'apposita relazione istruttoria da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante, in cui dovevano essere esternate le ragioni di fatto e di diritto che avevano condotto l'amministrazione all'adozione di tale scelta operativa, in ragione dei principi di trasparenza e imparzialità informanti l'agire amministrativo<sup>27</sup>.

In questo modo, veniva contemperato il riconoscimento agli enti locali del potere di organizzare la gestione dei servizi pubblici locali secondo le

<sup>26</sup> Al riguardo, si rimanda *amplius* al contributo di A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 2008,3-4.

<sup>27</sup> Questa ed altre significative considerazioni in G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 1, 27.

esigenze proprie del contesto operativo con il rispetto dei principi di concorrenza e libera prestazione dei servizi, nonché di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa<sup>28</sup>.

Al contempo, essendo in quegli anni esplosa nuovamente la crisi finanziaria in Europa, sopraggiungeva anche una più dettagliata regolamentazione sulle società partecipate con particolare riguardo al profilo di contenimento della spesa pubblica.

La l. n. 147/2013, rivolta a soggetti sottoposti a differenti regimi giuridici, quali, ad esempio, le società di diritto privato, le società di diritto pubblico e le istituzioni, consentiva alle amministrazioni pubbliche una transitoria e straordinaria possibilità di uscire dalle compagini stesse, se non strettamente necessarie per il conseguimento delle finalità istituzionali<sup>29</sup>.

In continuità con la *ratio* ruzionista della partecipazione pubblica in organismi societari, veniva adottato il d.l. n. 90/2014, che dava attuazione al Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, ossia il c.d. Piano Cottarelli<sup>30</sup>.

Con tale intervento, il legislatore incentivava ulteriori dismissioni di partecipazioni pubbliche in soggetti di diritto privato o speciale.

Con la legge di Stabilità per il 2015, invece, veniva introdotta l'esigenza di attuare una razionalizzazione dell'uso delle società a partecipazione pubblica in ottica di perseguire migliori condizioni di efficienza nel settore dei servizi pubblici locali, sempre nel rispetto delle cennate esigenze di coordinamento della finanza pubblica e contenimento della spesa<sup>31</sup>.

In particolare, la disciplina in parola indicava i criteri informativi che, in fase di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, gli enti pubblici dovevano seguire nell'adozione dello strumento societario come forma di gestione dei servizi pubblici locali, imponendo un rinforzato onere motivazionale, mediante l'individuazione delle ragioni sottese in termini di

<sup>28</sup> Per una trattazione più ampia si v. L. Gizzi, *I servizi pubblici locali*, in *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012. Parte della dottrina nega l'equiparazione delle gestioni in house a quelle competitive: C. Volpe, *La nuova normativa sui servizi pubblici di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *Giustamm.it*, 2013. Per una corretta interpretazione dell'art. 34, d.l. n. 179/2012, si segnala, da ultimo, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>29</sup> In argomento, si veda M. Rossi, *Società partecipate, la legge di stabilità rafforza l'obbligo di dismissione di cui alla legge n. 244/07 tra luci ed ombre*, in *www.lexitalia.it*, 1, 2014.

<sup>30</sup> Utili riferimenti si riscontrano nel contributo di F. Di Cristina, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 4.

<sup>31</sup> In proposito, si veda M. Rossi, *Partecipate, nuove disposizioni dalla legge di stabilità*, in *Le società partecipate dagli Enti Locali dopo la legge di stabilità 2015*, Rimini, Maggioli, 2015, 102.



## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

convenienza e di conseguenze sulla gestione economico-finanziaria e patrimoniale degli enti proprietari con dimostrazione della compatibilità della soluzione adottata con le prescrizioni della normativa comunitaria.

In sostanza, dal 2012 in poi, si succedono, negli interventi normativi, diverse previsioni di obblighi motivazionali (relazione istruttoria pubblicata sul sito web, piano Cottarelli, specificazione delle ragioni sottese ad una determinata decisione sul modulo di gestione ecc...), con lo scopo precipuo di rendere trasparente e conoscibile l'istruttoria svolta per la gestione dei servizi pubblici locali.

Con tali interventi, ha iniziato a farsi strada, nel nostro ordinamento, la tendenza alla c.d. procedimentalizzazione – ovviamente, ancora embrionale – del potere di gestione dei servizi pubblici locali, ossia l'imposizione di rigorosi vincoli procedurali e sostanziali al relativo processo decisionale.

Ecco il motivo per il quale il Consiglio di Stato si sofferma, nella sentenza in commento, sulla correttezza dei passaggi procedurali e sulla completezza del contenuto motivazionale dei corrispondenti atti, la cui eventuale non conformità al paradigma normativo sarebbe stata in grado di inficiare l'operato dell'amministrazione comunale.

### **3. La società mista come forma di gestione dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo Testo unico**

La sentenza del Consiglio di Stato, pur non ritenendo applicabile *ratione temporis* il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica alla fattispecie in esame – quantomeno alla fase preliminare della scelta del modello gestorio della società mista – fornisce chiarimenti di rilievo sul piano applicativo.

Dall'analisi ermeneutica svolta dai Giudici, come vedremo, emerge che anche la nuova disciplina conferma la tendenza alla procedimentalizzazione accentuata del potere di scelta del modulo gestorio dei servizi pubblici locali.

In questo senso, la pronuncia va collocata nell'alveo delle evoluzioni ordinamentali che hanno segnato la figura della società mista in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali.

A questo punto, il nuovo Testo unico necessita di un particolare approfondimento al fine di meglio comprendere la portata interpretativa del provvedimento giurisdizionale in commento.

Come è noto, la pubblica amministrazione è stata oggetto di un intervento legislativo di ampio respiro, la c.d. Legge Madia<sup>32</sup>, finalizzato ad un

<sup>32</sup> La l. 7 agosto 2015 n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione*

riassetto organizzativo di tutti i settori caratterizzati da una disciplina complessa e contraddittoria, versata in diverse fonti, tra i quali si annovera quello delle società a partecipazione pubblica<sup>33</sup>.

Il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”<sup>34</sup> è stato adottato, di recente, proprio in attuazione della suddetta riforma.

Invero, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della Legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost.<sup>35</sup>, è stato adottato il decreto correttivo n. 100/2017<sup>36</sup>, che, però, non ha apportato modifiche alla procedimentalizzazione prevista per la gestione dei servizi pubblici locali mediante il modulo della società mista.

Innanzitutto, con tale normativa, viene riaffermato il principio della funzionalizzazione della capacità negoziale dell’amministrazione pubblica, ammettendosi la costituzione di società solo ed esclusivamente per l’attività di produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali.

In questa prospettiva, la giurisprudenza ha evidenziato che il rapporto di strumentalità di un ente societario, formalmente privatistico e natural-

*delle amministrazioni pubbliche*”, meglio conosciuta come Legge Madia di Riforma della PA, è stato pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015

<sup>33</sup> Sul tema, si segnalano R. Perez, *La razionalizzazione delle società partecipate e gli equilibri finanziari locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 2, 199-204; G. D’Auria, *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella Legge Madia (n. 124/2015)*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2015, 3, 479-496; H. Bonura e G. Fonderico, *Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e I servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 5, 651-655; A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016, 102. Per una trattazione chiara sulla *ratio* sottesa alla legge Madia, si v. G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, 1, 2016, V ss.

<sup>34</sup> D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 8 settembre 2016, n. 210.

<sup>35</sup> Con la riforma del Titolo V Cost., è stata attribuita la necessaria rilevanza costituzionale, nell’art. 120, al principio di leale collaborazione in ossequio al modello di regionalismo cooperativo. In argomento, si segnalano S. Cassese, D. Serrani, *Regionalismo moderno: la cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Reg.*, 1980, 65; C. Salerno, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 22 luglio 2008, 13. Si leggano, altresì, R. Bifulco, *L’onda lunga della sentenza 251/16 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 3, 2017, 13; J. Marshall, *La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, 705; A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza Intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalism.it*, 25, 2016.

<sup>36</sup> D.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, *Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n. 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 26 giugno 2017, n. 147.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

mente operante sul mercato, rispetto ai fini di interesse pubblico devoluti alla cura dell'Amministrazione partecipante, non dipende dal solo oggetto sociale, ma anche dalle modalità con cui quest'ultima può esercitare le proprie prerogative di azionista ed indirizzarne l'attività.

In altri termini, per un'autorità amministrativa ha rilievo non solo "se" una società di diritto privato esercita un'attività economica e "se", pertanto, è opportuno partecipare al suo capitale, ma anche "come" questa attività viene svolta e, dunque, quale influenza sulla stessa è possibile esercitare, per assicurarne la coerenza con le finalità di interesse pubblico<sup>37</sup>.

Il modulo della società mista può essere utilizzato per la realizzazione e gestione di opere pubbliche ovvero di servizi pubblici di interesse generale, con allocazione di tutto o parte del cd. "rischio operativo" in capo alla società affidataria dell'attività gestoria da prestare in favore dell'utenza<sup>38</sup>.

Non può al contrario farsi ricorso a tale strumento per i "servizi strumentali" da prestarsi a favore dell'amministrazione affidante nella cornice negoziale di un contratto di appalto pubblico, a fronte di un corrispettivo da quest'ultima erogato e senza alcuna traslazione dei rischi operativi di gestione in capo alla costituenda società mista<sup>39</sup>.

La nuova disciplina, infatti, appare orientata ad una sensibile limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche e attua, come anticipato, una rigorosa procedimentalizzazione<sup>40</sup> del processo decisionale per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo obblighi motivazionali rinforzati e speciali ed aggiungendo passaggi istruttori e di controllo ulteriori, come il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>41</sup>.

Più precisamente, la deliberazione di partecipazione di un'ammini-

<sup>37</sup> Sotto tale profilo, si segnalano Cons. St., sez.V, 11 novembre 2016, n. 4688; Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2010, n. 11; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 5 aprile 2018, n. 363, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>38</sup> Per un maggiore approfondimento, si rimanda a A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), Editoriale, 2 novembre 2016, 18.

<sup>39</sup> Tra le tante pronunce, si v. TAR Lazio, Roma, II, 30 gennaio 2018, n. 1098, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>40</sup> In riferimento al problema della procedimentalizzazione del processo decisionale relativo all'organizzazione della gestione dei servizi pubblici si v. G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Mumus*, 1, 2016, V ss.

<sup>41</sup> Dal tenore letterale delle norme si evince una forma di gestione dei servizi pubblici orientata alla promozione del principio di concorrenza a vantaggio degli operatori privati con il fine ultimo di contenere la spesa pubblica.

strazione pubblica alla costituzione di una società o di costituzione di una società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivata con riferimento alla necessità di tale strumento per il perseguimento delle finalità istituzionali, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano la scelta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché dell'efficienza della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato<sup>42</sup>.

Nella motivazione si deve anche dar conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, nonché della compatibilità dell'intervento finanziario sotteso con le norme dei Trattati europei ed, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio atto amministrativo, impugnabile per motivi di legittimità dinanzi agli organi della giustizia amministrativa, oltreché sottoposto ai normali controlli successivi<sup>43</sup>.

Entrano in gioco, pertanto, sia ragioni di diritto interno, quali il contenimento della spesa pubblica e la prevenzione dei fenomeni corruttivi, sia ragioni dettate dall'ordinamento comunitario, quali la tutela della concorrenza e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Vengono inserite, nella nuova disciplina, ulteriori fasi procedimentali, quali il controllo della Corte dei Conti, che ha facoltà di formulare rilievi, in riferimento ai quali sorge l'obbligo in capo all'amministrazione di fornire adeguata motivazione, nonché il controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che possiede poteri maggiormente incisivi, come quelli di rilasciare pareri vincolanti o di impugnare i relativi atti per violazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Significative considerazioni sotto tale profilo in U. Patroni Griffi, *Gli oneri di motivazione connessi alla costituzione delle società e profili di responsabilità erariale*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato e Vessia, Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>43</sup> In argomento, si legga il contributo di S. Santoro, *Introduzione a "Il TU delle società a partecipazione pubblica"*, in *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico*, a cura di M. Lacchini e C. Alessio Mauro, Torino, Giappichelli, 2017, 21 ss.

<sup>44</sup> Si v. l'art. 21-bis, l. 10 ottobre 1990 n. 287, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", così come introdotto dall'art. 35, l. n. 214/2011, rubricato: *Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*: «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Ulteriore novità procedimentale riguarda specificamente l'attività istruttoria degli enti locali: la preliminare consultazione pubblica.

In sostanza, viene introdotto l'obbligo per gli enti locali, che hanno intenzione di costituire una società a partecipazione pubblica o acquisire partecipazioni in società già costituite, di indire una consultazione pubblica secondo le modalità ritenute più opportune<sup>45</sup>.

L'oggetto della consultazione è proprio lo schema di atto deliberativo, ossia la proposta decisionale della forma di gestione di un'attività di interesse generale.

Tale adempimento va incontro all'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa – in questo momento storico – sensibilmente avvertita in chiave di prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Ne scaturisce una procedura complessa che prevede lo svolgimento di un'istruttoria approfondita e puntuale con indagini di mercato e confronti concorrenziali, nonché pareri di autorità, che valutano l'incidenza di determinati interessi pubblici, e consultazione pubblica, per favorire l'emersione anche di interessi legittimi privati.

Tali adempimenti servono a mettere in luce tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti in una determinata fattispecie allo scopo di esercitare realmente la c.d. ponderazione degli interessi secondari, pubblici e privati, con l'interesse pubblico primario tutelato<sup>46</sup>.

Ultimata la fase istruttoria da eseguirsi, per quanto detto, in maniera completa ed esaustiva, l'onere motivazionale da rispettare nel provvedimento finale va inteso come obbligatoria esternazione dell'iter logico-giuridico che ha accompagnato l'adozione di una determinata decisione in funzione di tutela della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, al fine di contrastare i fenomeni corruttivi ed illeciti nell'allocazione delle risorse economiche pubbliche, nonché evitare pregiudizi alla *par condicio competitorum*.

In effetti, anche in tale intervento legislativo, può leggersi l'attuazione

riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

<sup>45</sup> In relazione alla struttura procedimentale per la costituzione delle società a partecipazione pubblica si v. V. Sanna, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica e l'acquisto di partecipazioni in società già costituite*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, Trento, NelDiritto, 2018.

<sup>46</sup> Sulla corretta interpretazione del concetto di discrezionalità, si v. *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2015.

del principio, di matrice europea, di libera amministrazione delle autorità pubbliche secondo il quale le amministrazioni hanno il potere di scegliere la forma migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi, con l'obbligo di garantire, però, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici<sup>47</sup>.

Tale principio europeo, infatti, pur riconoscendo il potere organizzativo in capo all'autorità pubblica, ne impone la procedimentalizzazione proprio a garanzia della trasparenza e della prevenzione della corruzione negli apparati amministrativi, nonché della tutela della concorrenza e della libera prestazione dei servizi<sup>48</sup>.

Come vedremo, le suddette esigenze di tutela della concorrenza e della libera prestazione dei servizi hanno un ruolo ancora più preponderante nella seconda fase, quella della procedura di gara, che merita un approfondimento specifico nel prosieguo.

#### **4. La fase dell'affidamento dei servizi pubblici locali: la selezione del socio operativo della società mista**

Esaminata la prima fase procedimentale relativa alla scelta della società mista come forma gestoria, è necessario analizzare anche la seconda riferita alla procedura competitiva per l'affidamento vero e proprio dei servizi pubblici locali.

In effetti, gli atti impugnati nel giudizio, di cui si discorre, attengono proprio a questo momento del processo decisionale.

Diventa, pertanto, complicato sviscerare la disamina svolta nella sen-

<sup>47</sup> Più precisamente, l'art. 2, par. 1, della direttiva concessioni n. 2014/23/UE, rubricato: "Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche", prevede: «La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

<sup>48</sup> Utili osservazioni sulla nuova disciplina di cui al Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica si riscontrano in M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2017.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

tenza in commento senza soffermarsi prima sui profili rilevanti di tale procedimento.

Si tratta di una procedura di gara particolare, definita “a doppio oggetto”, perché prevede la selezione del socio privato della società mista e, contestualmente, l’aggiudicazione a questa di taluni servizi pubblici locali.

Orbene, il tema dell’individuazione del socio privato è sempre stato caratterizzato da un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

I sostenitori della procedura competitiva per la selezione del socio evidenziavano che quest’ultimo era un imprenditore, la cui capacità manageriale doveva essere valutata nel rispetto del principio comunitario della concorrenza, mentre i detrattori caldeggiavano la presunta incompatibilità tra procedure ad evidenza pubblica e contratti associativi fondati sull’*intuitus personae*, aggiungendo che, in ogni caso, l’interesse pubblico restava tutelato dal controllo dell’ente locale sull’attività di impresa.

La giurisprudenza abbracciava la prima tesi sulla scorta della circostanza che il socio privato era chiamato a svolgere compiti di gestione e, proprio per questo motivo, la sua individuazione non poteva essere affidata a profili meramente fiduciari, a meno di incorrere nell’elusione dei fondamentali principi di buon andamento e trasparenza<sup>49</sup>.

Al contempo, era oggetto di pareri contrastanti anche la modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

In altre parole, si discuteva della legittimità o meno di un affidamento dei servizi in via diretta alla società mista, successivamente alla sua costituzione, e della necessità che la procedura di selezione del socio privato comprendesse anche la verifica del possesso dei requisiti per erogare alla collettività i servizi interessati<sup>50</sup>.

Nell’aprile 2004, il Libro verde sul partenariato pubblico-privato prescriveva espressamente, per la scelta del socio privato, il rispetto delle norme e dei principi dei Trattati europei e delle direttive nel vagliare la qualità del contributo in capitale e dell’esperienza professionale, nonché le caratteristiche della sua offerta per quanto concerne le prestazioni specifiche da fornire<sup>51</sup>.

Con tale intervento, invero, l’Unione europea decideva di optare per la soluzione che vedeva indispensabile una gara riferita sia alla selezione del socio sia all’affidamento dei servizi.

<sup>49</sup> A tal proposito una posizione netta veniva assunta in due decisioni: Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 435 e Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>50</sup> Sul punto, si v. CGUE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset.

<sup>51</sup> Si v. COM 2004/327, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

La Corte di Lussemburgo, contestualmente, circoscriveva le ipotesi di affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali esclusivamente alle fattispecie *in house*, imponendo agli organismi di diritto pubblico l'obbligo di procedura competitiva<sup>52</sup>.

La figura dell'organismo di diritto pubblico veniva richiamata dalla direttiva in tema di appalti pubblici 89/440/CE, come modificata dalla successiva 93/37, dalla quale si evincevano tre requisiti, ovvero la personalità giuridica, il soddisfacimento di bisogni di interesse generale e la sottoposizione ad influenza pubblica.

In questo caso, il requisito dell'influenza pubblica veniva inteso come mero controllo pubblico sull'attività svolta dall'ente, senza che questo comportasse una forma più pervasiva, come il c.d. controllo analogo, nell'*in house providing*, che si traduceva, invece, in un controllo di tipo strutturale sull'ente in parola<sup>53</sup>.

In altri termini, l'organismo di diritto pubblico, nel cui ambito rientrava la società mista, individuava tutti i soggetti economici che operavano nei singoli Stati senza essere liberi nell'affidamento delle commesse, dovendo, al contrario, osservare la disciplina europea in materia di concorrenza ed aiuti di Stato.

