

Editoriale

MARCO CAMELLI, *Regioni, anniversari e sfide del prossimo futuro*..... v

ANNIVERSARI

ROBERTO BIN, *Unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive* XIII

LEONARDO FERRARA, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice* XXXIII

Saggi

SIMONE TORRICELLI, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*.....477

FRANCESCA DI LASCIO, *Le infrastrutture sociali tra complessità amministrativa e prospettive di valorizzazione*..... 501

Articoli

JACOPO BERCELLI, *La realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà* 527

EDOARDO FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*..... 549

MARTINA CARDONE E DANIEL FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*..... 585

sommario

Opinioni

GIULIANO TAGLIANETTI, <i>L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici, tra vetera et nova</i>	625
---	-----

Commenti

GIULIANO FONDERICO, <i>Quando un contratto pubblico ha un destino "speciale": la Corte di Giustizia si pronuncia sul nesso tra l'appalto e il settore speciale nella direttiva 2014/25/UE</i>	635
---	-----

NOTIZIE SUGLI AUTORI	655
----------------------------	-----

INDICE DELL'ANNATA	657
--------------------------	-----

RAPPORTO ANNATA 2020	669
----------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 3/2020
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/3_2020

Editorial

MARCO CAMELLI, *Regions, anniversaries and challenges of the near future*..... v

ANNIVERSARIES

ROBERTO BIN, *Unity and differentiation: the constitutional problem and perspectives*XIII

LEONARDO FERRARA, *The incomplete civilization of the administrative process after ten years from the code approval* XXXIII

Essays

SIMONE TORRICELLI, *The principle of good faith in tender procedures, between obligations (of the company) to inform and obligations (of the administration) to inquire*.....477

FRANCESCA DI LASCIO, *Social infrastructures between administrative complexity and the perspectives of valorization*501

Articles

JACOPO BERCELLI, *The realization “in subsidiarity” of public works with a local relevance* 527

EDOARDO FRAGALE, *The problem of historic centers between the challenges posed by the sharing economy and the new safeguards instances*..... 549

MARTINA CARDONE E DANIEL FOÀ, *The valorization of information assets in the context of the digitization strategies of the Public Administration* 585

table of contents

Opinions

GIULIANO TAGLIANETTI, <i>The impact of Law Decree no. 76/2020 on the procedural law of public contract, between vetera et nova</i>	625
--	-----

Comments

GIULIANO FONDERICO, <i>When a public contract has a special “destiny”: the Court of Justice rules on the link between procurement and the special sector in Directive 2014/25/EU</i>	635
--	-----

LIST OF CONTRIBUTORS	655
ANNUAL INDEX	657
ANNUAL REPORT 2020	669

EDITORIALE

MARCO CAMMELLI

REGIONI, ANNIVERSARI E SFIDE DEL PROSSIMO FUTURO

1. Mezzo secolo dall'avvio delle regioni a statuto ordinario, vent'anni dalla riforma del titolo V: le ricorrenze possono essere occasioni utili, ma dipende dall'uso che se ne fa. Nel febbraio 2021, anno secondo della pandemia e a poche settimane dell'avvio del *Next Generation EU*, è importante concentrarci su quello che ci aspetta oltre che sul bilancio di quanto avvenuto.

Bilancio peraltro problematico. A parte che è assai dubbio che si possa parlare di "regioni" in modo indeterminato, perché le differenze del loro operare e delle realtà su cui insistono sono così marcate da emergere vistosamente dall'esame dei passaggi decisionali più significativi di ogni politica di settore¹ anche senza entrare sul terreno della valutazione della loro resa. Analisi complessa, che comunque richiede dati non sempre disponibili o completi ma che nei pochi punti emergenti, come nella sanità (pre-Covid-19) per l'abnorme numero (nove regioni, nel 2020) dei bilanci sottoposti ai c.d. "piani di rientro" o nella scuola per i dati INVALSI relativi ai livelli di apprendimento², lascia trasparire differenze preoccupanti e con tendenza all'aumento.

Inoltre, i bilanci si tracciano in base a parametri riconosciuti e attendibili. Ma questo non è possibile perché se ci rapportiamo all'ordinamento vigente, ciò che per il giurista non è l'unico riferimento ma certo costituisce il punto di partenza, con tutta la buona volontà non si saprebbe da che parte rivolgersi, neppure per gli elementi fondanti. Non la Costituzione del '48, ricca in partenza di contraddizioni e ambivalenze specifiche che neppure i (chiari) principi fondamentali dell'art. 5 riescono a sciogliere. Non la riscrittura dell'intero titolo V del 2001, che al di là di singole lacune e specifici errori ha tracciato un riconoscibile disegno complessivo formalmente

¹ F. Cortese, *Qual è lo Stato delle Regioni*, in *le Regioni*, 2019, 5 ss.

² Con la rappresentazione di un Paese diviso in due, il Nord Italia sostanzialmente a livello delle aree forti e il Mezzogiorno agli ultimi posti in Europa, e l'aggravante della mancanza di reazioni e correttivi a tale stato di cose: si v. M. Messori e L. Torchia, *Suggerimenti a-tecnici per una nuova politica dell'istruzione*, in *Astrid-Rassegna*, 2021, n. 2.

in vigore da un ventennio e che anche per questo è stato nel suo insieme semplicemente accantonato, aggiungendo così anche il *vulnus* di una estesa inattuazione costituzionale. Non la l. n. 42/2009 sul c.d. federalismo fiscale e i livelli essenziali delle prestazioni, che pur affrontando i nodi più delicati della ripartizione delle risorse è stata dirottata su un binario morto malgrado i numerosi decreti attuativi fossero già pronti per la pubblicazione.

Ma soprattutto, è bene convincersi che siamo alla vigilia di una alternativa secca: o il sistema ordinario è in grado di aprirsi e attrezzarsi per le innovazioni che da tempo sono attese e per accogliere tempi e modalità richiesti dalla attuazione del Piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR), oppure la prospettiva che di qui a pochi mesi si aprirà è chiara. Tutto finirà per essere affidato ad un sistema parallelo inevitabilmente centralizzato di corsie speciali in grado di garantire progettazione, controlli e operatività in tempi definiti³. Con la conseguenza che se anche questo non funzionerà, i finanziamenti europei si bloccheranno e le istituzioni italiane entreranno in una crisi che non è esagerato definire drammatica; se invece avrà successo, è difficile che alla fine del tempo trascorso (nel complesso, quasi un decennio) si ritorni al sistema precedente, accantonato perché non in grado di funzionare, abbandonando il sistema speciale di sedi decisionali, procedure e apparati tecnici che al contrario avrà dato buona prova.

2. Meglio dunque cambiare angolazione e chiedersi, vista l'eccezionalità del momento e il rilievo delle sfide poste, quello che oggi serve ed è urgente da parte delle regioni. Da questo punto di vista, l'uscita dalla pandemia e dalle conseguenze che ne deriveranno nonché l'attuazione e gestione per un tempo medio-lungo del complesso di interventi riconducibili in modo diretto o mediato al PNRR pongono al livello regionale il compito strategico di agevolare allineamento e coerenza dei progetti tra sedi centrali, regioni e sistemi locali e di contribuire alla solidità della loro messa in opera.

L'agenda dell'impegno regionale, per quanto riguarda il centro, non dovrebbe limitarsi a consultazioni parlamentari o a negoziazioni di settore nelle Conferenze, perché ciò che ci insegnano i decenni alle spalle è la necessità di concorrere con energia al ripensamento del centro amministrativo del Paese fino alla ridefinizione dei procedimenti e dell'organizzazione dei ministeri, delle agenzie e dei corpi tecnici.

Vasto programma, come sappiamo bene, che però in attesa delle grandi riforme può essere anticipato da innovazioni specifiche in grado di avviare

³ L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid-Rassegna*, 2020, n. 17.

regioni, anniversari e sfide del prossimo futuro

positive dinamiche di collaborazione. Ad esempio, se gli atti ministeriali di indirizzo sono rivolti a fornire annualmente non solo la valutazione complessiva delle prestazioni dirigenziali ma a qualificare l'azione amministrativa e a misurare i risultati conseguiti, e se l'intreccio dell'azione tra Stato e regioni e sistemi locali (città in particolare) è particolarmente stretto, è importante per tutti che già in sede di elaborazione dell'atto di indirizzo queste esperienze e sensibilità vengano acquisite e diventino riferimenti aggiuntivi per l'attività dei dirigenti e per la loro valutazione. Così come lo sarebbe una più intensa utilizzazione dello spazio (in qualche caso già previsto) aperto alla circolazione e al reciproco scambio, per periodi di tempo determinati, di dirigenti ordinariamente incardinati in istituzioni e apparati diversi.

Ove, al di là degli esempi, è in gioco il principio importante secondo cui nel caso di politiche pubbliche che attraversano più livelli di governo le sedi amministrative nazionali non sono (solo) i vertici degli apparati statali ma costituiscono il riferimento di un sistema amministrativo più ampio, con la conseguenza che le scelte più rilevanti anche di natura organizzativa hanno un rilievo sistemico che va considerato fin dal momento della relativa elaborazione.

Naturalmente sul punto sarà decisiva l'azione del governo nazionale perché l'innovazione necessaria oltre ad essere impostata e approvata va presidiata nel tempo, come dimostrano i precedenti e in particolare la riforma varata nel 1999 (d.lgs. nn. 300 e 303) e rapidamente riassorbita⁴. Ma il concorso delle regioni e dei sistemi locali, presso i quali è allocata la gran parte della funzione amministrativa e dei servizi, è necessario anche per inserire nella progettazione dei programmi (inevitabilmente centralizzata) la propria visione, sensibilità, esperienza sul piano tecnico e del merito e per integrarne legittimazione e consenso. A ennesima conferma che essendo l'autonomia un dato relazionale, in questo caso tra regioni e centro, o insieme fanno il salto di qualità o l'inerzia dell'uno ostacola l'innovazione dell'altro.

Se questo è vero e se più in generale il tempo che ci aspetta è quello delle riforme strutturali, non perché necessarie (è da molto che lo sono) ma perché oggi possibili sia in termini di innesco del processo (garantito dalle sedi europee), di disponibilità di risorse finanziarie (*Next Generation EU*) e politiche (governo di unità nazionale appena costituito) e di irreversibilità delle scelte operate (un punto su cui la Commissione europea ha più volte insistito), possiamo cogliere con chiarezza anche gli ulteriori compiti che le regioni sono chiamate a svolgere in questo scenario. Uno spazio che, oltre alla già ricordata partecipazione alle sedi nazionali, richiede di mettere al

⁴ L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 2009, 173 ss.

centro della propria azione la fluidità dei processi decisionali tra centro e sistemi locali, la cura della interdipendenza tra le diverse politiche di settore e l'effettiva disponibilità degli elementi che ne costituiscono il presupposto operativo (dalla circolazione dei dati alla formazione del personale), il presidio dei nodi delle reti che costituiscono vere e proprie cerniere lungo gli assi principali: in verticale, tra realtà e governi multilivello, e in orizzontale rispetto agli elementi del contesto, le politiche pubbliche parallele e le stesse amministrazioni periferiche dello Stato.