L'obbligo di tutelare la concorrenza nell'aggiudicazione dei servizi pubblici locali a quella particolare tipologia di organismo di diritto pubblico, quale la società mista, non poteva ritenersi soddisfatto dalla semplice previsione della gara per la selezione del socio privato, laddove si considerava plausibile che la molteplicità dei soggetti economici non erano interessati ad associarsi all'ente pubblico, ma soltanto ad ottenere l'affidamento dei servizi.

In sostanza, l'operatore privato era obbligato ad entrare in società con l'amministrazione locale, pur di gestire un determinato servizio.

L'ente locale, dal canto suo, era tenuto a valutare, nelle domande dei concorrenti, due profili assolutamente differenti e non sovrapponibili, ossia l'affidabilità economica, per conferire la qualità di socio, ed il possesso della capacità tecnica di svolgere determinate attività, per l'affidamento del servizio.

Nel primo caso, a rilevare erano i criteri della solidità finanziaria e della capacità organizzativa; mentre, nel secondo profilo, divenivano decisivi la valutazione dei requisiti del concorrente in relazione al servizio da affidare<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Tra le tante pronunce, si v. CGUE, 18 novembre 1999, C-107/1998 (c.d. *Teckal*), CGUE 11 gennaio 2005, C-26/2003 (c.d. *Stadt-Halle*); CGUE, 13 ottobre 2005, C-458/2003 (c.d. *Parking Brixen*).

<sup>53</sup> In questo senso, si v. CGUE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Tuly c. GmbH Wien GmbH*.

<sup>54</sup> Per un maggiore chiarimento, si legga CGA, 27 ottobre 2006, n. 589, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Solo in questo modo, il confronto competitivo poteva definirsi esaustivo e conforme alle prescrizioni dei Trattati europei.

La giurisprudenza europea, per tali motivi, elaborava una tipologia di procedura di gara idonea a ricomprendere tutte le necessarie valutazioni.

L'esigenza di assicurare l'applicazione dei principi comunitari di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di tutti gli operatori economici interessati determinavano, infatti, la creazione – come anticipato – del modello della gara c.d. a doppio oggetto, in cui la società veniva costituita per una specifica “missione” in base ad una procedura competitiva avente ad oggetto la scelta del socio privato, ma anche l'affidamento della specifica missione<sup>55</sup>.

Anche a seguito di molteplici pronunce della giurisprudenza nazionale<sup>56</sup>, come già indicato in precedenza, la gara a doppio oggetto veniva prevista espressamente come condizione per l'affidamento di un servizio pubblico locale, per la prima volta, dall'art. 15 d.l. n. 135/2009 (c.d. Decreto “salva infrazioni”), conv. in l. n. 166/2009, di modifica dell'art. 23-*bis* d. l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008.

Con il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>57</sup>, oltre all'introduzione “a monte” della procedimentalizzazione del potere di scelta organizzativa, viene rafforzata “a valle” la preesistente procedimentalizzazione costituita dall'imposizione della gara a doppio oggetto.

Più precisamente, la nuova disciplina, nel confermare l'obbligatorietà della gara a doppio oggetto, prevede che il bando di gara e gli atti ad esso allegati devono contenere<sup>58</sup> la descrizione dettagliata dell'attività di interesse generale oggetto di affidamento, la specificazione dei requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario richiesti ai concorrenti, la scelta di un criterio di aggiudicazione in grado di garantire una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> In questo senso si segnala nuovamente CGUE 15 ottobre 2009, C-196/08 (*Acoset s.p.a.*).

<sup>56</sup> Sotto tale profilo, si v. Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, si segnala F. G. albisinni, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste* (nota a Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603), in *Gior. dir. amm.*, 2009.

<sup>57</sup> Una riflessione approfondita e puntuale sulla disciplina della società mista nel nuovo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica in F. Capalbo, *Società a partecipazione pubblica e servizi pubblici locali*, Napoli, Simone, 2017.

<sup>58</sup> Al riguardo, si v. art. 17, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

<sup>59</sup> Questa ed altre considerazioni di rilievo in V. Neri, *La società mista pubblico-privato*,

Orbene, l'onere motivazionale può essere adempiuto dall'ente locale unicamente se, prima della predisposizione della *lex specialis* di gara, viene svolta dagli uffici un'istruttoria approfondita in ordine alle prestazioni da erogare alla collettività, alle specifiche esigenze del bacino di utenza, alle problematiche del contesto ambientale di riferimento ed ai parametri da tenere in debito conto nel valutare le offerte (ad esempio, uso della tecnologia, qualità, sicurezza e accessibilità).

I requisiti, richiesti nel bando ai concorrenti per acquisire la carica di socio privato nella società mista, devono, infatti, essere calibrati in maniera puntuale rispetto alla particolare attività di interesse generale (opera pubblica o servizio), che poi la stessa società andrà ad eseguire, allo scopo di garantire la natura non esclusivamente finanziaria dell'apporto<sup>60</sup>.

In questa prospettiva, va letta la scelta del legislatore di prevedere, in capo al socio privato, un capitale minimo del 30%, ossia l'individuazione di un socio principalmente operativo ed in minima parte finanziatore.

In conformità al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, si ritiene, inoltre, che il criterio di aggiudicazione da adottare debba essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in considerazione della circostanza che lo stesso consente un'adeguata valutazione sia della generale affidabilità del concorrente, che vuole diventare socio, sia degli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione<sup>61</sup>.

A riprova della circostanza che il Testo unico intende mettere in evidenza l'importanza (e l'obbligatorietà) dell'istruttoria preventiva sulle caratteristiche dell'attività di interesse generale da affidare, si sottolinea la previsione dell'obbligo per l'amministrazione di allegare al bando – costituendone parte integrante – la bozza di statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché gli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione dell'attività.

In quest'ottica, va rilevato che il rafforzamento della preesistente procedimentalizzazione di questa fase risponde non solo ad istanze di trasparenza e tutela della *par condicio competitorum*, ma anche alle pretese di garanzia di un più elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità nell'erogazione

in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, Trento, Neldiritto, 2018.

<sup>60</sup> In argomento, si v. Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 6 luglio 2018, n. 7524, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>61</sup> Ampie osservazioni, sul punto, si riscontrano in R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d. lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

dei servizi, in ossequio al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche di cui alla direttiva concessioni n. 2014/23/UE.

Alla luce delle su esposte osservazioni, diviene agevole comprendere l'iter logico dei Giudici di Palazzo Spada, i quali, per poter valutare la legittimità degli atti impugnati, verificano prima la conformità della procedura competitiva indetta al modello della gara a doppio oggetto, prescritto dalla normativa vigente ed avallato dal consolidato orientamento giurisprudenziale europeo, e successivamente vagliano se le clausole contenute nei suddetti atti (tra cui il bando) risultano finalizzate a scegliere un socio effettivamente operativo per lo svolgimento di servizi adeguatamente delimitati.

### 5. La gestione dei servizi pubblici locali mediante società miste: la procedimentalizzazione dei processi decisionali

La sentenza del Consiglio di Stato si confronta con una modalità di gestione dei servizi pubblici locali, quale la società mista, in cui si intrecciano esigenze di diritto interno, spesso tra loro antitetiche, e ragioni di diritto europeo, talvolta contrastanti con quelle nazionali.

In particolare, come si è avuto modo di osservare in precedenza, la normazione interna in materia è stata dettata da visioni politiche, a volte, riduzioniste<sup>62</sup> e, altre volte, promozionali<sup>63</sup> in ottica di allocazione delle risorse pubbliche<sup>64</sup>, lasciando gli operatori del diritto, *in primis* la giurisprudenza, privi di criteri ermeneutici saldi.

Al contempo, si è inserito l'ordinamento comunitario, rivolto alla tutela della concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali, con la finalità di arginare ogni ostacolo all'accesso competitivo di tutti gli operatori privati.

L'affidamento di un servizio ad una società mista, con la presenza nel

<sup>62</sup> In ordine alle ragioni sottese all'orientamento riduzionista, si v. S. Marotta, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus*, 2014, 261 ss.

<sup>63</sup> Sulla rilevanza di una collaborazione effettiva tra pubblico e privato nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, si segnala il contributo di F. Marone, *Società degli enti locali e art. 41 della Costituzione: il Comune è un imprenditore?*, in *Munus*, 2011, pp. 159.

<sup>64</sup> Per un'ampia trattazione di tale argomento, si leggano F. Botteon, *Le società a partecipazione pubblica soggette al codice dei contratti pubblici ai fini dell'affidamento di lavori, forniture e servizi*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2015, 1; A. Baudino, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal D. L. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica, dal D. Lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi e dalla Legge di stabilità per il 2014*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2015, 5.

capitale di un soggetto terzo rispetto all'amministrazione, può divenire, infatti, strumento di elusione degli obblighi competitivi.

Nello specifico, la vicenda in esame vede contrapporsi un ente locale, che indice una gara a doppio oggetto per gestire taluni servizi pubblici locali di estrema importanza, quale l'igiene ambientale, tramite società mista<sup>65</sup>, e un operatore privato, che si ritiene pregiudicato dalla decisione di non esternalizzare *tout court* tali servizi con una procedura competitiva aperta, sottolineando che l'amministrazione neppure si preoccupa di giustificare la propria decisione in maniera approfondita, in conformità agli oneri motivazionali imposti dall'art. 5, d.lgs. n. 175/2016<sup>66</sup>.

La prescrizione di istruttorie più accurate – nella su indicata norma – con relativi oneri motivazionali e di passaggi procedurali ulteriori risponde a ragioni di diritto interno, quali la prevenzione di fenomeni corruttivi, il contenimento della spesa pubblica e il trasversale bisogno di trasparenza nell'azione amministrativa<sup>67</sup>.

Orbene, la sentenza in commento è di particolare rilievo, in quanto interpreta in maniera chiara e lineare la nuova disciplina, fornendo un contributo importante in merito alla distinzione delle diverse fasi procedimentali, dalla costituzione della società mista all'affidamento del servizio pubblico locale con selezione del socio privato, ed al contenuto che devono avere i singoli atti adottati dall'ente locale.

Il Consiglio di Stato, peraltro, detta anche talune indicazioni agli operatori del diritto, seppur ancora embrionali e non sviluppate sino in fondo, in merito al coordinamento tra le prescrizioni sulla razionalizzazione delle partecipazioni ed agli effetti sugli affidamenti in essere.

Vi è una prima fase "a monte", distinta dalla procedura di gara a doppio oggetto, che riguarda il processo decisionale di costituzione *ex novo* di una società mista o di mantenimento di partecipazioni in società miste, già costituite, in cui – ovviamente – entrano già in gioco diverse valutazioni sul modello gestorio più adatto per i servizi pubblici locali presi in considerazione.

Il citato art. 5 aggiunge passaggi procedurali ed oneri motivazionali per gli atti riferiti a questa fase.

<sup>65</sup> Per una puntuale disamina si rinvia a G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, 61-64.

<sup>66</sup> Sulla società come forma di gestione dei servizi pubblici si v. C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 143.

<sup>67</sup> Questa ed altre considerazioni significative in R. Garofoli e A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Trento, NelDiritto, 2018.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

Più precisamente, la norma prevede l'obbligo di specificare le ragioni della scelta del modello gestorio, la convenienza economica e la sostenibilità finanziaria dell'operazione, in considerazione della possibile destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate<sup>68</sup>, la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, la compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei Trattati europei, soprattutto con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato alle imprese, oltre all'obbligo di inviare la decisione alla Corte dei conti e all'AGCM.

Invero, nella fattispecie in esame, il Consiglio di Stato rileva che gli atti comunali impugnati sono il bando della procedura di gara a doppio oggetto, nonché la deliberazione di Giunta comunale di approvazione della documentazione posta a base di gara.

Tali atti, ovviamente, non appartengono alla fase procedimentale della costituzione o mantenimento della società mista, ma a quella successiva "a valle" della strutturazione della procedura competitiva per l'affidamento del servizio pubblico locale e la selezione del socio privato; pertanto, risultano estranei all'ambito di applicazione della norma su indicata<sup>69</sup>.

Invero, i provvedimenti comunali relativi alla prima fase, ossia quella della scelta del modello gestorio della società mista, oltre a non essere stati specificamente impugnati, risultano adottati nel 2015 e, quindi, *ratione temporis* esulano dal citato art. 5.

Al riguardo, per completezza, sia i giudici di primo grado sia i giudici di seconde cure verificano che l'amministrazione locale aveva approvato il piano operativo di razionalizzazione delle società partecipate ai sensi dell'art. 1, c. 611 e 612, l. n. 190/2014, in cui venivano scorporate, dalla società mista, talune attività strumentali, mantenendo ferma la partecipazione societaria per lo svolgimento in concessione principalmente del servizio di igiene ambientale, in quanto forma, nel caso concreto, in grado di garantire le migliori condizioni di espletamento. Con successiva deliberazione si dava attuazione a tale scelta con approvazione del nuovo statuto sociale e dei patti parasociali.

<sup>68</sup> Interessanti riflessioni in merito alla costituzione delle società miste in M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, Giuffrè, 2008; M. Dugato, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2002, 154 ss.; M. Dugato, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1051 ss.

<sup>69</sup> Per una corretta interpretazione della disciplina di cui all'art. 5, d.lgs. n. 175/2016, si segnala *La nuova disciplina delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, Istruzioni tecniche, linee guida, note e modulistica*, in *I Quaderni*, a cura dell'ANCI 8 giugno 2017.

Nella sentenza di primo grado, peraltro, viene precisato che, anche nelle fattispecie di gestione dei servizi pubblici locali, a cui non è applicabile *ratione temporis* la nuova disciplina, quantomeno i principi di trasparenza e democraticità delle decisioni pubbliche vengono garantiti dalla previsione dell'onere motivazionale rinforzato di cui all'art. 34, d. l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012. Tale norma – come indicato nel secondo paragrafo – prevede che, al momento dell'affidamento, l'ente locale pubblica sul sito internet istituzionale un'apposita relazione, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Nonostante l'appellante non proponga il vaglio degli atti di gara rispetto alla norma correttamente applicabile a tale fase, ossia l'art. 17, d.lgs. n. 175/2016, il Consiglio di Stato continua nella sua opera ermeneutica, descrivendo l'onere motivazionale aggravato a cui devono sottostare i provvedimenti.

Più precisamente, nel bando e negli atti ad esso allegati, si deve obbligatoriamente prevedere la specificazione dell'oggetto dell'affidamento, dei necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, del criterio di aggiudicazione, che deve garantire una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente locale.

Gli obblighi della seconda fase, che sottintendono preliminari istruttorie e decisioni più meditate, appaiono evidentemente rivolti alla tutela della *par condicio competitorum* e della libera prestazione dei servizi.

Orbene, nel caso di specie, il Collegio di seconde cure riscontra il rispetto delle due condizioni di legittimità dell'intera procedura competitiva, di origine pretoria e poi recepite anche nel citato art. 17.

Attraverso un'attenta disamina della *lex specialis* di gara, la pronuncia in commento dimostra, infatti, che la procedura indetta è “a doppio oggetto”, in quanto ha – appunto – ad oggetto sia l'affidamento dei servizi pubblici locali sia la selezione del socio operativo, che deve concorrere materialmente all'erogazione dei servizi medesimi, e che viene espressamente previsto il “rinnovo” della selezione del *partner* privato alla scadenza del periodo di affidamento, evitando così che il socio divenga “stabile”.

Viene, altresì, valutato anche il contenuto della documentazione di gara in termini di corrispondenza tra l'attività da fornire e le capacità tecniche richieste ai concorrenti.

## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

In questo senso viene ritenuta legittima la clausola del bando che esclude l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, stante lo stretto collegamento tra il socio privato "operativo" e l'attività da eseguire in affidamento.

Come è noto, l'avvalimento è principio generale dell'*outsourcing*, cioè dell'esternalizzazione integrale intesa quale modalità di erogazione dei pubblici servizi con relativo affidamento a operatori economici esterni.

In questo caso, la *ratio* pro-concorrenza di ispirazione europea ammette che un operatore economico, carente di taluni requisiti di qualificazione, possa sopperirvi avvalendosi di quelli resi appositamente disponibili da un'impresa c.d. ausiliaria<sup>70</sup>.

Diversamente, nel caso di società mista, l'avvalimento non può trovare spazio, in quanto la prestazione di partenariato è finalizzata all'apporto di un *know-how* da riversarsi direttamente dal partner industriale – che, infatti, viene selezionato proprio sulla scorta del possesso di tali conoscenze tecniche – nella conduzione manageriale dell'organismo societario<sup>71</sup>.

Le osservazioni trovano conferma anche nel combinato disposto degli artt. 179, c. 1 e 2, e 164, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, dai quali si ricava l'inapplicabilità ai contratti di partenariato pubblico-privato, disciplinati dal successivo art. 180, dell'istituto di avvalimento, teso a soccorrere alle carenze dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari da parte di un concorrente, che non trova spazio nel rinvio interno, circoscritto ad un elenco tassativo e chiuso di ipotesi, qual è quello operato dall'art. 164, c. 2.

Nella medesima prospettiva si pone anche il già richiamato art. 17, c.

<sup>70</sup> In riferimento all'istituto dell'avvalimento si vedano le considerazioni espresse in M. Calcagnile, *L'avvalimento nelle concessioni e la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *federalismi.it*, 2017. In giurisprudenza, interessanti osservazioni in CGUE, sez. I, 14 settembre 2017, n. 223, in causa C-223/16; Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>71</sup> In questo senso, sia consentito rinviare anche alla sentenza di primo grado, TAR Abruzzo, sez. I, 30 marzo 2017, n. 152, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nella pronuncia, il Collegio chiarisce che il ricorso all'avvalimento non è compatibile con il modello della società mista proprio nei casi in cui il bando di gara richieda al socio privato di apportare alla società mista il proprio *know how* gestionale e organizzativo e ciò per la ragione che «se, il privato, al fine di aggiudicarsi un contratto pubblico, ha la necessità di avvalersi dell'esperienza e dei requisiti tecnico-organizzativi di un altro soggetto (c.d. ausiliario nel contratto di avvalimento), perché non li possiede, non potrà evidentemente apportare alcun "know how" alla pubblica amministrazione. Né tale "know how" potrà essere apportato dall'impresa ausiliaria, la quale non è una concorrente né diventa parte del contratto di società stipulato con l'ente locale. Ne deriva, alla luce delle considerazioni svolte, la legittimità, della volontà negoziale dell'ente locale, espressa nel bando di gara, di richiedere il possesso dei requisiti di capacità, tecnica e organizzativa in capo all'aspirante socio in proprio e di non consentire la partecipazione a soggetti non singolarmente in possesso di detti requisiti».

2, d.lgs. n. 175/2016, secondo il quale è il socio privato che deve possedere i requisiti di qualificazione in relazione alle prestazioni per cui la società è stata costituita<sup>72</sup>.

Il Consiglio di Stato dirime, inoltre, talune questioni ancillari rispetto al tema centrale degli oneri motivazionali e della procedimentalizzazione.

Più precisamente, viene presa in esame la questione relativa alla sensibile ampiezza dell'oggetto sociale previsto nello statuto della società mista.

Su tale punto, la sentenza chiarisce che la *ratio* stessa del partenariato pubblico-privato, ossia acquisto di partecipazioni societarie con la "missione" di assicurare determinati servizi, e la nuova disciplina del Testo unico, agli artt. 4 e 17, impongono che i servizi pubblici da gestire debbano essere specificati e circoscritti nel bando della gara a doppio oggetto; di conseguenza, non si ravvisa la necessità di pretendere, nello statuto, la previsione di un oggetto sociale esclusivo, ossia determinato ed immutabile.