Difficilmente tutto questo sarà possibile senza iniziative istituzionali su uno dei fronti che ha registrato negli anni seri problemi, il rapporto con gli enti locali e in particolare con le città. Dopo la l. n. 56/2014 (c.d. Delrio) in assenza delle province tradizionali e nel perdurare delle nebbie che avvolgono l'area vasta non è chiaro chi e come svolga una azione di supporto e riequilibrio in favore dei comuni di piccole e medie dimensioni ma è certo in ogni caso che le città, e non solo quelle metropolitane, costituiscono concentrazioni di energie cruciali per politiche pubbliche innovative e risorse indispensabili per la loro impostazione e messa in opera. La capacità di avviare snelle e efficaci modalità cooperative con questi soggetti, peraltro da estendere a forze sociali, imprese e privati in tutte le loro diverse accezioni costituisce una delle condizioni di successo dell'intero processo.

3. Questa l'agenda auspicabile (e possibile) per i prossimi mesi che ci attendono, ma non possiamo evitare di interrogarci sui presupposti e le implicazioni anche concettuali che da tutto questo derivano sul sistema istituzionale attuale.

Muovendo dal dato ampiamente confermato della marginalità della legislazione regionale, una buona traccia da seguire è quella offerta dalla centralità della cooperazione Stato-regioni-enti territoriali che proprio una «relazione amministrativa reticolare» può assicurare⁵ e dalle illuminanti indicazioni del saggio di Roberto Bin sulla necessità di ripensare a uno dei postulati dell'intero assetto costituzionale in materia di regioni, l'indissolubilità del binomio autonomia politica-autonomia legislativa⁶. Nell'intento non già di ridurne la portata, poiché l'esigenza di autonomia e di differenziazione è ben radicata nelle realtà socio-economiche regionali prima ancora che negli

⁵ F. Cortese, *La burocrazia "incolpevole". Gli intrecci di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 99 ss. e 110 ss.

⁶ R. Bin, *Unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive*, di prossima pubblicazione in *le Regioni*, 2021, n. 1.

enti regione⁷, ma di individuare le diverse modalità, strumenti, garanzie che i tempi attuali richiedono.

Il progetto originario aveva preso le mosse come sappiamo dall'idea che la legge regionale, sia pure con tutti i limiti previsti dalla Costituzione ed anzi grazie a questi ultimi, costituisse una delle forme attraverso le quali è esercitata la sovranità popolare partecipando, con modalità ai tempi del tutto inedite, all'unità del sistema. E nello stesso tempo veniva concepita come presupposto, *sub specie* di principio di legalità, dell'ordinamento amministrativo regionale in termini di funzioni, organizzazione, risorse.

Questa è la ragione per cui le scarse cerniere, sostanziali e procedurali, che assicurano il collegamento tra Stato e regioni furono pensate prevalentemente sul terreno delle materie, dei contenuti e del procedimento della legge regionale. Nel presupposto che quando c'è coerenza tra la normativa statale e regionale altrettanto allineati saranno l'azione amministrativa e il funzionamento degli apparati.

Ma così non è per molte ragioni che tutti conosciamo, a cominciare dalla fine del parallelismo tra competenze legislative e funzioni amministrative nella riforma del 2001, a cui si aggiunge il fatto che la regolazione e la vera e propria innovazione normativa si sono progressivamente spostate verso l'alto ad altri livelli (centrali, sovranazionali e europei) o in altre sedi (mercato) mentre la legge statale, fin dall'inizio povera di principi salvo il raro caso di riforme organiche varate dopo la nascita dell'ordinamento regionale (come l'istituzione del SSN con la l. n. 833/1978), si è progressivamente appiattita su contenuti di dettaglio e una portata limitata e provvedimentale.

Stando così le cose, insistere sulla necessaria connessione autonomia politica = autonomia legislativa porta a un doppio rischio: esclude frettolosamente la prima una volta verificata l'esiguità della seconda, il che paradossalmente depotenzierebbe in partenza proprio la fase "attuativa" del PNRR da parte della regione ove la normazione in senso stretto (a contenuto innovativo) è più ridotta, e non coglie la misura con la quale l'autonomia può invece riproporsi con altre modalità informando in modo determinante l'intero complesso delle altre attività regionali non riducibili alla funzione legislativa ma determinanti nella sequenza che si è riferita. Piani, programmi, indirizzi, scelte e linee guida relative a forme di cooperazione, interventi di promozione e di supporto, verifiche di processo e di risultato, raccolta e elaborazione dei dati e loro restituzione agli interessati, gestione organizzativa e delle risorse ivi compreso il personale costituiscono la parte alta del

⁷ M. Salvati e L. Sciolla, *L'Italia e le sue Regioni (l'età repubblicana)*, III, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, 2015.

governare e dell'amministrare e richiedono *comunque*, lo ha messo bene in luce di recente Fulvio Cortese⁸, spazi significativi di autonomia funzionale e di discrezionalità.