Il Consiglio di Stato, infatti, nota che, per le società miste, l'esclusività concerne non l'oggetto sociale statutario, bensì l'attività svolta dalla società mista in virtù di contratto di appalto o concessione affidatole all'esito di gara a doppio oggetto<sup>73</sup>.

Del resto, la possibile maggiore ampiezza di contenuti dell'oggetto sociale della società mista, rispetto all'attività in concreto affidatale con contratto di concessione, rientra nel novero delle ordinarie dinamiche societarie non derogate dalla disciplina pubblicistica<sup>74</sup>.

In riferimento alla contestata possibilità, prevista per la società mista in parola, di svolgere più servizi, i Giudici di Palazzo Spada rilevano che anche la norma di cui all'art. 17, c. 5, d. lgs. n. 175/2016, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale, espressamente ammette che le società miste possano gestire più servizi pubblici di interesse generale e che l'affidamento di detti servizi possa avvenire anche successivamente nel tempo, e dunque anche all'esito di distinte gare pubbliche "a doppio oggetto".

Non vi è, infatti, alcuna preclusione alla gestione di più servizi o di più pacchetti di servizi, ai quali corrispondano patrimoni separati e soci

<sup>72</sup> Utili riferimenti in merito alla nuova disciplina sulle società a partecipazione pubblica ed, in particolare, sull'art. 17 d.lgs. 175/2016, si ritrovano nel contributo di G. Caia, *Società partecipate*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, Roma, Treccani, 2017, 225; S. Nicodemo e M.V. Susanna, *Società a partecipazione pubblica*, in *I Commentari di giurisprudenza e dottrina*, Pisa, Pacini, 2017.

<sup>73</sup> In proposito, si v. M. Roversi Monaco, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 89 ss.

<sup>74</sup> Da ultimo, si v. Cass. civ., sez. lav., 3 maggio 2018, n. 10525, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).



## la gestione dei servizi pubblici mediante la società mista

operativi diversi, in quanto scelti ciascuno con gara a doppio oggetto per servizi diversi, ai quali siano state assegnate azioni correlate ai rispettivi patrimoni<sup>75</sup>.

Viene sottolineato che la partecipazione pubblica non muta la natura di soggetto privato della società mista, che, quindi, rimane strumento privatistico tipico delineato dal diritto societario comune.

Il contributo ermeneutico del Consiglio di Stato sgombra il campo da ogni dubbio in merito all'insussistenza di divieti o limiti assoluti all'utilizzo delle società miste – con tutte le conseguenziali facoltà di diritto privato – per la gestione dei servizi pubblici locali, a condizione, però, che venga seguito un determinato processo decisionale<sup>76</sup>.

La sentenza, infatti, evidenzia che la gestione di servizi pubblici locali tramite società mista, lungi dal risolversi in una scelta insindacabile dell'ente locale, necessita della previa instaurazione di un complesso procedimento amministrativo, finalizzato ad esternare le diverse fasi del processo decisionale in risposta sia ad esigenze di diritto interno, quali il contenimento della spesa pubblica, la prevenzione di fenomeni corruttivi e la trasparenza dell'azione amministrativa, sia a ragioni di diritto europeo, come la tutela della concorrenza e la libera prestazione dei servizi.

In quest'ottica, dunque, i Giudici di seconde cure avallano la recente tendenza legislativa ad una accentuata procedimentalizzazione dell'esercizio del potere in attuazione del principio di democraticità dell'azione amministrativa, che, in definitiva, costituisce anche il fine ultimo delle anzidette ragioni di diritto interno e di diritto comunitario, in un settore, quale i servizi pubblici locali, strategico per l'allocazione delle risorse pubbliche.

### *Abstract*

*In judgment No. 655/2018, the Consiglio di Stato declared that the decision to set up a public-private company is subject to the burden to give reason referred to in art. 5, d.lgs. No. 175/2016, while the subsequent phase of the call for tenders for awarding the public services must follow additional obligations to give reasons set up in art. 17, d.lgs. No. 175/2016. It, thus, requires the establishment of a complex administrative procedure, which allows the public and private interests involved to*

<sup>75</sup> In questa prospettiva, il Consiglio di Stato rimuove ogni remora sulla circostanza che l'ente locale abbia il potere di selezionare il socio privato di una multiservizi.

<sup>76</sup> Sul punto, sia consentito rinviare nuovamente al contributo di G. Piperata, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, cit.

**salvatore sorrentino**

*emerge, in accordance with the principles of transparency, competition and economy. In addition, the choice of the private contractor is closely related to the activity entrusted, as it must provide the necessary know-how based on its technical and professional capacity.*

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria, ordinanza 26 aprile 2018,  
n. 4 – Pres. A. Pajno, Est. F. Taormina.

*L'operatore del settore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione. L'interesse serbato dall'operatore del settore che non abbia partecipato alla procedura è, tutt'al più, un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione e, dunque, un interesse strumentale ipotetico ed indimostrato. Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente, tra le quali quella relativa al metodo di aggiudicazione, devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo: versandosi nello stato embrionale della procedura, non v'è certezza, né indizio che l'interessato si trovi ad essere irrimediabilmente escluso dalla procedura. Le clausole del bando non immediatamente lesive possono essere impugunate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura attraverso la formulazione della domanda di partecipazione.*

CARMEN IMBEMBO

IL REGIME IMPUGNATORIO DELLA *LEX SPECIALIS* DI GARA:  
L'APPARENTE CONTRADDIZIONE TRA LA SPECIALITÀ  
DELLA DISCIPLINA LEGISLATIVA SOSTANZIALE  
E PROCESSUALE E IL SISTEMA GIURISDIZIONALE  
DI DIRITTO SOGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Una premessa metodologica: l'inquadramento del problema. – 2. Le questioni poste all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le soluzioni prospettate dal giudice adito. – 3. La scelta dei criteri di aggiudicazione da parte della stazione appaltante: dalle discipline settoriali all'adozione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra elementi di continuità e soluzioni innovative. – 4. La determinazione della natura giuridica del bando di gara nell'elaborazione dottrinale e pretoria. – 5. L'emersione di contrasti giurisprudenziali in ordine determinazione del *dies a quo* per l'impugnazione del bando di gara ed alla sussistenza di un interesse al ricorso. La composizione del contrasto ad opera dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003 n. 1 e l'individuazione delle

clausole escludenti ed autonomamente lesive. – 6. L'estensione del concetto di *immediata lesività* nella recente giurisprudenza. – 7. Osservazioni conclusive.

## 1. Una premessa metodologica: l'inquadramento del problema

La ricostruzione della natura giuridica e la determinazione della disciplina processuale relativa all'impugnazione della c.d. *lex specialis* di gara rappresentano una tra le tematiche maggiormente controverse nel panorama dottrinale e giurisprudenziale nazionale, stante l'assenza di un referente normativo sicuro, tale da consentire di distinguere le fattispecie destinate a soggiacere ad un onere di immediata impugnazione – pena l'impossibilità, per l'interessato, di dedurre l'illegittimità delle clausole del bando di gara – dalle ipotesi connotate dalla necessità, per l'impugnante, di sollevare le censure relative al bando od al disciplinare di gara all'esito dell'adozione degli atti che dei primi costituiscono applicazione, idonei a rendere concreto ed attuale il pregiudizio potenzialmente insito nelle predette clausole.

Si rammenti quanto laconicamente prescritto dall'art. 120, c. 5, c.p.a., a mente del quale l'impugnazione avverso i bandi e gli avvisi di gara autonomamente lesivi dev'essere esperita entro il termine decadenziale di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'atto.

L'intervento nomofilattico reso dai giudici di Palazzo Spada, oltre a testimoniare la perdurante attualità di un tema tanto dibattuto in seno alla scienza giuridica, rappresenta, ad avviso di chi scrive, una chiara risposta al tentativo, sovente posto in essere dalla stessa giurisprudenza amministrativa, di mitigare talune tra le opacità ed i nodi critici insiti nella disciplina di diritto sostanziale e processuale in materia di pubblici affidamenti, anche di recente introduzione<sup>1</sup>. Quest'ultima, come si tenterà di dimostrare nel

<sup>1</sup> Tralasciando una capillare disamina delle disposizioni di recente conio, la quale esulerebbe dall'oggetto della presente indagine, si ricordi come l'entrata in vigore dell'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – preordinata all'attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, c. 1, lett. *bbb*), l. 28 gennaio 2016, n. 11, afferenti la revisione e la razionalizzazione delle disposizioni legislative inerenti i riti abbreviati disciplinati ex artt. 119 e 120 c.p.a. –, abbia recato seco una profonda revisione, o piuttosto, un'integrale trasformazione, della disciplina processualistica in materia di pubblici affidamenti. Detta innovazione sembrerebbe trascendere il mero impianto del d.lgs. 2 agosto 2010, n. 104, e connotarsi, di contro, per la potenziale idoneità a segnare uno spartiacque con l'elaborazione normativa, dottrinale e pretoria antecedenti. Sebbene la presenza di molteplici elementi di continuità, emergenti dal raffronto tra la disposizione di cui all'art. 120 c.p.a. nella formulazione originaria e nella versione introdotta dal vigente codice dei contratti pubblici, induca, *prima facie*, a ritenere che l'operatività delle disposizioni da ultimo citate sia circoscritta alla mera dimidiazione dei termini processuali inerenti la pro-

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

prosegua, apparirebbe caratterizzata dalla codificazione di soluzioni giuridiche per certi versi idonee a pregiudicare, piuttosto che a tutelare, le posizioni giuridiche soggettive vantate dall'operatore economico nei riguardi dell'amministrazione aggiudicatrice<sup>2</sup>.

posizione del ricorso e la decisione della controversia, un più attento esame della disposizione e, precipuamente, del neointrodotta c. 2-*bis*, ne rivela, al contrario, la portata dirimpante. Essa ha disposto la codificazione di un nuovo rito, definito da autorevoli esponenti della scienza giuridica nazionale *super-speciale*, *iper-contratto* ovvero *super-accelerato*, il cui ambito di operatività si trova ad essere limitato all'impugnazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione da esperirsi in una fase anteriore allo svolgimento della selezione dei contraenti. A ciò fa da contraltare la preclusione all'perimento in via autonoma di impugnazioni avverso le proposte di aggiudicazione. Se la prescrizione da ultimo citata appare condivisibile, nella parte in cui, recependo i frutti dell'elaborazione pretoria maggioritaria, nega l'autonoma impugnabilità dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria, stante l'inidoneità di questi a cristallizzare la scelta della controparte contrattuale ed in virtù dell'ascrivibilità al *genus* della mera aspettativa all'aggiudicazione della posizione giuridica soggettiva vantata dall'aggiudicatario provvisorio, di contro, l'introduzione di un onere di immediata contestazione dei provvedimenti di ammissione degli ulteriori concorrenti, sembrerebbe stridere con l'*intentio legislatoris*. Sarebbe, invero, arduo ritenere dimostrata la sussistenza di un interesse concreto, diretto ed attuale all'impugnazione delle altrui ammissioni in una fase anteriore alla valutazione delle offerte, stante la non remota possibilità che, all'esito dell'aggiudicazione del contratto, la proposizione dell'impugnazione si riveli defatigante ed inutile. Su di un piano più generale, omessa ogni considerazione in ordine all'apparente contraddizione da ultimo segnalata, sembra che il legislatore codicistico abbia, altresì, misconosciuto i risultati cui era pervenuta l'elaborazione normativa anteriore allo stesso codice del processo amministrativo. Significativa si rivela, ad avviso di chi scrive, la disamina della disposizione di cui all'art. 23-*bis*, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'art. 4, c. 4, l. 7 luglio 2000, n. 205. Da tale previsione emerge prepotentemente l'intento del Legislatore di apprestare una disciplina processuale il più possibile unitaria in relazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, sia che i ricorsi avessero ad oggetto i provvedimenti *stricto sensu* afferenti la procedura di gara – dall'attribuzione di punteggi alle offerte, alla formulazione della graduatoria od all'approvazione dell'aggiudicazione definitiva –, sia che fossero preordinati a censurare l'illegittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante nei confronti di un operatore economico intenzionato a partecipare alla procedura di aggiudicazione.

<sup>2</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a M.A. Sandulli, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, II, 2016, laddove l'a., nel procedere alla disamina delle disposizioni introdotte dall'art. 1, c. 1, lett. *bbb*), l. n. 11/2016, ha manifestato le proprie riserve in ordine alla ratio insita nella novella al codice del processo amministrativo ed all'incidenza di questa sulle possibilità, per i soggetti interessati, di avvalersi di idonei meccanismi di tutela giurisdizionale avverso gli atti posti in essere dalle amministrazioni aggiudicatrici, esprimendosi nei seguenti termini «L'attuazione della disposizione [...] si tradurrà, [...] in una sostanziale riduzione degli strumenti di tutela e, per l'effetto, in una sostanziale riduzione delle garanzie che, attraverso il controllo giurisdizionale dei soggetti lesi, l'ordinamento offre sulla legittimità delle gare pubbliche. Come già rilevato con riferimento agli altri strumenti di deflazione e di pretesa "semplificazione" del contenzioso [...], la nuova misura non appare

Il temperamento di tali rigidità è stato sovente posto in essere predicando interpretazioni estensive della nozione di lesività delle clausole del bando di gara e, conseguentemente, attraverso il massivo accoglimento di impugnazioni esperite in via autonoma avverso atti amministrativi generali.

Ciò ha determinato lo scardinamento, sia pur in via surrettizia, del “dogma” della necessaria concretezza e dell’attualità dell’interesse ad agire e della *legitimatio ad causam*, il tutto sulla scorta di considerazioni inerenti la consistenza della posizione giuridica attiva dell’interesse legittimo e la concreta individuazione dell’utilità avuta di mira dall’aspirante aggiudicatario ovvero mero partecipante (nonché dall’operatore economico che a tale partecipazione aspira<sup>3</sup>) ad una procedura di affidamento avente ad oggetto pubbliche commesse.

dunque una conquista, ma piuttosto un grave passo indietro sulla strada della corretta gestione delle gare pubbliche e della lotta alla corruzione».

Per una completa disamina delle posizioni emerse in dottrina in seguito all’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, si vedano M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*, in *Federalismi*, 2016; C. Contessa, *Le forme di tutela nel nuovo codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 521, laddove l’A. ha limpidamente evidenziato le criticità di cui la novella legislativa è foriera, sostenendo, in particolare che «L’imposizione *ex lege* dell’immediata proposizione di un ricorso impugnatorio nell’ambito di una fase del tutto preliminare della gara può determinare almeno tre criticità [...] In primo luogo, l’imposizione dell’onere di immediata impugnativa risulta del tutto congruo [...] per il caso dei provvedimenti di esclusione, mentre per il caso dei provvedimenti di ammissione è assai più difficoltoso individuare il canone della concretezza e dell’attualità dell’interesse all’impugnativa [...]. In secondo luogo il modello da ultimo delineato introduce una sorta di  *fictio iuris*  volta ad individuare l’interesse in un momento in cui è davvero arduo individuare i richiamati caratteri della concretezza e dell’attualità. In terzo luogo, il nuovo obbligo di immediata impugnativa porrà a breve rilevanti problematiche di ordine pratico per ciò che riguarda la piena e tempestiva conoscibilità degli atti relativi all’ammissione alla gara dei concorrenti, che non sembra sia stata adeguatamente modificata in relazione alle nuove disposizioni processuali»; M. Lipari, *La tutela giurisdizionale e precontenziosa nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi*, 2016; G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, V, 2016; F. Caringella, *I contratti*, in *Manuale di diritto amministrativo 10*, Roma, Dike giuridica, 2016, laddove l’a., nel sottoporre a vaglio critico la novella legislativa, ha posto in rilievo il fatto che la previsione di un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, pacificamente considerati dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica atti non immediatamente lesivi della sfera giuridica del partecipante alla procedura e, conseguentemente, impugnabili solo congiuntamente ai c.d. atti applicativi, idonei a concretare detto pregiudizio, possa essere giustificata soltanto alla luce della codificazione, da parte del legislatore del 2016, di una *presunzione* di interesse e di legittimazione al ricorso.

<sup>3</sup> Si volga il pensiero alle copiose aperture della giurisprudenza amministrativa in ordine al riconoscimento dell’ammissibilità dei ricorsi esperiti, avverso gli atti relativi alle pro-

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

Il rilievo delle statuizioni rese dal Supremo Consesso sembra essere indubbiamente accresciuto dalla circostanza che esse, nel richiamarsi agli indirizzi interpretativi maturati nei decenni precedenti, abbiano sconfessato le linee recentemente emerse nella stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Queste ultime, dalla ricostruzione della *ratio* insita nella legislazione vigente in materia di pubbliche commesse e, segnatamente, negli istituti di più recente introduzione e di più controversa interpretazione, sembrava potessero far discendere l'integrale revisione del sistema di giustizia amministrativa, nell'ottica della consacrazione di una giurisdizione di diritto obiettivo, come tale preordinata al mero ripristino della legalità violata e, dunque, meno sensibile alle istanze di tutela degli interessi individuali.

Le summenzionate linee ermeneutiche avevano ribadito l'esigenza di un'integrale rivisitazione del consolidato orientamento pretorio-fondato sul differimento dell'impugnazione del bando di gara all'adozione di un provvedimento amministrativo concreto, considerando alla stregua di un'eccezione alla regola generale l'esperimento di ricorsi avverso i predetti atti in via autonoma- giacché considerato ormai non più rispondente al mutato

cedure di affidamento di pubbliche commesse, da soggetti la cui posizione giuridica, prima facie, sembrerebbe non essere sufficientemente differenziata da quella vantata dal *quisque de populo* giacché disgiunta dalla formulazione di una domanda di partecipazione alla gara. *Ex plurimis*, si vedano Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7055, laddove il giudice adito, chiamato a pronunciarsi in ordine all'azione di annullamento avverso un bando di gara esperito da un raggruppamento temporaneo di imprese ha disatteso l'orientamento giurisprudenziale tendente a negare la sussistenza di un interesse all'impugnazione delle clausole del bando di gara relative ai requisiti di partecipazione alla procedura in capo agli operatori economici rimasti estranei alla competizione per aver omissso la presentazione della domanda di partecipazione, argomentando il *revirement* sulla scorta di considerazioni inerenti in primo luogo la concreta conformazione dell'esperenda procedura (si trattava, nel caso di specie, di una procedura negoziata, caratterizzata, dunque, da una preventiva restrizione della platea dei soggetti ammessi alla presentazione delle offerte) ed in secondo luogo afferenti le caratteristiche dell'interesse al ricorso e dell'utilità ritraibile dall'accoglimento del gravame, il quale, potrebbe rivestire natura meramente strumentale, risolvendosi nell'apertura del procedimento. Da ultimo, si veda TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 20 settembre 2017, n. 9863, laddove il collegio, nel pervenire alla declaratoria di ammissibilità dell'impugnazione esperita da un'impresa non partecipante alla procedura di aggiudicazione ma operante nel settore cui afferiva la detta procedura concorsuale, ha argomentato la sussistenza della legittimazione alla proposizione del ricorso anche sulla scorta della considerazione della presentazione della domanda alla stregua di un inutile formalismo, stante la dimostrazione, da parte dell'impugnante, dell'elevata probabilità di essere esclusa sulla scorta delle clausole del bando oggetto di censura. *Contra*, Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507, laddove, sia pur in un *obiter dictum*, il collegio ha chiaramente posto in rilievo il legame sussistente tra la partecipazione alla procedura concorsuale ed il riconoscimento della legittimazione al ricorso, nonché, analogamente Cons. St., sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862.

quadro ordinamentale, quale inaugurato in parte dal previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>4</sup> e, per certi versi, cristallizzato dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

Un sistema connotato, secondo la ricostruzione sovente prospettata, dall'emersione e dall'assunzione a dignità giuridica di un autonomo interesse alla partecipazione alle ed alla legittimità delle procedure di affidamento di pubbliche commesse, tale, dunque, da adombrare la centralità dell'interesse sostanziale all'aggiudicazione del contratto.

Tali argomentazioni rendono ben evidente la "rottura" rispetto il filone esegetico tradizionale, se solo si pone mente al fatto che a quest'ultimo elemento – *id est* alla preminenza dell'interesse sostanziale all'aggiudicazione rispetto le ulteriori posizioni soggettive pur astrattamente riconoscibili in capo al partecipante ad una procedura concorsuale –, la giurisprudenza anteriore avesse da sempre guardato come ad un faro atto ad illuminare le oscurità insite nel dato normativo ed a fornire un'appagante risposta agli interrogativi da sempre lasciati insoluti dal legislatore.

Interrogativi travalicanti la mera specificazione del regime impugnatorio della *lex specialis* di gara ed afferenti, più in generale la consistenza e gli strumenti di tutela degli interessi, diversi da quello sostanziale all'aggiudicazione del contratto e qualificabili alla stregua di c.d. interessi strumentali.

Si ponga mente alle conclusioni rassegnate dall'orientamento pretorio maggioritario in ordine alla tutelabilità dell'interesse strumentale dell'operatore economico alla riedizione della procedura di affidamento ed al conseguente riconoscimento della facoltà di esperire l'azione di annullamento avverso il provvedimento di aggiudicazione.

Se, da un lato, appaiono innegabili le aperture al riguardo formula-

<sup>4</sup> Con particolare riguardo alla codificazione di un principio del *favor participationis*, è d'uopo, ad avviso di chi scrive, richiamare alla mente, ancor prima della disciplina relativa le cause di esclusione degli operatori economici, le numerose prescrizioni inerenti la discrezionalità riconosciuta alle stazioni appaltanti in ordine alla scelta della tipologia di procedura ad evidenza pubblica da esperire onde addivenire all'aggiudicazione del contratto. Particolarmente significativa si rivela, al riguardo, la progressiva assunzione al rango di regola generale dell'opzione per le procedure c.d. aperte, accompagnata dalla marginalizzazione delle ipotesi di ricorso alle procedure negoziate non precedute dalla pubblicazione del bando di gara-tendenza, questa, già evidenziata dalla legislazione sovranazionale risalente, come emerge dalla disamina del tenore letterale dell'art. 4-*bis*, parr. 3 e 4, dir. 71/305/CEE del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, come introdotto ex art. 3, dir. 89/440/CEE e più di recente ribadita dalle dirr. UE nn. 23, 24 e 25/2014. Una condizione, questa, considerata essenziale onde garantire al massimo grado l'applicazione delle regole della concorrenza al settore delle pubbliche commesse, potenzialmente incline al verificarsi di distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato.



## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

te dalla giurisprudenza amministrativa<sup>5</sup>, la quale si è mostrata sempre più proclive al riconoscimento della giustiziabilità del predetto interesse strumentale, dall'altro è necessario rilevare come l'esperibilità del ricorso da parte dell'operatore economico interessato alla rinnovazione degli atti di gara sia stata sovente subordinata alla dimostrazione della sussistenza di non meramente aleatorie possibilità di conseguire l'utilità concreta <sup>6</sup>, *id est* l'aggiudicazione del contratto, legando, dunque, le sorti dell'impugnazione al superamento della c.d. prova di resistenza.

### **2. Le questioni giuridiche poste all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le soluzioni prospettate dal giudice adito**

In particolare, l'intervento chiarificatore del Supremo Consesso è sta-

<sup>5</sup> Si v., sul punto Cons. St., sez.V, 15 ottobre 2010, n. 7515, nonché la successiva Cons. St., sez.V, 21 febbraio 2011, n. 1082, laddove il giudice adito ha argomentato la declaratoria di ammissibilità dell'impugnazione sulla scorta dell'affermazione della sufficienza, ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire, del mero interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, a patto che il ricorrente differenziasse la propria posizione giuridica attraverso la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di affidamento, considerando, dunque, alla stregua di interesse meritevole di tutela la mera *chance* di conseguire l'aggiudicazione, prescindendo da indagini circa la probabilità di verifica della detta condizione.

<sup>6</sup> *Ex plurimis*, Cons. St., sez.V, 5 dicembre 2014, n. 618, laddove il giudice adito è stato chiamato a pronunciarsi in ordine alla domanda, volta alla riedizione degli atti di gara, formulata da un operatore economico classificatosi terzo nella graduatoria relativa ad una procedura negoziata per l'affidamento di un appalto di servizi; nonché Cons. St., sez.V, 6 ottobre 2014, n. 4986; Cons. St., sez.V, 13 maggio 2014, n.2430, anch'essa relativa all'esperienza di un'azione di annullamento avverso gli atti afferenti una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi di ristorazione da parte della società graduatasi terza, laddove il collegio giudicante, nel negare la titolarità, in capo al ricorrente, di un interesse idoneo a sorreggere la proposizione del gravame, sulla scorta del mancato superamento della c.d. prova di resistenza, ha avuto modo di pronunciarsi, incidentalmente, in ordine alla consistenza della posizione di interesse strumentale. Facendo proprie le conclusioni cui era giunta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 4/2011, si è osservato che «la società ricorrente, per dimostrare di avere un interesse giuridicamente tutelato, effettivo e concreto alla proposizione del gravame, era tenuta a dimostrare che l'accoglimento dello stesso avrebbe comportato la sua collocazione al primo posto nella graduatoria finale e che l'eventuale violazione della procedura si sarebbe concretata in una lesione effettiva della posizione della ricorrente [...] L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara e alla sua rinnovazione [...] non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore»; nonché, in termini sostanzialmente analoghi, Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571.

to sollecitato dall'insorgere di una controversia concernente una procedura aperta<sup>7</sup> per l'affidamento di un contratto di appalto<sup>8</sup> avente ad oggetto i servizi di archiviazione, custodia e digitalizzazione della documentazione amministrativa e sanitaria – destinata a soggiacere, *ratione temporis*, alla disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006 – indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Lecce, da aggiudicarsi secondo il criterio del massimo ribasso d'asta.

La società Prodeo, precedentemente affidataria del medesimo servizio, essendosi qualificata quarta all'esito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese Plurima, esperiva impugnazione avverso gli atti di gara, in particolare censurando la scelta di optare per il metodo di valutazione basato sul massimo ribasso d'asta nonostante la complessità del servizio posto a base di gara, insistendo per la riedizione della procedura. Investiti della deliberazione del ricorso, i giudici di prime cure, condividendo le prospettazioni dell'impugnante, pervenivano all'annullamento degli atti di gara.

L'accoglimento del gravame era giustificato sulla base della considerazione per cui nelle sole ipotesi di standardizzazione delle prestazioni dedotte in contratto sarebbe possibile pervenire alla formulazione di un giudizio fondato esclusivamente su parametri "quantitativi" od economici al fine della determinazione della migliore offerta, essendo in tali circostanze preclusa ai concorrenti qualsivoglia modulazione del contenuto oggettivo dell'offerta.

L'originario aggiudicatario, rimasto integralmente soccombente, inter-

<sup>7</sup> Per una compiuta ricostruzione delle evoluzioni disciplinari nazionali e sovranazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica, sia consentito rinviare a R. De Nictolis e C. Volpe, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate* in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da) *Trattato sui Contratti Pubblici, III, Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, Giuffrè, 2008, 1732 ss.

<sup>8</sup> Per una risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse riconduzione dei contratti di appalto pubblico nell'alveo dei contratti amministrativi anziché dei contratti di diritto pubblico, sia consentito rinviare a P. Virga, *Contratto (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 980, laddove l'a. ha rilevato come i contratti in oggetto, pur essendo caratterizzati dalla soggezione ad una disciplina nettamente divergente rispetto quella relativa ai *contratti di diritto privato* stipulati dall'amministrazione pubblica «non comportano di regola esercizio di pubbliche potestà da parte della pubblica amministrazione ovvero, quando eccezionalmente lo comportino [...] non danno luogo al fenomeno della partecipazione della volontà del singolo allo esercizio dei poteri pubblicistici». In senso sostanzialmente conforme E. Miccoli, *Appalto pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, Utet, 1957, 701 ss., laddove l'a. ha posto in rilievo come il perseguimento di fini pubblici da parte dell'amministrazione appaltante «ha il solo effetto di imprimere un confacente adattamento della comune struttura, introducendo *ex novo* solo elementi secondari. [...] La pur rilevante ingerenza esercitata dall'Amministrazione pubblica ha l'effetto di comprimere l'iniziativa e l'autonomia dell'appaltatore, ma non di sopprimerle».

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

poneva gravame avverso la pronuncia di primo grado, in particolare censurandone l'erroneità nella parte in cui aveva ritenuto che la procedura oggetto di contestazione dovesse essere aggiudicata ricorrendo al metodo di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, circostanza, quest'ultima, da escludersi, in virtù del particolare livello di dettaglio della disciplina tecnica di riferimento, chiamata a supplire alle lacune della *lex* di gara.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a decidere dell'appello, in parte mostrando di condividere l'orientamento recentemente inaugurato dalla medesima sezione e tendente a dilatare l'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni concernenti il metodo di selezione delle offerte laddove illegittime, sollecitava l'intervento dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

Con particolare riferimento alle questioni poste all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, è necessario porre in rilievo come esse non si esauriscano nella mera risoluzione di un dubbio interpretativo concernente l'eventuale estensibilità dell'onere di tempestiva impugnazione in relazione alle prescrizioni di gara afferenti la scelta, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei criteri di valutazione delle offerte.

Benché tale tematica abbia ricevuto nuova linfa all'esito delle innovazioni recate dall'art. 95, d.lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ii.<sup>9</sup>, ben maggiore rilievo riveste l'eventuale predicabilità, de *iure condito*, di un indiscriminato obbligo di impugnazione tempestiva della generalità delle prescrizioni della *lex* di gara attinenti i requisiti formali e procedurali, in una con la ricostruzione del regime processuale relativo agli ulteriori atti endo-procedimentali precedenti l'aggiudicazione, nell'ottica di un'estrema anticipazione della tutela giurisdizionale ed involgendo altresì l'annoso e prodromico problema dell'individuazione delle condizioni legittimanti l'esperimento del rimedio giurisdizionale. Trattasi di tematiche le quali avevano da sempre suscitato risposte contrastanti da parte della giurisprudenza amministrativa.

Di preminente interesse, in relazione al profilo da ultimo menzionato si rivelano, ad avviso di chi scrive, i dubbi prospettati dall'ordinanza di rimessione in relazione alla compiuta ricostruzione delle condizioni dell'azione,

<sup>9</sup> Precipuamente nella parte in cui, modificando la disciplina previgente, sembrerebbe aver compresso significativamente i margini di apprezzamento discrezionale lasciati in capo alle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alla concreta conformazione delle singole procedure concorsuali, attraverso la valorizzazione del criterio di aggiudicazione, chiamato non soltanto ad assolvere la funzione di "criterio tecnico-economico", bensì a garantire la qualità delle prestazioni offerte dagli aspiranti aggiudicatari, propiziando il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali di mercato nel settore delle pubbliche commesse.

con particolare riguardo alla legittimazione processuale ed all'interesse a ricorrere.

Se, da un lato, l'ordinanza di rimessione mostrava di condividere le aperture al riconoscimento della possibilità di tutelare in via giurisdizionale un interesse autonomo da quello sostanziale all'aggiudicazione, da identificarsi nell'interesse a competere secondo un criterio di aggiudicazione pienamente rispondente alle prescrizioni legislative, le giustificazioni addotte dal collegio al fine di corroborare detta ricostruzione apparivano, francamente, deboli.

Dall'integrale assimilazione tra le ragioni poste a fondamento della codificazione del c.d. rito *iper-contratto* relativo all'esperimento delle impugnazioni avverso i provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati (finalizzato a consentire al concorrente di soddisfare il proprio interesse alla competizione con i soli operatori economici in possesso dei requisiti legislativamente stabiliti) e la ricostruzione del regime impugnatorio delle clausole afferenti il metodo di gara, si giungeva a predicare la sussistenza di una relazione gerarchica tra i predetti interessi strumentali.

Essa si sarebbe rivelata tale da rendere indifferibile ed inevitabile il riconoscimento dell'esperibilità del ricorso in via autonoma, anche al fine di non pregiudicare la piena operatività del predetto rito, stante il riverberarsi delle contestazioni ricadenti sulla scelta dei criteri di selezione delle offerte sui provvedimenti antecedentemente emessi dall'amministrazione aggiudicatrice.

D'altro canto, ancor più stridente con i consolidati approdi giurisprudenziali si rivelava l'alternativa identificazione della posizione differenziata legittimante la proposizione del ricorso nella formulazione della domanda di partecipazione al confronto competitivo ovvero nella mera situazione fattuale del rientrare l'attività dell'operatore economico interessato nel settore cui la procedura concorsuale afferisse.

Com'è noto, la declaratoria di ammissibilità dell'impugnazione esperita avverso un provvedimento amministrativo è indefettibilmente condizionata al positivo scrutinio, da parte dell'autorità giurisdizionale adita, tanto della titolarità di una posizione giuridica attiva differenziata, avente la consistenza di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo – e, dunque, non assimilabile al mero interesse di fatto –, quanto della sussistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale, causalmente riconducibile all'adozione del provvedimento, dell'interesse sostanziale vantato dal ricorrente, non disgiunta dalla dimostrazione dell'utilità concretamente ritraibile dall'accoglimento del gravame.

Cionondimeno, l'orientamento pretorio maggioritario non ha mancato di precisare come la condizione della legittimazione al ricorso assuma una

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

conformazione del tutto peculiare con particolare riguardo alle controversie aventi ad oggetto pubbliche commesse.

Segnatamente, in *subiecta materia*, la *legitimitatio ad causam* dovrebbe essere in linea di principio riconosciuta esclusivamente agli operatori economici i quali abbiano partecipato alla procedura di aggiudicazione<sup>10</sup>, affermandosi, per questa via, la sussistenza di una connessione tra l'acquisto della qualità di partecipante e la titolarità di una posizione giuridica sostanziale differenziata e meritevole di tutela<sup>11</sup>. Detta regola generale è destinata a cedere il passo all'applicazione di regimi giuridici derogatori con esclusivo riguardo a fattispecie affatto peculiari<sup>12</sup>, relativamente alle quali la titolarità di una posizione giuridica differenziata ovvero un ulteriore requisito di legittimazione possono essere desunti *aliunde*.

Ci si riferisce alle ipotesi in cui il gravando provvedimento ed, in particolare, il bando di gara si connoti per la presenza di clausole aventi portata escludente, giacché relative alla necessaria sussistenza di requisiti non posseduti dall'operatore economico partecipante al confronto competitivo e, conseguentemente, ostantive alla stessa formulazione di una domanda di partecipazione.

Una condizione, quest'ultima, cui potrebbe essere solo con difficoltà ricondotto l'eventuale interesse serbato da un operatore economico alla legittima scelta del criterio di aggiudicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, giacché il riconoscimento della legittimazione alla proposizione del ricorso, in vista dell'eventuale riedizione della procedura, si risolverebbe da un lato in una surrettizia "rimessione in termini" del soggetto che non abbia proposto la domanda di partecipazione, traducendosi in un inutile dispendio di risorse, dall'altra darebbe la stura ad un'inevitabile deriva in senso obiettivo del sistema di tutela giurisdizionale amministrativa.

Ciò importerebbe il disancorare l'intervento giurisdizionale dalla verifica di un pregiudizio alla sfera giuridica soggettiva dell'interessato, dal momento che in fattispecie di tal fatta sarebbe arduo riconoscere il verificarsi di una lesione sia pure potenziale delle posizioni giuridiche attive del "mancato partecipante".

Sul punto, la pronunzia quivi annotata ha efficacemente provveduto a

<sup>10</sup> Così Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

<sup>11</sup> *Ex multis*, Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4.

<sup>12</sup> Esse si sostanziano: a) nella contestazione, da parte dell'operatore economico, della stessa decisione assunta dall'amministrazione aggiudicatrice di indire una procedura ad evidenza pubblica; b) nel mancato esperimento di una procedura di gara, facendo ricorso all'affidamento diretto; c) nell'esistenza di clausole della legge di gara atte a dispiegare automa attitudine lesiva nei confronti dell'operatore economico interessato all'aggiudicazione.

confutare le linee interpretative tendenti a teorizzare l'estensione della legittimazione alla proposizione del ricorso sulla scorta del richiamo alle linee di fondo della disciplina di diritto derivato sovranazionale. In particolare, la posizione di preminenza da accordare alla piena esplicazione del principio di libera concorrenza in relazione al mercato delle pubbliche commesse non può spingersi sino al punto da obliterare la centralità dell'interesse all'aggiudicazione.

Segnatamente, com'è stato posto in rilievo dal Consiglio di Stato, «anche se si volesse accedere ad una nozione allargata di legittimazione individuando un interesse dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore» l'interesse serbato dall'operatore del settore il quale abbia omissso di formulare la domanda di partecipazione (oltre ad essere smentito dalla circostanza dell'omissione della detta manifestazione di interesse alla procedura) «non sarebbe né attuale né “certo”, ma meramente ipotetico», per questa via ingenerando delle disparità rispetto le situazioni in cui si trovi a versare il partecipante alla competizione, chiamato ad esperire l'impugnazione avverso gli atti di gara non immediatamente lesivi della propria sfera giuridica attiva esclusivamente all'esito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Nella medesima prospettiva, sia pur con particolare riferimento alla possibilità di esperire in via autonoma l'impugnazione avverso le clausole afferenti la scelta dei criteri di aggiudicazione ovvero relative agli aspetti “formali” della gara, lo stesso riconoscimento, ad opera del Legislatore nazionale, della legittimazione all'impugnazione degli atti afferenti procedure ad evidenza pubblica in capo all'Autorità nazionale anticorruzione ex art. 211, d.lgs. n. 50/2016, non pare al giudice adito possa deporre nel senso di un'estensione dell'onere di tempestiva impugnazione, sì da essere considerato alla stregua di un implicito e simmetrico riconoscimento in capo all'operatore economico della possibilità di tutelare in via assoluta, indipendentemente dal verificarsi di un *vulnus* alla propria sfera giuridica, l'eventuale interesse alla concorrenzialità del mercato.