Attività, come si vede, essenziali per la riuscita di qualunque politica pubblica e dunque a maggior ragione indispensabili per azioni incisive di innovazione e di riforma, e che proprio per questo solo nella fase strettamente operativa possono essere affidate ai soli apparati burocratici mentre nell'impostazione e nelle scelte strategiche richiedono quel sovrappiù di visione complessiva e di legittimazione che in linea di principio solo la generalità propria della rappresentanza politica può assicurare a garanzia della reciproca compatibilità e interdipendenza tra più linee di intervento, bilanciando dinamiche settoriali e interessi particolari.

Con una conseguenza decisiva e cioè che nel contesto generale, domestico e sovranazionale, sinteticamente richiamato e data la parallela centralizzazione della normazione in senso proprio, le modalità con le quali soddisfare le esigenze di differenziazione poste dai diversi contesti saranno definite solo tangenzialmente dalla legge e molto più dalle scelte operate dal sistema amministrativo e dal relativo modo di organizzarsi, definire procedure e modalità di cooperazione, esercitare funzioni e generare servizi.

D'altra parte, è da notare che già oggi troviamo nei "servizi nazionali" esempi (certo) perfetibili ma significativi di integrazione funzionale e di autonomia lungo *filière* amministrative che legano tra loro diversi livelli di governo⁹ e che sono ordinariamente disponibili strumenti organizzativi e funzionali particolarmente vari e flessibili come la delega, la costituzione e l'avvalimento di uffici comuni, l'affidamento di compiti e l'esternalizzazione di attività o di servizi, la partecipazione a organismi misti o il ricorso a forme di cooperazione tra amministrazioni pubbliche o tra pubblico e privato di cui la legge, tuttora ancorata alla secca alternativa tra mantenimento o devoluzione delle funzioni, è quasi sempre sprovvista. In un sistema istituzionale che ha un urgente bisogno di restituire flessibilità e autonomia alle proprie articolazioni, sono piste che non andrebbero perse.

Sarebbe troppo concludere che la p.a. ha al suo interno tutto ciò che serve per risolvere vecchi problemi e nuove sfide, ma sarebbe altrettanto sbagliato lasciare nell'ombra pressoché inutilizzati strumenti che possono risolvere molte delle esigenze che si sono ricordate. Tra l'altro, proprio in

⁸ F. Cortese, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 329 ss.

⁹ L. Torchia, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, Cedam, 1988, e A. Sandulli, *Il servizio nazionale di istruzione*, Bologna, il Mulino, 2003.

prossimità degli impegni posti dal *Next Generation EU* si stanno avanzando puntuali proposte di innovazione in materia di organizzazione amministrativa, disciplina normativa e personale che indicano quanta strada può essere percorsa su questo terreno in termini di cooperazione, flessibilità e autonomia organizzativa¹⁰.

Tanto che, prescindendo dalle polemiche più recenti relative all'art. 116, c. 3, Cost., si potrebbe concludere che la disposizione va letta non solo in termini di più funzioni (e correlate risorse) ma per l'appunto muovendo dal versante amministrativo, come completamento e integrazione dell'art. 118, c. 1, Cost., e dei principi ivi enunciati quando si ponga l'esigenza di modificare l'uniformità legislativa in un determinato ambito per ottenere flessibilità, adattamento e adeguatezza di poteri decisionali e operativi.

4. Spostare l'attenzione e una parte del potere decisionale dalla potestà legislativa ai caratteri dell'amministrazione regionale segna dunque un deciso passo avanti, che pone come si è appena detto problemi inediti alle regioni ma che ne innesta alternative e soluzioni nell'ambito più ampio delle riforme amministrative ove, grazie anche alle difficoltà incontrate dai diversi tentativi di innovazione, metodi e strumenti sono ormai sul tavolo¹¹.

Si apre infatti il terreno degli strumenti e delle garanzie necessarie per l'effettivo funzionamento del sistema amministrativo e che ruotano intorno al quesito di chi e come possa assicurare agli apparati e a chi vi opera quelle condizioni di flessibilità, discrezionalità e autorganizzazione senza le quali non è possibile attuare i principi di diversificazione e adeguatezza appena richiamati né assicurare una gestione orientata agli obiettivi assegnati sostenendone la relativa responsabilità per i risultati ottenuti.

Accanto al tema dei limiti della legge e della c.d. riserva di amministrazione che sembrano tornare all'attenzione, non vanno trascurati infatti altri aspetti che richiedono misure senza le quali ogni processo di innovazione rischia di ricadere in una fase di stallo. Si pensi ai pesanti condizionamenti funzionali e organizzativi introdotti nelle varie fasi della contrattazione sindacale o all'incertezza e gravità delle conseguenze su dirigenti e personale, spesso a prescindere dalla conclusione del processo penale o contabile, generate dalle iniziative delle varie magistrature. Tema su cui le principali responsabilità sono in ogni caso da ricondurre alla confusione e alla abnorme estensione e diffusa atipicità della normativa soprattutto penale introdotta

¹⁰ L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, cit., 6 ss.

¹¹ A. Sandulli, *Quali riforme per la pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, V ss.

dal legislatore, causa principale delle storture che hanno progressivamente paralizzato il funzionamento degli apparati¹².

Sullo sfondo, due elementi di diversa natura che rendono il tema ancora più problematico, e che proprio per questo vanno tenuti presenti con molta attenzione.