In particolare, il collegio ha posto in rilievo, in primo luogo, la diversità “ontologica” delle posizioni rivestite dall'Autorità di Vigilanza del settore e dal mero operatore economico, giacché, mentre la prima si trova ad essere legittimata alla proposizione dell'impugnazione in vista della tutela dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato dei contratti pubblici, il secondo, al contrario, sarebbe pur sempre portatore dell'interesse primario all'aggiudicazione della commessa, destinato a cedere il passo alla soddisfazione dell'interesse strumentale alla riedizione della gara soltanto nell'ipotesi in cui la piena realizzazione di quello risulti precluso dall'esito infausto della procedura.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

Quanto all'interrogativo centrale sotteso all'ordinanza di rimessione, sostanziantesi nell'eventuale estensibilità dell'onere di tempestiva impugnazione alle clausole afferenti l'illegittima scelta del criterio di aggiudicazione, l'Adunanza plenaria, dunque, si richiama all'elaborazione pretoria tradizionale, in primo luogo negando che le stesse possano essere ricondotte nel novero delle previsioni immediatamente lesive, ribadendo come la potenziale illegittimità delle stesse sia destinata a disvelarsi esclusivamente all'atto dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

### **3. La scelta dei criteri di aggiudicazione da parte della stazione appaltante: dalle discipline settoriali all'adozione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra elementi di continuità e soluzioni innovative**

La posizione di centralità rivestita dalle statuizioni afferenti il *quantum* di apprezzamento discrezionale concesso alle amministrazioni aggiudicatrici in ordine alla conformazione della procedura di affidamento nell'alveo degli indirizzi interpretativi favorevoli ad un'estensione delle ipotesi di diretta impugnazione della *lex specialis* di gara, impone di ripercorrere, sia pur incidentalmente, le evoluzioni della legislazione nazionale e sovranazionale in relazione alla scelta dei criteri di aggiudicazione delle pubbliche commesse, volgendo l'attenzione alle prescrizioni contenute negli atti di diritto derivato sovranazionale dedicati al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi<sup>13</sup> ed alla conferente disciplina attuativa .

<sup>13</sup> Dal momento che una capillare ricostruzione, in prospettiva diacronica, delle disposizioni di diritto interno afferenti le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, esulerebbe dall'oggetto della presente trattazione, giovi richiamare, in modo necessariamente incompleto, quelli che potrebbero essere ritenuti i più significativi interventi del Legislatore nazionale. Con l'adozione del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, e del successivo d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, il Legislatore interno provvedeva al recepimento delle disposizioni di cui alle risalenti dirr. 71/305/CE e 93/37/CE, relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e di forniture, prescrivendo che l'affidamento dei contratti di rilevanza comunitaria fosse condotto avendo riguardo ai criteri di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per questa via conferendo all'amministrazione aggiudicatrice un considerevole margine di apprezzamento in ordine all'opzione per l'una o l'altra modalità di selezione dell'offerta aggiudicataria; di contro, l'aggiudicazione degli appalti pubblici di importo inferiore alla predetta soglia soggiaceva all'applicazione delle disposizioni di cui alla l. 2 febbraio 1973, n. 14, le quali prevedevano che la selezione dell'offerta aggiudicataria fosse condotta avendo riguardo ad un sistema di "medie" variamente determinato, in relazione alla concreta articolazione della procedura esperita. L'entrata in vigore della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e ss. mm. ii., ha segnato

Segnatamente, i più risalenti interventi del Legislatore comunitario in materia di *public procurement*<sup>14</sup> si caratterizzavano per l'aver accordato una

una netta soluzione di continuità rispetto gli intenti perseguiti dal legislatore nel biennio precedente. Se, da un lato la c.d. legge Merloni ha consentito di realizzare il superamento del "particolarismo" che aveva storicamente connotato la previgente legislazione in materia di pubbliche commesse, predicando l'estensione della disciplina relativa agli appalti di lavori di rilevanza comunitaria agli affidamenti c.d. sotto-soglia, dall'altro, il perseguimento delle istanze di trasparenza in relazione alle procedure di affidamento si è tradotto nell'istituzione di un rapporto di regola ad eccezione nei criteri di selezione delle offerte aggiudicatarie, ignoto agli atti legislativi dianzi menzionati, comprimendo, per questa via, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, l'art. 21, l. n. 109/1994, nell'originaria formulazione, poneva quale regola di carattere generale per l'affidamento di contratti di appalto con le procedure dell'asta pubblica e della licitazione privata il ricorso al criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta di prezzi unitari ovvero mediante offerta del massimo ribasso sui prezzi posti a base della gara, circoscrivendo l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alle sole ipotesi di affidamento di contratti di concessione di lavori pubblici mediante licitazione privata e di aggiudicazione di contratti di appalto di lavori mediante appalto-concorso. Soltanto in seguito, per effetto della novella introdotta dall'art. 7, c. 1, lett. m), l. n. 166/2002, il Legislatore interno aveva parzialmente esteso il novero delle fattispecie contrattuali soggette ad aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia pur circoscrivendo entro angusti spazi l'ambito di operatività della novellata disciplina. Segnatamente, l'opzione per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ordine ai contratti da aggiudicarsi mediante asta pubblica o licitazione privata postulava il ricorrere di una pluralità di circostanze, afferenti tanto all'importo, quanto all'oggetto dell'aggiudicando contratto. Scaffendo il dogma dell'unificazione disciplinare – il quale, come si è ricordato *supra*, potrebbe non senza ragioni essere considerato alla stregua di una caratteristica peculiare delle disposizioni legislative recate dalla c.d. Legge Merloni – il novellato art. 21, c. 1-*ter* vedeva la propria portata precettiva limitata alla fattispecie contrattuali il cui importo eccedesse la c.d. soglia di rilevanza comunitaria e che si connotassero, al contempo, per l'incidenza delle soluzioni elaborate dal partecipante alla procedura di aggiudicazione in ordine alla concreta conformazione del progetto di opera pubblica.

Sul punto, sia consentito rinviare a R. De Nictolis, *Criteri di selezione delle offerte*, in Id. *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Ambito soggettivo e oggettivo. Procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 960 ss., P. De Nictolis e R. De Nictolis, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2008, nonché, più di recente, ID *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017, 1130 ss, ID *La Corte CE e l'art. 21 legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2004, 1267, nonché, per un'efficace lettura in chiave critica delle disposizioni introdotte dalla L. n. 166/2002 M. Clarich, *La legge Merloni-quater tra flessibilità e instabilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss.

<sup>14</sup> Il riferimento corre, indubbiamente, all'ormai risalente dir. 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, il cui art. 36 è stato pressoché testualmente trasposto nell'ordinamento interno per mezzo della disposizione di cui all'art. 23, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157.



## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

posizione di preminenza alle prescrizioni afferenti la selezione della controparte contrattuale privata, con precipuo riguardo alle procedure esperibili dalle amministrazioni aggiudicatrici, in una con l'imposizione di obblighi di pubblicità particolarmente penetranti – rivelandosi siffatte previsioni funzionali al perseguimento dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici partecipanti al confronto competitivo – riservando, di contro esclusivamente laconici rimandi ai criteri di selezione delle offerte aggiudicatarie<sup>15</sup>, identificati nei criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, lasciando impregiudicata la facoltà, in capo agli Stati membri, di discostarsi dalle dette previsioni qualora una deroga alle norme comunitarie avesse rinvenuto la propria giustificazione nell'esistenza di un particolare regime di aiuti.

L'adozione delle dirr. 2004/17/CE e 2004/18/CE, relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto nei settori ordinari ed esclusi,<sup>16</sup> denota l'acquisizione di una più matura consapevolezza del rilievo da ascrivere alla disciplina afferente la determinazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte nella più ampia ottica di promozione di un effettivo assetto concorrenziale del mercato in subiecta materia.

Dalla disamina delle fonti legislative testé richiamate<sup>17</sup> affiora plasticamente l'idea che lo stesso meccanismo di selezione delle offerte adottato dalle amministrazioni aggiudicatrici – e, conseguentemente, il segmento cruciale della procedura di affidamento – debbano essere improntati all'osservanza degli imperativi di trasparenza procedurale e di parità di trattamento degli operatori economici, costituenti espressione dei principi sanciti dai Trattati istitutivi ed in assenza dei quali la soggezione dei contratti pubblici alle regole della concorrenza non potrebbe ritenersi pienamente realizzata.

<sup>15</sup> Si vedano, in particolare, CGUE, sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/1999, *Concordia Bus Finland*, nonché Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 4 dicembre 2003, in causa C-448/2001, *Wienstrom GmbH*.

<sup>16</sup> Ci si riferisce, segnatamente, ai settori dell'energia elettrica, dell'acqua, del gas, delle poste e trasporti, mercati, questi ultimi, relativamente ai quali l'introduzione di una disciplina derogatoria, fondata sul riconoscimento di una maggiore flessibilità in capo ai legislatori nazionali, rinveniva la propria ragion d'essere nell'esistenza di regimi fondati sulla concessione di diritti speciali od esclusivi in capo agli operatori economici chiamati a prestare i servizi *de quibus* – una circostanza, quest'ultima, la quale, anteriormente all'intervento regolatorio dispiegato dalle istituzioni comunitarie, aveva sortito la conseguenza di sottrarre le fattispecie contrattuali afferenti i predetti settori alla soggezione alle dinamiche concorrenziali di mercato.

<sup>17</sup> Si vedano, sul punto, il *considerando n. 55*, dir. 2004/17/CE ed i *considerando n. 46 e 47*, dir. 2004/18/CE.

L'intento avuto di mira dal legislatore sovranazionale, da identificare nell'estensione della platea dei potenziali concorrenti- quale emergente dall'introduzione di condizioni sempre più restrittive per legittimare l'opzione per procedure potenzialmente idonee a minare l'effettività del confronto competitivo, nonché dalla tipizzazione dei criteri di selezione qualitativa-, sarebbe vanificato laddove alla stazione appaltante fosse consentito di procedere alla valutazione delle offerte avvalendosi di criteri predisposti *ad hoc*, in base alle caratteristiche della singola offerta, prescindenti dall'oggetto dell'affidando contratto.

L'utilizzo di una siffatta chiave di lettura induce a ritenere pienamente condivisibile l'approccio adottato dalle istituzioni eurounitarie, le quali hanno profuso le proprie energie non nella mera elencazione dei criteri di aggiudicazione dei contratti, bensì nella meticolosa enunciazione degli obblighi informativi<sup>18</sup> incombenti in capo alle amministrazioni aggiudicatrici all'atto della predisposizione della *lex specialis* di gara e nell'elencazione, sia pur non rivestente carattere tassativo<sup>19</sup>, degli elementi oggetto di valutazione nelle ipotesi di opzione per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso.

Trattasi di prescrizioni evidentemente finalizzate a scongiurare il rischio che l'operato dell'ente si risolvesse nell'adozione di una decisione meramente arbitraria, senza che, tuttavia, il perseguimento di siffatte istanze ridondasse in un irragionevole irrigidimento delle procedure di aggiudicazione, ovvero conducesse all'integrale depauperamento delle libertà di manovra della stazione appaltante.

Sul versante della disciplina legislativa nazionale, gli atti di diritto derivato testé richiamati sono stati trasposti nel panorama giuridico interno ad opera del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>20</sup>. Dalla disamina delle disposizioni di

<sup>18</sup> Sia consentito richiamare quanto previsto dall'art. 53, par. 2, dir. 2004/18/CE, nella parte in cui onerava le amministrazioni aggiudicatrici di specificare, nella *lex specialis* di gara, la ponderazione relativa attribuita ai singoli criteri da valutare ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, consentendo di derogare a siffatta regola generale esclusivamente laddove l'amministrazione aggiudicatrice motivasse debitamente l'impossibilità di procedere all'indicazione del peso relativo, pur senza esonerarla dall'indicazione dell'ordine decrescente di importanza dei criteri di valutazione delle offerte.

<sup>19</sup> Il medesimo art. 53, par. 1, lett. a), dir. 2004/18/CE, in analogia rispetto quanto previsto dall'ultimo alinea del *considerando* n.47 del medesimo atto di diritto derivato, si limitava ad indicare, esemplificativamente, criteri afferenti la qualità, il pregio tecnico, artistico, il termine per la consegna dei lavori, nonché le caratteristiche ambientali e la redditività dell'opera o del servizio.

<sup>20</sup> Sul punto, si rinvia a R. Caranta, *Contratti pubblici*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, aggiornamento, I, Torino, Utet, 2008.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

cui alla Sezione V, Parte II, del previgente codice dei contratti pubblici emerge con particolare nitore la peculiarità dell'approccio seguito in relazione alla conformazione delle disposizioni di diritto interno afferenti i criteri di valutazione delle offerte, per certi versi antitetico rispetto la metodologia generalmente prediletta dal legislatore nazionale nel procedere all'adeguamento della disciplina interna al diritto derivato sovranazionale.

In particolare, se, da un lato, il *proprium* del previgente codice era da ravvisarsi nell'adozione di soluzioni maggiormente restrittive per le amministrazioni aggiudicatrici rispetto quanto imposto dai trasponendi atti di diritto derivato<sup>21</sup>, al contrario, il recepimento delle disposizioni dianzi menzionate sembrava essere stato condotto all'insegna della fedeltà non al mero contenuto precettivo, ma allo stesso tenore letterale delle conferenti disposizioni di diritto sovranazionale.

Segnatamente, ad una disposizione avente carattere generale, incentrata sull'individuazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte<sup>22</sup>, si giustapponevano previsioni dal contenuto precettivo particolarmente analitico, il cui *proprium* consisteva nella fissazione degli obblighi procedurali<sup>23</sup> ed informativi incombenti in capo alle amministrazioni aggiudicatrici<sup>24</sup>.

Al pari di quanto osservato in relazione alla regolazione eurounitaria, anche con riferimento alla disciplina di diritto interno, all'enunciazione degli obblighi di pubblicità faceva da contraltare il riconoscimento di un

<sup>21</sup> Com'è agevolmente intuibile dalla capillare regolazione di istituti e di procedure non ricadenti nel campo di applicazione delle direttive, com'è a dirsi per le procedure di aggiudicazione dei contratti c.d. sotto-soglia, la cui disciplina, sia pur con taluni adattamenti costituenti il corollario dell'irrelevanza delle fattispecie *de quibus* rispetto il diritto dell'Unione Europea, si trovava ad essere pressoché integralmente mutuata da quella afferente ai contratti di appalto di valore superiore alla soglia di rilevanza europea.

<sup>22</sup> Ci si riferisce, essenzialmente, a quanto statuito dall'art. 81 del previgente codice dei contratti pubblici, in punto di determinazione dei criteri di aggiudicazione delle offerte, nella parte in cui si limitava a prevedere la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di pervenire all'individuazione dell'offerta aggiudicataria facendo applicazione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso.

<sup>23</sup> Si ponga mente, in particolare, a quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 83 e 84, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui prevedevano che, nelle ipotesi di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte fosse demandata ad una commissione giudicatrice, provvedendo altresì ad elencare esaustivamente i requisiti e le condizioni di incompatibilità per la nomina dei componenti della predetta commissione.

<sup>24</sup> Segnatamente, le disposizioni di cui all'art. 82, c. 2, lett. *a*) e *b*), e all'art. 83, c. 1-5, provvedevano alla capillare individuazione degli elementi, relativi ai criteri di aggiudicazione prescelti dalla stazione appaltante, da inserire indefettibilmente all'interno del bando di gara, includendovi altresì l'eventuale indicazione dei sub-pesi e dei sub-punteggi da attribuire ai singoli elementi oggetto di valutazione ai fini della determinazione della migliore offerta.

ampio margine di apprezzamento discrezionale nell'opzione per l'uno o l'altro meccanismo di valutazione delle offerte, dal momento che, eccezion fatta per l'aggiudicazione dei contratti mediante la procedura di dialogo competitivo<sup>25</sup>, il legislatore del 2006 aveva consacrato il principio della piena fungibilità tra i criteri *de quibus*.

Volgendo nuovamente l'attenzione allo scenario europeo, è opportuno porre in rilievo come le Istituzioni avessero pienamente recepito le osservazioni formulate dalla Corte di giustizia in ordine agli elementi di opacità insiti nella previgente disciplina di diritto derivato sovranazionale<sup>26</sup>, ritenuti potenzialmente idonei ad inficiare il completamento del processo di armonizzazione legislativa nella materia *de qua*.

Con particolare riguardo alla conformazione dei criteri di selezione delle offerte, giovi rammentare quanto posto in rilievo dalla Commissione europea in sede di adozione del Libro verde sulla modernizzazione della politica europea in materia di appalti pubblici. In particolare, ad avviso dei redattori, un eventuale discostamento dalle conclusioni all'uopo rassegnate dalla giurisprudenza sovranazionale in relazione alla necessaria inerenza dei criteri di valutazione delle offerte alle caratteristiche oggettive dell'aggiudicando contratto, avrebbe sortito effetti perniciosi in ordine al perseguimento del principio di parità di trattamento dei concorrenti *in subiecta materia*<sup>27</sup>.

Siffatte osservazioni sono state successivamente trasfuse, almeno parzialmente, nelle recenti dirr. 2014/23/UE in materia di contratti di concessione, 2014/24/UE, relativa all'aggiudicazione dei contratti di appalto nei settori ordinari e 2014/25/UE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori speciali, com'è dato in-

<sup>25</sup> Giovi, sul punto, richiamare, quanto prescritto dall'art. 58, c. 4, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale, l'aggiudicazione dei contratti mediante ricorso alla procedura di dialogo competitivo avrebbe dovuto essere indefettibilmente condotta avvalendosi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per le evoluzioni disciplinari della procedura di dialogo competitivo, sia consentito rinviare a H. Caroli Casavola, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 451 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, si rinvia a M. Cozzio, *Prime considerazioni sulle proposte di Direttive Europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino (a cura di) *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, precipuamente 125 ss., laddove l'a., nel ripercorrere gli interventi di riforma succedutisi in relazione alla disciplina degli appalti di rilevanza europea, ha posto in rilievo la centralità delle conclusioni rassegnate dalla giurisprudenza eurounitaria, chiamata ad assolvere non una funzione meramente esegetica, bensì a supplire alle carenze normative, incidendo considerevolmente sull'evoluzione disciplinare degli istituti di derivazione europea.

<sup>27</sup> Si rinvia, sul punto, alla Comunicazione della Commissione Europea del 27 gennaio 2011, COM (2011)15.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

ferire dalla disamina dell'articolato e dei *considerando* premessi ai predetti atti legislativi.

Segnatamente, alla codificazione delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, in punto di obblighi informativi incombenti sulle amministrazioni aggiudicatrici e di necessaria afferenza dei criteri di valutazione alle caratteristiche oggettive del contratto, si accompagna l'idea della necessità di un ripensamento della stessa nozione di offerta economicamente più vantaggiosa, quale codificata dalle previgenti direttive europee. Ciò dovrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di selezionare l'offerta maggiormente rispondente alle proprie esigenze, tenendo conto non solo degli elementi qualitativi, bensì degli aspetti legati al prezzo o al c.d. costo del ciclo di vita, ovvero elaborando misure finalizzate all'inclusione sociale, purché non aliene all'oggetto dedotto in contratto, pur riconoscendo in capo agli Stati membri la facoltà di limitare a talune specifiche tipologie contrattuali l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa determinata sulla scorta del solo prezzo.

Quanto alla trasposizione delle disposizioni *de quibus* nell'ordinamento nazionale<sup>28</sup>, le soluzioni adottate dal Legislatore interno si discostano, sia pur in parte, dalle conferenti prescrizioni diritto derivato sovranazionale, pervenendo alla codificazione di un regime giuridico per certi versi più restrittivo, con precipuo riguardo alle fattispecie destinate a soggiacere all'applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

In particolare, l'art. 95, d.lgs. n. 50/2016, nel dare attuazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, c. 1, lett. *ff*) e *gg*), l. 28 gennaio 2016, n. 11, ha applicato in maniera alquanto rigida la facoltà prevista *ex art.* 67, par. 1, secondo alinea, dir. 2014/24/UE, circoscrivendo ad un esiguo novero di fattispecie la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di optare per un criterio di aggiudicazione diverso dall'offerta economicamente più vantaggiosa determinata in base al rapporto qualità/prezzo<sup>29</sup>. Segnatamente, la disposizione

<sup>28</sup> Sul punto, si rinvia a C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 459 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, si confronti quanto osservato da C. Deodato, *L'estensione dell'ambito applicativo del massimo ribasso: una scelta giusta*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), laddove l'a., nel sottoporre a vaglio critico la scelta operata dal Legislatore del 2016 di circoscrivere la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici in ordine all'opzione per l'uno o l'altro criterio di selezione dell'offerta aggiudicataria, ha posto in rilievo come gli assunti dai quali traevano alimento le resistenze all'adozione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo si trovino ad essere destituiti di fondamento per effetto dell'introduzione della disciplina legislativa di cui al vigente codice dei contratti pubblici e, precipuamente, dalla codificazione del c.d. metodo anti-turbativa. Quest'ultimo si rivela atto a precludere la possibilità di accordi collusivi finalizzati alla preventiva determinazione della soglia di anomalia. Inoltre, l'introduzione

dianzi menzionata, nella formulazione antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2017, n. 56, sembrerebbe aver dato la stura all'affermazione di un rapporto di regola ad eccezione in ordine agli elementi cui avere riguardo ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per questa via pervenendo, da un lato, ad un ampliamento della discrezionalità conferita all'amministrazione aggiudicatrice nel segmento cruciale della procedura di aggiudicazione, stante la natura non meramente meccanica del sistema di valutazione delle offerte<sup>30</sup>, da un altro alla compressione delle facoltà di scelta dell'ente affidante all'atto della predisposizione della *lex specialis* di gara.

Più nello specifico, all'amministrazione aggiudicatrice era consentito optare per il criterio di aggiudicazione dell'o.e.p.v. determinata con riferimento al solo elemento del minor costo esclusivamente nelle ipotesi in cui l'affidando contratto avesse avuto ad oggetto lavori da eseguire sulla base di un progetto esecutivo, in guisa da precludere la possibilità di ricorrere alle varianti, ed il cui importo non eguagliasse la c.d. soglia di rilevanza europea, ovvero servizi o forniture aventi caratteristiche standardizzate o caratterizzati da elevata ripetitività.

A siffatte disposizioni si giustapponevano ulteriori previsioni, il cui proprium consisteva nel riconoscimento dell'obbligatorietà del ricorso al criterio dell'o.e.p.v. determinata sulla scorta del miglior rapporto tra qualità e prezzo, afferenti tanto l'affidamento di contratti relativi ai servizi di ingegneria, quanto l'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto servizi di ristorazione ospeda-

dell'obbligatorietà dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici sulla scorta di un progetto esecutivo, precluderebbe la possibilità di varianti in corso d'opera e, conseguentemente, un incremento degli emolumenti da corrispondere all'appaltatore. Infine, l'assunzione dei minimi salariali inderogabili ad elemento di valutazione dell'anomalia dell'offerta si rivelerebbe idonea a prevenir le distorsioni legate all'utilizzo del detto metodo di valutazione. L'autore ha rilevato, al contrario, come il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa, almeno in potenza, rivelarsi idoneo ad ingenerare distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato, un rischio, questo, arginabile per mezzo della riduzione delle ipotesi di ricorso al criterio dell'o.e.p.v., in particolare circoscrivendole agli affidamenti relativamente ai quali la qualità delle prestazioni assuma un rilievo determinante in relazione all'oggetto del contratto, ovvero riservandone l'utilizzo esclusivamente alle amministrazioni aggiudicatrici debitamente qualificate.

<sup>30</sup> Si consideri quanto osservato, sia pur in relazione alla disciplina legislativa previgente, da A. Massera, *I contratti in Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Generale*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, 1587, secondo il quale «Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – che corrisponde in gran parte a quello dell'appalto-concorso – è il criterio in cui l'elemento del prezzo perde quel suo ruolo esclusivo [...] rendendo meno automatica l'individuazione del contraente ed ampliando il margine di valutabilità da parte dell'amministrazione appaltante delle offerte presentate dai concorrenti».

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

liera ovvero degli appalti che, a prescindere da considerazioni inerenti la natura e le caratteristiche delle prestazioni dedotte in contratto, potessero essere ascritte al *genus* dei contratti c.d. ad alta intensità di manodopera.

### 4. La determinazione della natura giuridica del bando di gara nell'elaborazione dottrinale e pretoria

Così ripercorse le evoluzioni registrate nel panorama normativo sovranazionale e nazionale in ordine ai criteri di selezione delle offerte, è ora opportuno volgere l'attenzione ad una tematica, per certi versi preliminare ed indissolubilmente legata alla ricostruzione del regime di impugnazione della *lex specialis* di gara e particolarmente cara alla scienza giuridica ed alla giurisprudenza nazionali, come testimoniano i molteplici tentativi, da questi posti in essere, di fornire risposta agli interrogativi lasciati insoluti dal Legislatore nazionale.

Ci si riferisce all'individuazione della natura giuridica<sup>31</sup> dei bandi e de-

<sup>31</sup> Sia consentito rinviare a R. De Nictolis e C. Volpe, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2008, 1843, laddove gli autori pongono in rilievo le difficoltà di qualificazione giuridica del bando di gara e le diverse ricostruzioni operate dalla scienza giuridica nazionale.

Per una peculiare ricostruzione della natura giuridica del bando di gara in chiave privatistica, si rinvia a O. Sepe, *Contratto (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, spec. 1000 e 1006, laddove l'a. opera una distinzione tra l'avviso d'asta che «non costituendo proposta, non ha il valore di un'offerta al pubblico, ma di *invitatio ad offerendum*. Nell'esternalarlo, la pubblica amministrazione si vincola ad osservare [...] determinate modalità procedurali e delimita l'oggetto e le condizioni essenziali del futuro contratto» e gli inviti inoltrati dalle amministrazioni appaltanti nell'ambito delle procedure di appalto concorso, i quali sembrano risolversi in «una dichiarazione della pubblica amministrazione che promette di contrarre con quello dei concorrenti il cui progetto risponderà ai requisiti da essa richiesti e solo ove a tali requisiti risponda. Il procedimento è perciò precontrattuale e non contrattuale e si profila come *pactum de contrahendo*, nel quale peraltro [...] rimane vincolato il solo contraente privato e non l'amministrazione». Sia pur riconoscendo al bando di gara una duplice natura (privatistica nei rapporti intersoggettivi, pubblicistica nei rapporti interni), M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 384 e 385, laddove l'A. dianzi citato così esprimeva il proprio pensiero: «Il bando di gara presenta un aspetto interno ed uno esterno. Sotto l'aspetto interno è atto riproduttivo e integrativo della deliberazione di contrarre [...] La rilevanza dell'aspetto interno del bando di gara si esaurisce, nell'ambito intersoggettivo, nel render possibile l'impugnativa della deliberazione di contrattare. Nei rapporti intersoggettivi conta, invece, l'aspetto esterno: sotto il quale il bando di gara è una proposta al pubblico». Più di recente F.P. Pugliese, *Contratto (contratti della pubblica amministrazione)*, in *Enc. giur.* IX, Roma, Treccani, 1988, laddove l'a., riconosce le difficoltà insite nella polimorfa ricostruzione (in parte negoziale, giacché largamente riproduttivo della deliberazione di contrarre, in parte provvedimentale, in quanto atto ad integrare le disposizioni contenute in quella) della na-

gli avvisi di gara e di concorso e, precipuamente, alla riconduzione degli atti *de quibus* nel novero dei provvedimenti, *sive* atti amministrativi a contenuto generale<sup>32</sup>, ovvero degli atti amministrativi a contenuto normativo, dal momento che l'iscrizione all'una ovvero all'altra categoria si trova a sortire effetti peculiari in relazione alla determinazione del regime giuridico dell'atto, non esaurendosi in un mero esercizio di stile, anche in considerazione delle oscillazioni recentemente registrate nella giurisprudenza amministrativa, specialmente di prime cure. Si precisa che si ometteranno le ricostruzioni di matrice privatistica, giacché ruscate dalla giurisprudenza dominante.

Dal momento che una compiuta ricostruzione dell'istituto del provvedimento amministrativo da un lato, e delle fonti del diritto amministrativo dall'altro esulerebbero dall'oggetto della presente trattazione, si tenterà, quivi di porre in rilievo il discrimine tra le due categorie testé menzionate, in particolare concentrando l'attenzione sui profili contenutistici degli atti d'anzì menzionati, evidenziando, altresì le ricadute pratiche della riconduzione degli atti amministrativi in oggetto all'una ovvero all'altra.

Com'è stato posto in rilievo in dottrina<sup>33</sup>, nell'alveo del *genus* dell'atto amministrativo<sup>34</sup>, una posizione del tutto peculiare va ascritta alle *species* degli atti generali a contenuto normativo e non, *fattispecie*, queste ultime, accomunate dal fatto di rivolgersi ad una generalità indifferenziata di destinatari, non determinabile aprioristicamente ma, al contempo, connotati da peculiarità strutturali e contenutistiche tali da determinare la soggezione di ciascuna ad una disciplina giuridica propria e ben distinta.

Se, da una parte, è innegabile che tanto gli atti amministrativi generali *tout court* quanto gli atti normativi e, precipuamente, i regolamenti, si trovino ad essere assoggettati ad una disciplina per certi versi derogatoria rispetto quanto previsto in ordine ai provvedimenti amministrativi puntuali<sup>35</sup>, cio-

tura del bando di gara, mostrando di propendere, sostanzialmente, per la riconduzione dello stesso nell'alveo della categoria concettuale dell'invito al pubblico, quale propugnata dalla giurisprudenza maggioritaria. Sostiene la natura composita del bando di gara D. Bortolotti, *Contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, IV, Torino, Utet, 1989. Per una compiuta rassegna delle ricostruzioni dottrinali, si rinvia a C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet Giuridica, 2010.

<sup>32</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 167 ss., nonché Id., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9-24

<sup>33</sup> Sul punto, si rinvia a B.G. Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Generale*, a cura di S. Cassese, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003, 752 ss.

<sup>34</sup> Si rinvia, sul punto, a F. Satta, *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988.

<sup>35</sup> Si considerino, esemplificativamente, da un lato la deroga al generale obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, quale codificata *ex art.* 3, c. 2, l. n. 241/1990,



## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

nondimeno il relativo regime giuridico si trova a divergere sotto molteplici profili, in primo luogo in punto di conseguenze derivanti dal mancato esperimento, entro il termine decadenziale legislativamente stabilito, dell'impugnazione avverso i predetti atti.

Prima di prendere posizione in ordine alla qualificazione giuridica del bando di gara, sarà, dunque, opportuno ripercorrere, sia pur sinteticamente, le elaborazioni dei più autorevoli esponenti della scienza giuridica nazionale in ordine alla stessa possibilità di concepire una categoria dell'atto amministrativo generale ed alla determinazione dei relativi elementi distintivi, non senza volgere l'attenzione all'incidenza dalle medesime sortita in relazione agli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza amministrativa.

Il riferimento corre, indubbiamente, all'ormai risalente ma, nondimeno, di perdurante interesse elaborazione del Sandulli<sup>36</sup>, il quale, nell'edificare una teorica dell'*atto amministrativo generale c.d. a contenuto concreto*, determinandone il discrimen rispetto la limitrofa figura del *regolamento ordinario*, non mancò di porre in rilievo la fallacia degli assunti dai quali traevano alimento le tesi tendenti ad identificare il principale, se non unico, elemento distintivo tra le due species di atti generali, nella sussistenza e nella riconoscibilità di una volontà o causa legislativa in capo all'autorità amministrativa emanante<sup>37</sup>, per questa via gettando le basi per l'elaborazione del criterio di distinzione c.d. sostanziale<sup>38</sup>, attualmente recepito dall'orientamento pretorio maggioritario.

dall'altra la mancata ricomprensione degli atti afferenti ai procedimenti amministrativi preordinati all'adozione dei provvedimenti indicati in epigrafe nel campo di applicazione oggettivo dell'accesso procedimentale.

<sup>36</sup> Sul punto, sia consentito rinviare ad A.M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Milano, Giuffrè, 1957, ora in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici, I*, Napoli, Jovene, 1990, 39 ss.

<sup>37</sup> In particolare, ad avviso di A.M. Sandulli, *op.ult. cit.*, 42, «[...] Non è certo la presenza o la mancanza di una intenzione legislativa nell'agente a far sì che una disposizione, o un corpo di disposizioni, acquisti o non (a seconda appunto di tale intenzione) natura regolamentare [...] Facendo, invece, richiamo al foro interno dell'agente [...] si determinano gravissime difficoltà, non essendo semplice, sul piano pratico, stabilire dove sussista nell'agente una volontà o una causa legislativa e dove no: se non è difficile stabilire che cosa con l'atto si sia voluto disporre, lo è per contro- e molto- lo stabilire se lo si sia voluto o non in funzione integrativa dell'ordinamento giuridico».

<sup>38</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, 439, laddove l'autore, pur ponendo in rilievo le difficoltà legate all'applicazione in concreto del criterio c.d. sostanziale, ritiene che debba essere ascritto alla categoria delle fonti secondarie l'atto amministrativo il cui contenuto sia generale ed astratto, le cui norme, in altri termini, siano preordinate alla regolazione di una serie indefinita di fattispecie, sempre ipoteticamente ripetibili.

In particolare, il proprium degli atti amministrativi generali a contenuto non normativo – tra i quali egli espressamente annoverava i bandi di gara e di concorso<sup>39</sup> – avrebbe dovuto essere ravvisato nella mancanza di un’attitudine innovativa dell’ordinamento giuridico vigente, stante l’impossibilità di ascrivere gli atti in commento alle fonti di produzione giuridica, in una con la peculiare configurazione delle fattispecie costituenti l’oggetto degli atti de quibus, difettanti dei requisiti dell’astrattezza e, di converso, già in nuce disciplinate dalle fonti di produzione giuridica – elemento, quest’ultimo, considerato alla stregua di un indice di riconoscimento dei provvedimenti appartenenti alla species dell’atto amministrativo generale<sup>40</sup> – e l’indeterminabilità soltanto apparente ovvero originaria dei soggetti nella cui sfera giuridica soggettiva l’atto era destinato a dispiegare la propria efficacia<sup>41</sup>.

Di converso, gli atti generali a contenuto normativo e, precipuamente, i regolamenti, ascrivibili al paradigma delle fonti secondarie, si sarebbero connotati tanto per una peculiare forza giuridica, consistente nella possibilità di innovare l’ordinamento, producendo delle modificazioni del sistema giuridico preesistente, quanto per la generalità e l’astrattezza delle disposizioni dai medesimi recate.

Quantunque l’orientamento giurisprudenziale consolidato si sia mostrato proclive a recepire pressoché integralmente il criterio discrezionale dianozi ricordato, ritenendo per certi versi insoddisfacente la diversa ricostruzione formalistica<sup>42</sup>, fondata sull’auto-qualificazione dell’atto, cionondimeno, è

<sup>39</sup> Si veda in particolare A.M. Sandulli, *op. ult. cit.*, 47, laddove l’a. ha posto in rilievo come: «Rientrano nella categoria dei meri atti amministrativi generali i bandi di concorsi o di gare (che sono dei veri e propri inviti alla generalità) [...] i quali sono tutti atti che, pur rivolgendosi ad una generalità di soggetti istituzionalmente non individuati a priori dalla Amministrazione, sono volti a risolvere, in relazione a singoli casi già concretamente puntualizzati- e non in astratto- determinate esigenze pubbliche».

<sup>40</sup> Così A.M. Sandulli, *op. ult. cit.*, 46.

<sup>41</sup> L’elemento dell’indeterminabilità soltanto originaria dei destinatari dell’atto è stato, di recente, valorizzato da Cons. St., Ad. plen., 04 maggio 2012, n. 9, laddove il collegio giudicante, nel procedere alla qualificazione giuridica dell’atto gravato, non ha mancato di porre in rilievo come la distinzione tra atti amministrativi generali ed atti normativi possa essere condotta avendo riguardo ai soggetti nei cui confronti l’atto è chiamato a dispiegare la propria efficacia e, segnatamente, che «è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell’astrattezza), mentre l’atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

<sup>42</sup> Si confronti, sul punto, Cons. St., sez. cons. atti normativi, parere n. 2193/2017, laddove l’autorità emanante ha, sia pur incidentalmente, preso posizione in ordine ai criteri

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

d'uopo porre in rilievo come maggiori resistenze abbia incontrato la ricostruzione, propugnata dal medesimo autore, del regime giuridico dei meri atti amministrativi generali, costituente, per così dire, l'indefettibile corollario dell'individuazione degli indici di riconoscimento della predetta categoria concettuale.

In particolare, l'assenza del crisma dell'astrattezza e, correlativamente, l'autonoma capacità lesiva delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati avrebbero dovuto giustificare l'incondizionata esperibilità, in via immediata, di azioni volte all'annullamento dei predetti atti, una conclusione, quest'ultima, strenuamente avversata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>43</sup> e che, allo stato attuale, può ritenersi soltanto parzialmente mitigata dall'emersione dei più recenti orientamenti pretori.

Altri autorevoli esponenti della scienza giuridica nazionale, pur condividendo le linee di fondo della ricostruzione sandulliana, sono tuttavia pervenuti all'elaborazione di teorie dell'atto amministrativo generale

discretivi per la ricostruzione della natura dell'atto amministrativo, in particolare ponendo in rilievo come «gli indici qualificatori di un regolamento non sono soltanto di natura formale [...] Sicché la natura normativa del regolamento non è sempre desumibile dal procedimento seguito, ma va individuata in relazione al concreto contenuto dell'atto. Conserva validità e attualità, dunque, il principio [...] secondo cui, a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali – che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili – i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità ed astrattezza». In senso conforme, Cons. St., sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

<sup>43</sup> *Ex plurimis*, si confronti Cons. St., sez. V, 17 maggio 2013, n. 2683, laddove il giudice adito, chiamato a pronunciarsi in ordine all'impugnazione esperita dal ricorrente avverso una delibera adottata dalla giunta regionale, ha posto in rilievo che «le norme aventi natura generale ed astratta vanno impugunate, in linea di principio, assieme all'atto applicativo che rende concreta la lesione degli interessi di cui sono portatori i loro destinatari». In senso conforme, si veda la più recente Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1448, laddove il collegio giudicante ha in questi termini ricostruito il regime di impugnazione degli atti regolamentari e degli atti amministrativi generali «I regolamenti e gli atti generali dell'Amministrazione, infatti, sono impugnabili in via diretta solo in presenza di disposizioni che ledano in via immediata le posizioni soggettive dei destinatari, mentre negli altri casi l'interesse a ricorrere si radica solo in presenza di atti applicativi, e non in base a potenzialità lesive solo ipotetiche o future. In altre parole, i vizi degli atti amministrativi generali risultano immediatamente contestabili solo quando di per sé preclusivi del soddisfacimento dell'interesse protetto, mentre altrimenti sono deducibili come fonte di illegittimità derivata dell'atto consequenziale, quando sia quest'ultimo a venire impugnato – con l'atto presupposto – in quanto concretamente lesivo».

per certi versi divergenti. Si consideri la posizione assunta dal Giannini<sup>44</sup>, il quale, nell'individuare il *proprium* della categoria concettuale dell'atto generale, pose l'accento sul mero profilo dell'efficacia plurisoggettiva degli atti in commento, destinati a rivolgersi ad una generalità indeterminata di figure soggettive, titolari di posizioni giuridiche regolate con efficacia generale dall'amministrazione precedente, ritenendo che il contenuto precettivo degli atti amministrativi in oggetto ben potesse non differire rispetto le statuizioni ordinariamente recate dagli atti generali a contenuto normativo.