Il primo riguarda il lato della politica e la contraddizione che a ragione potrebbe cogliersi tra rilievo qui accordato al profilo amministrativo e l'enfasi che le vicende della pandemia (e anche precedenti) hanno posto sul ruolo e la soggettività politica dei "governatori". Certo, è possibile che le dinamiche prendano la strada del conflitto ma ci si può attendere con ragione anche il contrario e cioè che la maggiore politicità dei Presidenti di regione venga riconosciuta nei prossimi anni da tutti gli attori interessati come una risorsa da spendere sia al centro, a sostegno delle scelte nazionali oltre che delle aspettative regionali, sia sul versante altrettanto decisivo della loro attuazione nei sistemi locali.

Il secondo elemento ci riporta alle riforme amministrative.

Se quanto fin qui osservato ha qualche fondamento a partire dal fatto che i principi enunciati dagli artt. 5 e 118, c. 1 Cost., valgono non solo per le funzioni regionali ma per l'intera pubblica amministrazione a cominciare da quella statale, è inevitabile riconoscere che il tema della riforma del centro e dell'amministrazione statale, quello delle relazioni Stato-regioni-autonomie e quello infine del Mezzogiorno e delle aree più fragili (non sempre e solo al Sud) sono tra loro indissolubilmente legati e non possono essere oggetto di interventi distinti perché rappresentano le tre facce della questione amministrativa che si conferma anche per questo il problema decisivo del Paese.

Un motivo in più per evitare macro-progetti organici di riforma e procedere a singole innovazioni testandone, ad ogni passo, le implicazioni su ognuno di questi fronti. Non è facile, certo, ma non farlo può significare il rischio di risolvere un problema aprendone molti altri. Anche da qui è bene cominciare.

¹² F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, il Mulino, 2019.

ROBERTO BIN

UNITÀ E DIFFERENZIAZIONE: IL PROBLEMA COSTITUZIONALE E LE PROSPETTIVE*

SOMMARIO: 1. Il presente come storia. Unità e differenziazione nel disegno dei costituenti. – 2. Differenziazione e eguaglianza. – 3. Non tutto passa per l'autonomia legislativa. – 4. Politica e amministrazione, la nuova centralità. – 5. Unità e autonomia: dalla separazione alla collaborazione. – 6. L'autonomia differenziata. – 7. Unità senza luoghi? La lezione della pandemia e le prospettive.

1. Il presente come storia. Unità e differenziazione nel disegno dei costituenti

Autonomia legislativa e autonomia politica delle regioni sono un binomio spesso ricorrente nei discorsi dei nostri costituenti. Perché dotare le regioni del potere di emanare leggi? La risposta era chiara: perché questa era la condizione per assicurare l'autonomia politica dei territori. Nell'incertezza di chi avrebbe vinto le faticose elezioni del 18 aprile 1948 e nel timore che, restando sconfitti, si chiudessero tutti gli spazi di azione politica, ecco che l'idea di dotare le regioni – quelle da sempre “rosse” e quelle da sempre “bianche”, in primo luogo – di autonomia politica significava la garanzia di sopravvivenza degli sconfitti, la possibilità di arroccarsi nei propri territori, allevare una classe dirigente indipendente e mostrare a tutti che esiste un altro modo di governare, e di governare meglio. Autonomia significa differenziazione. Ma perché ciò fosse possibile era indispensabile che l'amministrazione regionale fosse liberata dalla sottoposizione al governo e alla sua amministrazione – quella sottoposizione gerarchica che era tipica dell'autarchia comunale: «l'unicità della sorgente del potere esige una unità

* Questo scritto costituisce una prima versione *draft* dello studio dal titolo *L'unità e la differenziazione nel quadro dell'organizzazione pluralistica dell'ordinamento istituzionale*, svolto per incarico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nell'ambito della ricerca «Un nuovo regionalismo per l'Italia di domani. Le Regioni italiane a 50 anni dalla loro istituzione: strategie per le riforme necessarie».

di azione ed una eguaglianza di effetti»¹. Come disse G. Ambrosini², «non basterebbe l'istituto del decentramento burocratico, né basterebbe l'istituto del decentramento autarchico, il quale assegnerebbe dei compiti ad un nuovo ente autarchico ma lasciandolo esposto alle pressioni e all'ingerenza del potere centrale e dei governanti. Occorre quindi ricorrere all'adozione dell'istituto dell'autonomia politica regionale».

L'autonomia amministrativa non può non avere sopra di sé la legge, come titolo di legittimazione e guida alla sua azione: lo pretende il principio di legalità. Ma se la legge è e resta quella statale, l'autonomia politica della regione è azzerata, dipendendo la sua amministrazione dalle scelte politiche imposte dal governo e dalla sua maggioranza. Ecco perché le regioni devono essere dotate di potestà legislativa: «se la regione si deve creare, essa deve essere munita di una autonomia politica o legislativa, perché altrimenti si creerebbe una superstruttura non giovevole»³.

Ma la differenziazione sin dove può essere tollerata da uno Stato che si vuole pur sempre unitario? Per i costituenti, che avevano rifiutato qualsiasi ipotesi di federalismo in nome dell'unità nazionale così faticosamente conquistata, il problema del rapporto tra autonomia e unità era assolutamente centrale. Siccome però l'autonomia era vista essenzialmente come autonomia legislativa, le esigenze di unità erano anch'esse proiettate sul piano della legislazione: prendevano forma nella inderogabilità dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e nel regime dei controlli governativi sulle leggi regionali.

Anche le esigenze di collaborazione erano presenti nei lavori della Costituente. Non lo si ricorda più, ma il Senato era dai più visto come la Camera di rappresentanza dei territori, pienamente inserita nella formazione delle leggi. Il che era del tutto coerente con il principio di supremazia della legge statale su quella regionale, perché la legge statale sarebbe stata il frutto di collaborazione tra i diversi livelli di governo. Ma il Senato non poteva nascere come organo di rappresentanza delle regioni, perché queste non esistevano: avrebbero dovuto essere create in seguito con leggi che spetta al Parlamento approvare: ad un Parlamento senza Senato?

L'assetto regionale concepito dai costituenti peccava indubbiamente di astrattezza. Le regioni erano il frutto di una forte esigenza di pluralismo

¹ G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, Cedam, 1969, 39.

² Relatore nella seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 27 luglio 1946.

³ Così A. Bozzi, intervenendo nella seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 29 luglio 1946.

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

politico, ma erano un'invenzione sia sotto il profilo giuridico (mai si era ancora visto uno Stato "regionale"), sia, e soprattutto, da punto di vista geografico-politico-amministrativo. Spesso nei lavori della Costituente, davanti ai ripetuti tentativi di proporre "nuove regioni" (la Daunia, l'Emilia Lunese ecc.), si fece appello al ritorno alle "regioni storiche tradizionali": che però non erano mai esistite se non negli annuari statistici. Un disegno astratto, dunque, quello delle regioni: ma non è stato questo il principale handicap allo sviluppo dell'esperienza regionale.

L'ordinamento giuridico italiano, che era transitato senza rilevanti mutamenti dal fascismo alla Repubblica, avrebbe dovuto adeguarsi «alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle regioni» entro il 1950; le regioni avrebbero dovuto essere costituite entro il 1948 e a quel punto anche la riforma del Senato avrebbe potuto compiersi. Invece le regioni ordinarie furono istituite solo nel 1970: nel frattempo l'ordinamento giuridico italiano si consolidò e rinnovò secondo la visione di uno Stato centralistico e burocratico, del tutto ignaro dell'esistenza dell'autonomia. Le quattro, e poi cinque, Regioni a Statuto speciale vivacchiarono scavandosi piccoli spazi nel corpo legislativo italiano che cresceva in forza di leggi approvate da un Parlamento in cui i territori non avevano alcuna voce. Una legislazione centralizzata si è così rafforzata, sviluppando laddove necessario una rete di amministrazioni decentrate, tutte dipendenti gerarchicamente dal governo e prevalentemente articolate a livello provinciale.

2. Differenziazione e eguaglianza

Fino alla riforma costituzionale del 2001 non fu lasciato spazio alcuno alla differenziazione delle regioni, e perciò neppure alla loro autonomia politica. Il dogma è sempre stato quello dell'eguaglianza delle regioni: le regioni dovevano essere trattate tutte allo stesso modo, titolari delle stesse competenze, sottoposte agli stessi limiti e controlli. Se l'autonomia significa differenziazione, l'eguaglianza comporta il livellamento dell'autonomia. Questa idea è profondamente sbagliata e perfettamente coerente con una visione centralistica del governo. È una vecchia idea che già prima dell'Unità di Italia aveva bloccato qualsiasi tentativo di riforma del sistema comunale, caratterizzato in Piemonte e in Lombardia (allora come ancora oggi) da un elevatissimo numero di comuni piccoli e piccolissimi. Il problema è sempre stato questo: se si potevano differenziare le competenze dei comuni in base alla loro dimensione demografica, o se ai piccoli comuni montani si doversero riconoscere le stesse attribuzioni dei comuni maggiori. Il Consiglio di

Stato prima (1852) e Santi Romano poi (1908) dissero di no, sostennero l'idea – sbagliata e alquanto disastrosa per la storia d'Italia – che, come i cittadini devono essere tutti eguali davanti alla legge, così dev'essere anche per i comuni, anch'essi tutti eguali nelle loro attribuzioni, piccolissimi o grandissimi che essi fossero.

Qui si scorge l'inganno. Sembra che l'eguaglianza di regime cui sono sottoposti gli enti territoriali sia la condizione dell'eguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti “di prestazione”. I due piani sono invece del tutto distinti. Attribuire le stesse risorse finanziarie e le stesse competenze amministrative alle regioni non significa affatto che tutti i cittadini siano messi nelle stesse condizioni di godimento delle prestazioni pubbliche. Che non sia affatto vero lo dimostra la realtà di oggi: la sanità corrisponde alle condizioni di eguaglianza appena descritte (stesse competenze, stessi finanziamenti), ma ci sono regioni in cui i cittadini godono di livelli di prestazione che altrove non sono affatto garantiti. La pandemia sta rivelando profonde differenze nella risposta degli apparati sanitari, tutti cresciuti nello stesso quadro di funzioni attribuite e di spesa capitaria garantita. L'eguaglianza nei diritti non è garantita dalla parità delle attribuzioni e dei livelli di autonomia. E forse, quando l'emergenza sarà passata, avremo modo di misurare la diversa prestazione fornita dalle singole amministrazioni sanitarie regionali, che sono cresciute seguendo modelli diversi, pur tutti compatibili con un quadro unitario di poteri e regole⁴.