Di qui il rifiuto del criterio sostanzialistico al fine di determinare il discrimen tra atti ascrivibili al paradigma delle fonti secondarie e la predilezione per il criterio di natura formale, in ossequio al quale l'ascrivibilità di un atto amministrativo generale al paradigma del regolamento dovrebbe essere predicata sulla scorta di considerazioni afferenti l'iter procedimentale e le modalità di esternazione legislativamente previsti<sup>45</sup>.

La determinazione della natura giudica dell'atto amministrativo sortisce peculiari conseguenze in relazione alla ricostruzione del relativo regime giuridico, con particolare riguardo al regime di impugnazione.

Benché, in linea di principio, il soggetto la cui sfera giuridica soggettiva si trovi ad essere pregiudicata da un atto amministrativo illegittimo sia tenuto ad esperire impugnazione avverso il predetto atto entro il termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'atto- ove questo sia idoneo a dispiegare *ex se* effetti lesivi delle altrui posizioni giuridiche soggettive- ovvero dall'adozione di un provvedimento applicativo del primo, tale da rendere concreta ed attuale la lesione potenzialmente generata dall'atto presupposto, parte della giurisprudenza amministrativa si è mostrata incline a riconoscere la possibilità di pervenire alla disapplicazione, in via incidentale, dell'atto normativo illegittimo, anche laddove quest'ultimo non sia stato ritualmente impugnato.

Richiamandosi ai principi di diritto enunciati dalla Quinta sezione del Consiglio di Stato<sup>46</sup>, un ormai isolato indirizzo giurisprudenziale, propugnato dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha predicato l'estensibilità dell'istituto della disapplicazione anche al bando di gara, laddove quest'ultimo si fosse rivelato illegittimo per contrasto con una fonte normativa superiore, talora ponendone in rilievo la natura di

<sup>44</sup> Si confronti M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit.

<sup>45</sup> Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 288 e 289.

<sup>46</sup> Così Cons. St., sez.V, 26 febbraio 1992, n. 154, nonché, più di recente Cons. St., sez. V, 24 luglio 1993, n. 799.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

fonte normativa secondaria<sup>47</sup>, talaltra predicando la natura composita della regolamentazione di gara, caratterizzata dalla compresenza di profili di matrice discrezionale, afferenti la concreta articolazione della procedura e di profili essenzialmente ricognitivi, preordinati all'attuazione della disciplina legislativa vigente<sup>48</sup>.

Tale orientamento è stato ripetutamente sconfessato dai giudici di Palazzo Spada, i quali non hanno mancato di porre in rilievo tanto la fallacia delle argomentazioni addotte dai giudici di prime cure quanto le conseguenze derivanti dall'adesione ad un siffatto indirizzo ermeneutico.

Sotto il primo profilo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la circostanza per cui il bando ed il disciplinare di gara siano chiamati ad assolvere le funzioni di *lex specialis* dell'esperenda procedura concorsuale, non si rivelasse dirimente ai fini del riconoscimento della natura di fonte secondaria agli atti in oggetto, le cui prescrizioni, difettando dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, sono destinate ad esaurire la propria efficacia all'atto della conclusione della procedura ad evidenza pubblica<sup>49</sup>.

D'altro canto, il riconoscimento della possibilità, per il giudice amministrativo, di procedere alla disapplicazione di un atto non regolamentare ma avente la forma e la sostanza di un provvedimento amministrativo non ritualmente impugnato, si risolverebbe nell'elusione del termine decadenziale cui le azioni in giudizio sono destinate a soggiacere.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, prescindendo dall'aprioristica adesione all'uno od all'altro criterio discrezionale, dovrebbe risultare particolarmente agevole la riconduzione dei bandi di gara e, più in generale, degli atti costituenti la *lex specialis* delle procedure ad evidenza pubblica nell'alveo degli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, come tali destinati a soggiacere all'onere di tempestiva impugnazione da parte dei soggetti che dagli stessi ritengano di essere pregiudicati, come individuati all'esito della partecipazione alla procedura di gara.

Resta ora da esaminare, in concreto, se l'impugnazione avverso i predetti atti possa essere esperita in via autonoma ovvero se essa debba essere differita all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di un diverso provvedimento che del primo costituisca applicazione ed attuazione.

<sup>47</sup> Così TAR Lombardia, Milano, III, 2 aprile 1997, n. 354.

<sup>48</sup> Così TAR Lombardia, Milano, III, 31 maggio 2000, n. 3831.

<sup>49</sup> Così Cons. St., sez.V, 10 gennaio 2003, n. 35.

**5. L'emersione di contrasti giurisprudenziali in ordine determinazione del dies a quo per l'impugnazione del bando di gara ed alla sussistenza di un interesse al ricorso. La composizione del contrasto ad opera dell'Ad. plen. 29 gennaio 2003, n. 1, e l'individuazione delle clausole escludenti ed autonomamente lesive**

Se, come si è cercato di porre in rilievo, la qualificazione giuridica del bando di gara e, per estensione, degli atti costituenti la *lex specialis* della procedura contrattuale rappresenta una tra le tematiche maggiormente controverse nel panorama della contrattualistica pubblica, altrettanto problematica si rivela la ricostruzione della disciplina di diritto processuale cui sono destinate a soggiacere le azioni giudiziarie esperite avverso i predetti atti, laddove questi ultimi si rivelassero illegittimi.

Al fine di comprendere quale sia la reale portata del problema, basti porre mente ai molteplici e, sovente, contraddittori, indirizzi interpretativi maturati in seno alla giurisprudenza nazionale nel corso dell'ultimo ventennio e agli altrettanto cospicui interventi chiarificatori dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Trattasi di pronunzie la cui disamina non rileva esclusivamente ai fini della determinazione delle fattispecie destinate a soggiacere ad un onere di immediata impugnazione – pena il consolidamento dell'atto generale illegittimo – bensì si rivela particolarmente illuminante nella prospettiva della compiuta identificazione dei caratteri propri della giurisdizione di diritto soggettivo, al cui archetipo va ricondotta la giurisdizione amministrativa .

Ciò in virtù del fatto che il giudizio amministrativo si riveli pur sempre finalizzato ad apprestare tutela alle posizioni giuridiche soggettive vantate dal ricorrente, lese da un provvedimento od un comportamento amministrativo, costituendo la riaffermazione della legalità violata e, conseguentemente, il perseguimento di un interesse di matrice generale, un mero riflesso della protezione accordata a quelle<sup>50</sup>.

Le notazioni che precedono e, segnatamente, l'indefettibile qualificazione in termini di concretezza ed attualità del pregiudizio arrecato dal provvedimento alle posizioni giuridiche attive vantate dall'interessato, unitamente a considerazioni inerenti la concreta individuazione dei soggetti nei cui riguardi l'atto fosse destinato a dispiegare effetti, avevano propiziato il consolidamento di un indirizzo interpretativo tendente a negare l'attitu-

<sup>50</sup> Sul punto, si rinvia a M. Silvestri, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 927 ss.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

dine lesiva degli atti amministrativi generali<sup>51</sup> ed a ritenere inammissibili, per carenza di interesse, i ricorsi proposti in via autonoma avverso la *lex specialis* della procedura concorsuale, differendone necessariamente l'esperimento alla successiva impugnazione di un provvedimento puntuale, costituente applicazione delle prescrizioni contenute in quelli ed idoneo ad arrecare un *vulnus* all'interesse alla stipulazione del contratto.

Si ponga mente, esemplificativamente, al provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato dall'amministrazione aggiudicatrice, idoneo a frustrare irrimediabilmente l'interesse serbato dal concorrente non risultato aggiudicatario ovvero ad un provvedimento di esclusione di un candidato, come tale atto ad ingenerare una concreta lesione dell'interesse del partecipante, determinando, nei confronti di questi l'arresto della procedura.

Come si è precedentemente posto in rilievo, trattasi di un orientamento ormai recessivo, le cui rigidità erano già state chiaramente evidenziate dall'elaborazione pretoria successiva, la quale non aveva mancato di conferire preminenza, nell'ottica della ricostruzione del regime processuale di impugnazione della *lex* di gara, al diverso atteggiarsi del contenuto precettivo delle clausole del bando in relazione alla concreta articolazione delle singole procedure concorsuali.

Se il differimento dell'impugnazione all'adozione di un provvedimento amministrativo puntuale assurgeva al rango di regola generale, un regime processuale nettamente divergente atteneva alle ipotesi in cui le clausole del bando di gara o di concorso rivelassero, di per sé, un'attitudine concretamente lesiva delle posizioni giuridiche soggettive degli interessati.

Ciò era a dirsi, precipuamente, con riguardo alle clausole della *lex specialis* le quali provvedessero all'individuazione dei requisiti di partecipazione: l'assenza, in capo all'interessato, dei predetti requisiti, determinando l'impossibilità per questi di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, si sarebbe, dunque, rivelata idonea ad arrecare un pregiudizio diretto, concreto ed attuale alla sfera giuridica del primo, legittimandolo all'esperimento dell'impugnazione in via autonoma.

Sul punto, è necessario rilevare come tale enunciazione di principio abbia costituito oggetto di divergenti ricostruzioni da parte della giurisprudenza amministrativa.

Mentre la linea interpretativa maggioritaria faceva discendere dall'immediata lesività delle clausole del bando l'onere, per l'interessato, di proporre l'azione entro il termine decadenziale decorrente dalla data di pubblicazione

<sup>51</sup> Sul punto, si confronti la risalente Cons. St., sez. VI, 03 novembre 1998, n. 1516.

dell'atto generale, un'isolata pronunzia del Consiglio di Stato<sup>52</sup> era giunta a conclusioni opposte, ritenendo che l'impugnazione del bando di gara, pur contenente clausole immediatamente lesive, costituisse una mera facoltà dell'interessato, ben potendo questi impugnare congiuntamente il bando ed il provvedimento puntuale attuativo del primo entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione di quest'ultimo.

Chiamata a dirimere il contrasto interpretativo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>53</sup>, richiamandosi all'indirizzo maggioritario, non aveva mancato di evidenziare il fatto che la sanzione di inammissibilità del ricorso esperito avverso il solo provvedimento di esclusione costituisse l'indefettibile corollario della natura meramente esecutiva di questo rispetto le clausole recate dal bando di gara e come il mancato tempestivo esperimento dell'azione di annullamento avverso il bando immediatamente lesivo determinasse l'inoppugnabilità dell'atto presupposto.

L'affermazione dei suddetti principi di diritto non sortì, tuttavia, l'effetto di sopire i contrasti giurisprudenziali in relazione alla concreta individuazione delle fattispecie connotate da immediata lesività e, pertanto, destinate a soggiacere ad un regime derogatorio rispetto quanto prescritto in termini generali.

Se, da un lato, è dato riscontrare unanimità di vedute in relazione alla necessità di esperire autonoma impugnazione avverso le prescrizioni della *lex specialis* di gara afferenti i requisiti di partecipazione alla procedura, minor concordia si registrava in relazione al regime giuridico delle clausole che, pur non precludendo la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, si rivelassero, cionondimeno, idonee a frustrare l'interesse serbato dal partecipante alla procedura di aggiudicazione alla legittimità delle operazioni di gara ed all'osservanza del principio di parità di trattamento.

In particolare, un filone interpretativo si era mostrato avvezzo a ricondurre nell'alveo di queste ultime tanto le clausole del bando di gara afferenti i criteri di valutazione delle offerte – quanto meno nelle ipotesi in cui esse rivelassero tali da precludere al partecipante al confronto competitivo la formulazione di un'offerta concorrenziale –<sup>54</sup>, quanto le prescrizioni afferenti

<sup>52</sup> Sul punto, si confronti Cons. St., sez. IV, ord. 10 aprile 1998, n. 582, con nota di H. Caroli Casavola, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 38 ss.

<sup>53</sup> Sul punto, si rinvia a Cons. St., Ad. plen, ord. 04 dicembre 1998, n.1.

<sup>54</sup> Sul punto, si confronti la risalente Cons. St., sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757. In termini sostanzialmente analoghi, Cons. St., sez. V, 22 marzo 1999, n. 302, nella parte in cui il giudice adito ha posto in rilievo come la lesione arrecata dalle clausole del bando di gara afferenti i criteri di aggiudicazione delle offerte e le operazioni di gara, si manifestasse già all'atto della predisposizione della *lex* di gara e non al momento della mancata aggiudicazione



## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

i criteri di determinazione delle soglie di anomalia<sup>55</sup> ovvero inerenti al funzionamento della commissione giudicatrice<sup>56</sup>.

Altri orientamenti ermeneutici, sconfessando le linee di fondo dalle quali le pronunzie testé richiamate traevano alimento, riconducevano le clausole *de quibus* nell'alveo del regime ordinario, ritenendo che la lesione delle posizioni giuridiche soggettive degli operatori economici potesse ritenersi consumata esclusivamente al verificarsi dell'esito negativo della procedura selettiva<sup>57</sup>.

È in un siffatto contesto che matura l'ordinanza 6 maggio 2002, n. 2406 resa dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato.

In particolare, il collegio giudicante, investito della deliberazione di un ricorso concernente un appalto di lavori<sup>58</sup> e, segnatamente, il regime impugnatorio delle clausole del bando di gara relative alla determinazione della soglia di anomalia dell'offerta, ripercorrendo minuziosamente gli indirizzi interpretativi emersi nella giurisprudenza amministrativa rimetteva all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la risoluzione di una molteplicità di questioni di massima: dall'eventuale disapplicabilità, *ope iudicis*, delle clausole del bando di gara o di concorso illegittimo in quanto contrastante con disposizioni di diritto primario o derivato sovranazionale non tempestivamente impugnato, alle conseguenze derivanti dall'integrale realizzazione di un'opera pubblica in ordine alla procedibilità od ammissibilità del ricorso proposto avverso atti relativi alla procedura di aggiudicazione, sino alla determinazione della concreta portata dell'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* di gara.

Investita della deliberazione del ricorso in appello, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 29 gennaio 2003, n. 1, provvedeva al

in favore del partecipante. Più di recente, Cons. St., V, 24 gennaio 2001, n. 6386, anch'essa relativa all'impugnazione in via autonoma delle prescrizioni della *lex* di gara concernenti i criteri di aggiudicazione delle offerte.

<sup>55</sup> Si v., in particolare, Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990.

<sup>56</sup> Così Cons. St., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3852.

<sup>57</sup> Si confronti, in particolare, Cons. St., sez. V, 14 aprile 2000, n. 223.

<sup>58</sup> Nel caso di specie, si controverteva in merito ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto di lavori, relativamente alla quale l'operatore economico non aggiudicatario aveva censurato, in una con il provvedimento di aggiudicazione definitiva, le prescrizioni della *lex specialis* di gara nella parte in cui prevedevano un peculiare sistema di valutazione dell'anomalia e di esclusione dell'offerta ritenuta anomala. Controparte aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del bando e del disciplinare di gara entro il termine decadenziale, eccezione, questa, disattesa dal giudice di prime cure e sostanzialmente riproposta in sede di appello da parte dell'amministrazione comunale soccombente in primo grado.

rigetto del gravame, per questa via confermando integralmente le statuizioni rese in prime cure.

Con particolare riguardo al regime di impugnazione degli atti costituenti la *lex specialis* della procedura di gara, le statuizioni rese dai giudici di Palazzo Spada rinvenivano solide argomentazioni nella ricostruzione della natura giuridica degli atti in commento e nell'individuazione dei caratteri indefettibili delle condizioni dell'azione.

Sotto il primo profilo, l'iscrizione degli atti in oggetto alla categoria concettuale dell'atto amministrativo generale e la conseguente determinabilità, all'esito della formulazione della domanda di partecipazione alla procedura, dei soggetti nei cui riguardi la *lex* di gara fosse destinata a dispiegare la propria efficacia implicava, ad avviso del Supremo Consesso, la necessità di rimarcare la relazione di consequenzialità esistente tra il riconoscimento dell'immediata lesività delle clausole del bando e l'applicazione dei principi generali relativi all'ammissibilità del ricorso giurisdizionale, con particolare riguardo alla consistenza dell'interesse ad agire e della posizione giuridica di interesse sostanziale sottostante, condizioni, queste, necessariamente connotate dai crismi della concretezza e dell'attualità.

Segnatamente, la mera illegittimità di una clausola del bando di gara non legittimerebbe l'aspirante partecipante alla procedura concorsuale ad esperire un'impugnazione tempestiva avverso l'atto de quo e ciò in virtù del fatto che la lesione delle posizioni giuridiche attive vantate dal partecipante, sia pur potenzialmente insita nelle clausole della *lex* di gara, verrebbe ad essere effettivamente solo con l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento.

Dall'utilizzo di siffatte coordinate ermeneutiche discendeva, ad avviso del Supremo Consesso, l'affermazione secondo la quale il bando di gara o di concorso dovessero essere, in linea di principio, impugnati congiuntamente agli atti applicativi, eccezion fatta per le ipotesi in cui le clausole degli atti generali si rivelassero ex se idonee ad arrecare una lesione diretta, concreta ed attuale delle posizioni sostanziali vantate dal partecipante al confronto competitivo, in quanto connesse a status personali ovvero a situazioni di fatto preesistenti ed autonome rispetto lo svolgimento della procedura concorsuale.

L'onere di tempestiva impugnazione avrebbe dovuto essere predicato in relazione alle clausole relative ai requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura, ovvero a situazioni di fatto anch'esse del tutto svincolate dall'esito della gara, la cui carenza in capo all'aspirante partecipante si rivelasse di per sé idonea a ledere l'interesse all'aggiudicazione, giacché l'amministrazione aggiudicatrice nel perseguire l'interesse pubblico attraverso la predisposi-

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

zione di siffatte clausole, altro non avrebbe fatto se non affermare la contrarietà al pubblico interesse dell'esito positivo della selezione nei confronti dei soggetti privi dei detti requisiti.

Com'è stato precedentemente posto in rilievo, l'attualità e la concretezza dell'interesse ad agire e dell'interesse sostanziale e, correlativamente, l'identificazione di quest'ultimo rivestono una posizione di indubbia centralità nell'economia della pronuncia da ultimo menzionata, assurgendo al ruolo di elementi idonei ad identificare le fattispecie effettivamente implicanti un onere di tempestiva impugnazione degli atti in oggetto.

All'affermazione secondo la quale l'interesse sostanziale vantato dall'operatore economico si sostanzierebbe nell'aggiudicazione del contratto si accompagna la confutazione, *ab imis*, degli orientamenti eccentrici e, segnatamente, tanto quelli tendenti a predicare incondizionatamente l'estensione della regola generale dell'impugnazione congiunta, quanto quelli atti a predicare l'estensione delle ipotesi di impugnazione tempestiva.

In particolare, entrambi gli indirizzi interpretativi si fonderebbero su di una scorretta ricostruzione dell'interesse sostanziale e delle condizioni dell'azione, sia pur per ragioni differenti.

Segnatamente, i primi misconoscerebbero il fatto che l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente si traduce necessariamente in una lesione attuale della posizione soggettiva di questi, indipendentemente dall'esito della procedura.

I secondi, al contrario, nell'estendere alla generalità delle clausole l'onere di esperire tempestiva ed autonoma impugnazione, da un lato non terrebbero in conto la circostanza per cui, pur vincolandosi attraverso l'adozione della *lex specialis* di gara, nell'applicare le clausole, l'amministrazione aggiudicatrice conserverebbe pur sempre un margine di apprezzamento discrezionale – il cui esercizio, da solo, si rivelerebbe idoneo ad ingenerare una lesione effettiva dell'interesse sostanziale – dall'altro ascriverebbero in capo ai concorrenti un interesse, più ampio, alla legittimità delle operazioni di gara, disgiunto ed autonomo rispetto l'interesse sostanziale all'aggiudicazione del contratto.

Dall'applicazione di siffatti principi di diritto processuale, non poteva che discendere la confutazione degli indirizzi interpretativi tendenti a predicare l'onere di impugnazione tempestiva delle clausole relative agli oneri di carattere formale imposti dal bando, alla composizione ed al funzionamento del seggio di gara, ai criteri di valutazione dell'anomalia dell'offerta, nonché ai criteri di aggiudicazione delle singole offerte anche nelle ipotesi in cui essi potessero incidere sulla formulazione dell'offerta tecnica od economica da parte dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione, dal momento che,

ad avviso del Collegio, siffatte clausole avrebbero potuto dispiegare effetti lesivi nei riguardi dei primi soltanto all'atto dell'adozione della graduatoria o provvedimento di aggiudicazione.

Di converso, il Collegio estendeva, sempre sulla scorta di argomentazioni concernenti l'autonomia delle situazioni personali e fattuali e delle conseguenze giuridiche alle prime riconnesse rispetto il concreto svolgimento della procedura, l'onere di tempestiva impugnazione alle clausole le quali imponessero oneri incomprensibili ovvero manifestamente sproporzionati rispetto l'oggetto della procedura, anch'esse destinate ad incidere negativamente sulle posizioni giuridiche attive vantate dai concorrenti in una fase anteriore e del tutto autonoma rispetto lo svolgimento della procedura.

## **6. L'estensione del concetto di immediata lesività nella recente giurisprudenza**

Quanto all'elaborazione pretoria successiva all'arresto dell'Adunanza Plenaria, se da una parte, le linee di fondo delle argomentazioni utilizzate dai giudici di Palazzo Spada sono rimaste sostanzialmente immutate, dall'altra, appare altresì necessario rilevare come siano maturati degli indirizzi interpretativi tendenti a dilatare l'onere di tempestiva impugnazione della *lex specialis*.

In particolare, si è ritenuto che laddove il ricorrente intendesse contestare l'illegittima scelta dei criteri e sub criteri di valutazione delle offerte<sup>59</sup> – elementi, questi, tali da incidere sulla concreta attribuzione dei punteggi per le componenti tecnica ed economica e, correlativamente, a precludere la possibilità di conseguire l'aggiudicazione del contratto – questi fosse tenuto ad esperire impugnazione avverso il solo bando o disciplinare di gara, senza la necessità di attendere l'adozione del provvedimento di aggiudicazione del contratto ad altro concorrente, dal momento che le clausole contestate si sarebbero rivelate idonee a dispiegare, *ex se*, effetti escludenti e, per ciò solo, lesivi nei confronti dell'aspirante aggiudicatario.

<sup>59</sup> Così Cons. St., sez. V, 21 giugno 2017, n. 3054: nel caso di specie, il collegio adito, chiamato a pronunciare in ordine ad una controversia concernente una procedura di affidamento del servizio di rassegna stampa telematica, oltre ad aver ritenuto infondate nel merito le censure dedotte dall'appellante, ha preliminarmente ritenuto tardiva l'impugnazione esperita, dal momento che l'adozione di criteri di valutazione illegittimi, in una con l'introduzione di una "soglia di sbarramento" si rivelava idonea ad arrecare una lesione diretta, concreta ed attuale delle posizioni giuridiche attive vantate dal ricorrente, dispiegando nei confronti di questi efficacia escludente.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

Ad analoghe soluzioni la giurisprudenza è pervenuta in ordine alle clausole del bando e del disciplinare di gara, le quali, pur riflettendo la propria incidenza sulla formulazione dell'offerta, potessero, nondimeno spiegare la propria capacità lesiva delle posizioni giuridiche attive dei concorrenti in una fase anteriore la valutazione delle offerte e la conseguente attribuzione dei punteggi.

In particolare, la sussistenza di un onere di immediata impugnazione e la conseguenziale inammissibilità delle impugnative intempestivamente esperite sono stati affermati con riguardo alle prescrizioni della *lex* di gara le quali, nel suddividere in una pluralità di voci i criteri di calcolo delle componenti dell'offerta, si rivelassero di per sé illogiche – *exempli gratia* per la sproporzione sussistente tra esse – e, conseguentemente tali da rendere impossibile per l'aspirante aggiudicatario l'effettuazione del calcolo di convenienza economica alla base della formulazione dell'offerta<sup>60</sup> – ad eccezione, tuttavia, delle ipotesi in cui le censure si appuntassero sull'insufficienza del prezzo posto a base d'asta<sup>61</sup> –, nonché in ordine alle clausole dei bandi di gara impositive di oneri *contra ius* ovvero manifestamente incomprensibili<sup>62</sup>, in una con le previsioni di gara le quali non indicassero i costi non soggetti a ribasso<sup>63</sup>.

Al consolidamento di siffatti filoni interpretativi, costituenti, in buona sostanza, un'applicazione in chiave evolutiva dei principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si accompagna l'emersione di orientamenti ermeneutici tendenti a propugnare l'estensione dell'onere di

<sup>60</sup> Così Cons. St., sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809.

<sup>61</sup> Così TAR Sicilia, sez. II, 09 giugno 2017, n. 1527, laddove il giudice adito, chiamato a pronunciarsi in ordine all'impugnazione esperita avverso un bando per l'affidamento del servizio di rassegna stampa ed edicola digitale nella parte in cui prevedeva il divieto di offerte in rialzo, ha argomentato la declaratoria di inammissibilità del ricorso sulla scorta di considerazioni inerenti l'inerenza della determinazione del prezzo da porre a base d'asta alle valutazioni di congruità economica poste dalla disciplina legislativa vigente in capo all'amministrazione aggiudicatrice, negando che dette disposizioni della *lex* di gara fossero idonee a dispiegare effetti lesivi e, in particolare, preclusivi della partecipazione alla procedura in capo all'operatore economico ricorrente.

<sup>62</sup> Sul punto, si v. TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 15 marzo 2017, n. 266, laddove il giudice adito è pervenuto alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione esperita avverso gli atti relativi ad una procedura di aggiudicazione, non avendo il ricorrente impugnato tempestivamente le prescrizioni recate dal bando di gara, nella parte in cui determinavano il prezzo da porre a base d'asta in difformità alle prescrizioni recate, in parte qua, dal vigente codice dei contratti pubblici, nonché si rivelavano carenti per aver omesso l'amministrazione aggiudicatrice di indicare la stima relativa al fatturato dell'impianto oggetto del contratto ed ai prezzi da praticare all'utenza.

<sup>63</sup> Così Cons. St., sez. IV, 09 novembre 2012, n. 5671.

immediata e tempestiva impugnazione dei bandi di gara alle clausole relative alla scelta dei criteri di aggiudicazione delle offerte, *id est* di clausole destinate a riverberare i propri effetti sull'offerta tecnica od economica, valorizzando la portata autonomamente lesiva. Il tutto sulla scorta di argomentazioni afferenti la codificazione, da parte del Legislatore del 2016, di un obbligo, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare le pubbliche commesse valorizzando la componente qualitativa delle prestazioni offerte.

In una siffatta prospettiva, una posizione di indubbia centralità è da ascrivere al recente arresto reso dal TAR Lazio, sez. III-ter<sup>64</sup>, in ordine ad una controversia concernente l'affidamento di un appalto di servizi, laddove il collegio adito non aveva mancato di porre in rilievo l'opportunità di una rivisitazione degli indirizzi giurisprudenziali relativi alla determinazione del *dies a quo* per l'esperimento del ricorso, sulla scorta di considerazioni afferenti le innovazioni disciplinari concernenti il rito in materia di pubblici affidamenti e l'individuazione della *ratio* alle medesime sottesa.

In particolare, si rimarcava come l'esigenza di pervenire alla tempestiva, *recte* all'immediata risoluzione del contenzioso nel settore dei contratti pubblici e la concreta definizione della platea dei partecipanti, ben potessero essere realizzati attraverso il riconoscimento della legittimazione, in capo all'operatore economico interessato, a richiedere la verifica della legittimità della *lex specialis* di gara, onde consentire a quest'ultimo di sottrarsi all'onere di esperire un defatigante giudizio di annullamento avverso i predetti provvedimenti.

Tali considerazioni costituivano uno degli architravi sui quali si fondava la riconduzione della clausola oggetto di censure, relativa al criterio di aggiudicazione del contratto, nel novero delle fattispecie autonomamente ed immediatamente lesive dell'interesse legittimo serbato dal partecipante al confronto competitivo, giacché ritenuta idonea a precludere all'operatore economico interessato la possibilità di formulare un'offerta concorrenziale.

La pronunzia testé richiamata, dunque, ponendosi nel solco dell'elaborazione pretoria tradizionale, perveniva al riconoscimento dell'ammissibilità dell'impugnazione esperita in via autonoma avverso la clausola del bando relativa alla scelta dei criteri di selezione delle offerte pur sempre valorizzando l'interesse sostanziale vantato dal partecipante alla procedura concorsuale, *id est* l'interesse all'aggiudicazione del contratto, senza, tuttavia, giungere a consacrare l'esistenza di un interesse di matrice superindividuale alla legalità e correttezza della procedura di gara.

Le difficoltà connesse all'identificazione di un sì dubbio interesse non

<sup>64</sup> Così TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 dicembre 2016, n. 12439.

## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

avevano, tuttavia, precluso alla giurisprudenza di seconde cure di pervenire ad aperture un po' ardite. Sia consentito richiamare alla memoria l'orientamento, propugnato dalla VI sezione del Consiglio di Stato<sup>65</sup>, tendente a predicare l'onere di immediata impugnazione della generalità delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara, a prescindere da ogni considerazione relativa alla concreta attitudine lesiva delle singole clausole, giacché l'illegittimità delle prescrizioni della legge di gara era considerata idonea a vulnerare l'interesse differenziato serbato dal partecipante al confronto competitivo al corretto svolgimento della procedura concorsuale.

Cionondimeno, è opportuno porre in rilievo come in seno alla giurisprudenza di prime cure, successivamente alla pubblicazione delle pronunzie dianzi richiamate, sia stato dato registrare l'emersione di indirizzi di segno contrario, tendenti a negare l'ammissibilità di gravami esperiti avverso la *lex specialis* di gara, tanto laddove i ricorrenti censurassero clausole concernenti l'adozione di peculiari formule matematiche al fine di pervenire all'attribuzione dei punteggi, quanto nelle ipotesi in cui le doglianze si appuntassero contro la stessa scelta del criterio di aggiudicazione delle offerte.

Segnatamente, mentre nella prima ipotesi la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione si trovava ad essere legata alla legittimità della clausola contestata<sup>66</sup>, nella seconda, al contrario, la stessa eventuale illegittimità della clausola impugnata<sup>67</sup> non era considerata sufficiente al fine di radicare, in capo al ricorrente, l'interesse a ricorrere.

In particolare, in ossequio a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, si è ritenuto che l'eventuale illegittimità della clausola relativa alla scelta del criterio di aggiudicazione del contratto sia destinata ad arrecare una lesione alle posizioni giuridiche attive vantate dal partecipante alla procedura concorsuale solo all'esito dell'adozione di un provvedimento puntuale, attuativo delle prescrizioni contenute nell'atto generale, quale, esemplificativamente, l'aggiudicazione del contratto.

## 7. Osservazioni conclusive

Le conclusioni rassegnate dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in ordine alla determinazione del regime processuale chiamato a governare l'impugnazione degli atti relativi all'affidamento di pubbliche commesse,

<sup>65</sup> Così Cons. St., sez. VI, ord. n. 634/2013.

<sup>66</sup> Così TAR Toscana, sez. III, 19 giugno 2017, n. 841.

<sup>67</sup> Così TAR Puglia, Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109.

con precipuo riguardo alle clausole afferenti il metodo di valutazione delle offerte prescelto dall'amministrazione aggiudicatrice e, correlativamente, in punto di giustiziabilità solo in via gradata dell'interesse eventualmente serbato dall'operatore economico partecipante ad una procedura di aggiudicazione di pubbliche commesse alla legittimità dell'operato della stazione appaltante appaiono, in linea di principio, pienamente condivisibili ed integralmente rispondenti ai principi generali in tema di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche attive vantate dai soggetti privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse assimilati.

Il continuo riferimento, *prima facie* pedante e, per certi versi, pleonastico, all'estensibilità al processo amministrativo in generale ed alla pluralità di riti speciali afferenti al settore delle pubbliche commesse in particolare, dei principi statuiti dall'art. 100 c.p.c. in punto di necessità della sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale onde legittimare alla proposizione dell'azione giurisdizionale appaiono quanto mai necessari, precipuamente alla luce delle innovazioni arretrate dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Queste ultime, com'è stato posto antecedentemente in rilievo, hanno di per sé condotto alla positivizzazione di un singolare corpus di disposizioni di diritto processuale, chiamate a disciplinare il regime impugnatorio dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati, un regime giuridico sotto molti aspetti distonico ed eccentrico, giacché disgiunto – quantomeno in relazione alle altrui ammissioni – dalla dimostrazione, da parte dell'interessato, di un interesse diretto, concreto ed attuale a coltivare l'impugnazione.

In particolare, viene naturale chiedersi quale pregiudizio possa mai arrecare al partecipante ad una procedura di aggiudicazione, il quale non sia destinatario di un provvedimento di esclusione per carenza dei requisiti di carattere generale prescritti dalla *lex specialis* di gara, la circostanza che un ulteriore operatore economico sia stato ammesso al confronto competitivo e, conseguentemente, a presentare un'offerta, giacché l'ammissione di questi potrebbe rivelarsi per quello pernicioso soltanto all'esito della formazione della graduatoria ed esclusivamente nell'ipotesi in cui questi ricevesse un punteggio maggiore del primo.

Com'è stato acutamente osservato<sup>68</sup>, sembra che il legislatore abbia, in parte qua, codificato, sia pur in maniera silente, una presunzione di interesse al ricorso, non disgiunta dall'identificazione della predetta posizione nell'interesse all'anticipata ed immediata cristallizzazione della platea dei partecipanti al confronto competitivo.

<sup>68</sup> Così F. Caringella, *I contratti*, in *Manuale di diritto amministrativo*, cit.



## il regime impugnatorio della *lex specialis* di gara

Anche il riferimento alla natura derogatoria del rito *super-speciale* ed alla conseguente assoggettabilità alle predette regole processuali delle sole fattispecie espressamente contemplate dalla disposizione di cui all'art. 120, co. 2-*bis*, d.lgs. n. 50/2016, più volte ricorrente nella pronuncia quivi annotata, appare quanto mai opportuno, essendo preordinato a scongiurare in radice l'emersione ed il consolidamento di indirizzi interpretativi i quali, traendo dalle disposizioni testé richiamate, dei principi generali, possano spingere alle estreme conseguenze la "specialità" del rito in materia di pubblici affidamenti, comprimerebbero le concrete possibilità di tutela giurisdizionale dei soggetti interessati.

Ciò accadrebbe, esemplificativamente, laddove si desse la stura all'estensibilità delle richiamate norme processuali alla generalità delle controversie aventi ad oggetto contratti pubblici.

In tali circostanze, l'omessa impugnazione in via anticipata si tradurrebbe, per l'interessato, in un successivo diniego di tutela giurisdizionale, essendo espressamente precluso all'interessato di far valere i vizi relativi ai predetti atti anche per mezzo dell'esperimento di un ricorso incidentale.

D'altro canto, si piegherebbero le disposizioni di diritto processuale alla tutela di interessi *altri* dall'interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione, primi fra tutti l'interesse alla concorrenzialità del mercato e l'interesse alla mera legittimità delle procedure di affidamento, anche sulla scorta di interpretazioni distoniche, se non distorte, del diritto derivato sovranazionale, tali da implicare, quantomeno in potenza, una radicale trasformazione dell'azione di annullamento in relazione a controversie afferenti pubblici affidamenti in una sorta di azione popolare.

In una siffatta prospettiva, sembra del pari significativa la circostanza che il collegio giudicante non si sia limitato a confutare la bontà delle tesi sostenute nell'ordinanza di rimessione e, più in generale avanzate da un cospicuo novero di arresti giurisprudenziali mediante il riferimento alla sola disciplina sostanziale e processuale vigente.

Il collegio adito ha preferito, di contro, indulgere in una dimostrazione dei risultati pratici cui l'adesione agli indirizzi interpretativi sconfessati avrebbe condotto, con particolare riferimento all'ulteriore parcellizzazione del sistema di tutela giurisdizionale relativamente al settore delle pubbliche commesse, connotato dalla presenza di un rito ordinario, (ma pur sempre speciale!), in ordine alle controversie afferenti i provvedimenti di esclusione delle offerte, le graduatorie e le aggiudicazioni, un rito *iper-contratto* relativo alle sole ammissioni ed esclusioni dalla procedura ed un ulteriore rito, anch'esso *iper-specialissimo*, per le impugnazioni dei bandi e dei disciplinari di gara.

Ciò che ridonderebbe a svantaggio non solo degli operatori economici, chiamati ad esperire, in tesi, in una pluralità di giudizi, soggetti a norme processuali differenti, in relazione ad un'unica procedura di gara, ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, presumibilmente condannate all'immobilismo, e, quasi certamente, destinatarie di impugnazioni incrociate, tanto da parte dei concorrenti, quanto da parte dell'Autorità di vigilanza del settore e già, in parte, pregiudicate dalle norme di diritto sostanziale di recente conio, nella misura in cui sembrerebbero essere state pressoché integralmente depauperate dei propri margini di manovra.

Dal tenore delle argomentazioni addotte dal collegio giudicante emerge, dunque, chiaramente, come la "specialità" delle norme di diritto processuale amministrativo relative alle controversie in materia di pubbliche commesse debba essere ragionevolmente limitata alla sola previsione di termini processuali dimidiati, eccettuando quanto previsto in relazione al contenzioso relativo alle ammissioni od esclusioni dalla gara, atteggiandosi, di contro, quanto a legittimazione ed interesse a ricorrere come un "ordinario" giudizio amministrativo.

#### *Abstract*

*This essay deals with one of the most controversial issues of Italian Administrative Law, i.e. the administrative judicial review of public contracts, and in particular the qualification and challenge of the tender notice. The essay analyzes the recent case-law of the Regional Administrative Courts and Consiglio di Stato, which interpreted in a very particular way the provisions contained in the Codice del processo amministrativo (Code of the Administrative Process). Indeed article 120 of the Code provides that tenderers need to promptly challenge the clauses excluding them from participation to the tender selection process, and which are included in the tender notices. However it does not identify what an excluding clause is. The essay also focuses on the recent reform of the national law of public contracts, due to the transposition of Directives nn. 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU.*

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARCO DUGATO è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI è professore ordinario di diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Studi giuridici dell'Università di Milano Bocconi.

CARMEN IMBEMBO è dottoranda di ricerca in diritto pubblico, comparato ed internazionale (curriculum diritto amministrativo europeo dell'ambiente) presso l'Università di Roma La Sapienza.

GIOVANNI MULAZZANI è assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

ALESSIA PALLADINO è dottoranda di ricerca in *Humanities and Technologies* presso l'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

ANDREA PATRONI GRIFFI è professore ordinario di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli.

LORENZO SALTARI è professore ordinario di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze politiche e relazioni internazionali dell'Università di Palermo.

ALESSANDRA SALVATO è dottore di ricerca in disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea presso l'Università di Napoli Federico II.

CECILIA SERENI LUCARELLI è avvocato presso il Foro di Forlì.

SALVATORE SORRENTINO è avvocato presso il Foro di Torre Annunziata.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2018  
dalla Grafica elettronica - Napoli