Sono “eguali” le autonomie in Italia? Chiunque risponderebbe di no, ma non la legge: che il Comune di Milano disponga di adeguati servizi tecnici e il comune di un fondovalle isolato e spopolato no, non sembra dover avere conseguenze; è invece le ha, e il disastro ambientale e territoriale del nostro Paese ne è la prova. Lo dimostrano le periferie costruite in Italia in epoca repubblicana, una vergogna in cui le chiese si confondono con le stazioni di rifornimento e le case si mescolano ai capannoni: sono il frutto di un'autonomia data ai comuni che non avevano le risorse organizzative, conoscitive, culturali e politiche – talvolta anche morali – per fronteggiare gli interessi privati, interessi troppo vicini all'amministrazione per essere governati nell'interesse pubblico.

Lo stesso malinteso principio di eguaglianza è stato imposto alle regioni: alle regioni a statuto ordinario, sottoposte tutte allo stesso regime giuridico, il “diritto comune”; e di riflesso anche alle regioni a statuto speciale, che

⁴ Cfr. S. Romano, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, 512

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

spesso si sono sentite superate, nel livello di autonomia concesso di fatto (e di diritto giurisprudenziale), dalle regioni ordinarie.

Quando, nel 1970, le regioni ordinarie avviarono – con deprecabile ritardo di ventidue anni – la loro storia, la situazione si rivelò drammatica, perché un ente nuovo, tutto ancora da costruire, avrebbe dovuto entrare in funzione esercitando funzioni importanti, anche legislative, incuneandosi nella struttura piramidale dell'amministrazione pubblica cementata da più di un secolo di centralismo assoluto. Alcune regioni erano pronte, adeguate al progetto politico dell'autonomia regionale tracciato dalla costituente, fornite di una classe politica ispirata, se non preparata, e pronta a impostare una propria visione dell'autonomia. Altre assolutamente no. In Calabria scoppiò la guerra civile, "Boia chi molla" guidava l'insurrezione fascista di Reggio Calabria che vedeva sfuggire la prospettiva di diventare il capoluogo regionale. In Abruzzo non fu molto diverso. La Campania, per tutta la prima legislatura, non riuscì a dotarsi di un esecutivo che durasse in carica più del tempo impiegato a costituirlo⁵. In questa situazione, l'applicazione del principio di eguaglianza alle autonomie ordinarie ha avuto una conseguenza inevitabile: i poteri conferiti alle regioni, a tutte le regioni indistintamente, furono parametrati sulla capacità dell'ultima di esse, certo non della prima. Questo principio improntò l'azione del governo nella fase di prima attuazione del trasferimento delle funzioni. Era un atteggiamento di prudenza ovvio, sensato, persino apprezzabile: e infatti la Corte l'ha apprezzato, assumendo la difesa di quello che si è chiamato allora il "ritaglio delle materie", la tecnica per cui si dava alle regioni solo quello che era di "interesse regionale", cioè adeguato alle capacità regolative e amministrative accreditabili ad una regione astrattamente concepita, con tutte le precauzioni del caso; il resto restava prudentemente trattenuto dallo Stato.

3. Non tutto passa per l'autonomia legislativa

Nell'impostazione seguita dai costituenti, l'equilibrio tra le esigenze unitarie e le esigenze di differenziazione ed autonomia è riassunto nella disciplina della potestà legislativa regionale. La legge regionale è considerata premessa indispensabile dell'autonomia politica e amministrativa; le esigenze di unità sono riassunte nei rapporti tra legge statale e legge regionale, nonché nei controlli a cui questa è sottoposta.

⁵ Indicativi i dati raccolti in R. Bin, *Le crisi di Giunta nell'esperienza della prima legislatura delle Regioni ad autonomia ordinaria*, in *Le Regioni*, 1976, 425 ss.

Ancora una volta il modello tracciato dall'Assemblea costituente è chiaro e lineare. I diversi livelli di autonomia legislativa (esclusiva, concorrente, d'attuazione) sono segnati dalla diversità del vincolo rappresentato dalla legislazione statale: i principi generali dell'ordinamento, le norme fondamentali delle grandi riforme, i principi fondamentali della legislazione nella materia, ecc. Questi limiti sono vigilati dal governo attraverso il meccanismo del controllo preventivo delle leggi regionali, una procedura in parte "contrattata", che è stata in vigore sino alla riforma del 2001: sono considerati limiti di legittimità, come tali verificabili da un giudice imparziale, la Corte costituzionale. Accanto ad essi, nel disegno dei costituenti erano inseriti anche dei limiti "elastici", attinenti al merito politico e ai possibili conflitti di indirizzo che potevano insorgere a causa di qualche legge regionale. L'unità politica della Nazione poteva essere allora raggiunta solo attraverso un voto della massima istanza democratica del Paese, cioè il Parlamento. È a tutti noto che il controllo di merito non è mai stato attivato, essendo stato ogni conflitto tra governo e regioni convertito in un conflitto sulla competenza, e quindi sottoposto alla Corte costituzionale come questione di legittimità.

Con la riforma del 2001 si elimina il controllo preventivo delle leggi regionali – e quindi si è dissolto anche quel tanto di collaborazione che in esso era venuto a svilupparsi. Però il sistema dei limiti e il controllo giurisdizionale della Corte costituzionale non sono cambiati, almeno concettualmente.

Quello che però cambia nella realtà è il rapporto tra legislazione e attività amministrativa. Nel disegno costituzionale del 1948 le funzioni amministrative erano legate a doppia mandata alle funzioni legislative: il principio del «parallelismo delle funzioni» esprimeva egregiamente questa impostazione (dove le regioni hanno funzioni legislative, lì hanno anche competenze amministrative; laddove lo Stato delega alle regioni funzioni amministrative, le regioni possono anche legiferare, in modo da non lasciare la propria amministrazione "scoperta" dall'ombrello delle legalità).

La riforma del 2001 ha sganciato le funzioni amministrative regionali dal principio di parallelismo: le funzioni regionali sono attribuite non come completamento delle funzioni legislative (che restano ripartite tra Stato e regioni sulla base dell'arcaico e inefficiente criterio delle "materie"), ma sulla base dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Che cosa implicasse questo radicale mutamento non lo si è mai ben realizzato, così come non è mai stato chiarito se era sostenibile questo regime di sdoppiamento tra potestà legislativa e potestà amministrativa, in un sistema che resta pur sempre dominato dal principio di legalità: ma la risposta offerta

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

dalla giurisprudenza costituzionale ha risolto in radice questo tipo di dubbi teorici, rimescolando le carte e, tra l'altro, applicando anche al riparto delle funzioni legislative i principi di sussidiarietà.

La legge ha così perso quella centralità nel sistema dei rapporti tra Stato e regioni che le aveva attribuito la Costituzione e che era stata sostenibile per molti decenni. Bisogna sottolineare che questo risultato non è prodotto solo dal mutamento delle relazioni tra Stato e regioni, ma è la conseguenza di un fenomeno che ha radici più lontane ed effetti assai più ampi. È il processo di trasformazione della funzione legislativa che ha allontanato di molto l'immagine della "legge", che era impressa nella mente dei nostri costituenti, dall'uso attuale dello strumento: una legge sempre meno ordinamentale e "di sistema", da cui è possibile evincere "principi" e norme generali attorno a cui costruire l'unità dell'ordinamento giuridico, trasformata in strumento di intervento puntuale ad alto contenuto "tecnico"; una legge, quindi, che non ha lo scopo di concorrere a costruire una disciplina omogenea e sistematica, ma che è volta a perseguire obiettivi circoscritti comprensibili solo nell'ambito di strategie politiche, amministrative, finanziarie, di innovazione tecnologica ecc. A questo, che è un fenomeno di vasto respiro che si riscontra in tutte le democrazie avanzate già da qualche decennio, si accompagna un fenomeno molto più locale, che è la pessima tecnica legislativa dominante nella produzione normativa italiana, quasi sempre di carattere emergenziale. In un panorama così caratterizzato, è piuttosto difficile mantenere viva l'immagine della centralità della legge come principio di sistema capace di ordinare le relazioni tra i livelli di governo.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha concorso alla trasformazione del quadro d'insieme. L'abbandono della distinzione "statica" principio-dettaglio come fondamentale strumento ordinatore delle relazioni tra Stato e regioni, ha portato ben prima della riforma del 2001 a guardare a un fattore "dinamico" costituito dall'indirizzo politico: non più alle norme è rivolta la sua attenzione, ma piuttosto agli obiettivi politici e politico-amministrativi. Tutta la giurisprudenza sul c.d. «interesse nazionale» e sulla «funzione di indirizzo e coordinamento», sviluppatasi in particolare nei due decenni precedenti alla riforma costituzionale, si è così saldata alla sua giurisprudenza successiva che, pur cambiando radicalmente il "nome" (non si è più accennato all'«interesse nazionale» o all'«indirizzo e coordinamento») ha sostanzialmente mantenuto la "cosa", espressa nel «principio di sussidiarietà» e nella sua forza di attrazione al centro, forza che fa sentire i suoi invincibili effetti sia nelle funzioni amministrative che nella legislazione.

4. Politica e amministrazione, la nuova centralità

Negli anni della crisi finanziaria si è accentuata la tendenza, da tempo in atto, a promuovere una legislazione di tipo provvedimentale e a carattere emergenziale. L'uso massiccio della decretazione d'urgenza e il ricorso sistematico alla delegazione legislativa hanno definitivamente spostato la funzione legislativa in capo al governo. Ciò ha in parte sdrammatizzato il problema della partecipazione delle regioni al procedimento legislativo, che in precedenza era stato l'alfa di ogni progetto di riforma del sistema costituzionale. In ciò la svalutazione del ruolo del Parlamento come legislatore, che è pur sempre un fenomeno di grave distorsione della forma di governo, ha posto su basi del tutto diverse il ruolo delle regioni nella formazione delle politiche pubbliche nazionali.

Qui emerge con evidenza il ruolo che hanno assunto la Conferenza Stato-Regioni e le altre conferenze. Ad altri spetta il compito di esaminare la loro attività. In questa sede, però, non si può mancare di rilevare che il momento di unità del Paese è stato riconosciuto sempre di più nel «sistema delle Conferenze». In qualche modo questa è la conseguenza della trasformazione a cui si è accennato in precedenza: man mano si è dissolta la legislazione ordinamentale, che almeno in linea di massima poteva alimentare l'idea che fosse la legge il vertice del sistema e in essa fossero contenuti i *principia* della legislazione conseguente, statale o regionale che fosse, e questa è stata sostituita da una attività di normazione – d'urgenza, delegata, provvedimentale, d'indirizzo, pianificatrice ecc. – che nasceva nel governo: nella stessa misura il governo ha colto il vantaggio di poter concertare i suoi provvedimenti con le regioni e con le rappresentanze delle autonomie. Accordi e intese hanno preceduto la emanazione degli atti: e quando questi hanno dovuto assumere forme legislative e affrontare quindi un procedimento di approvazione in Parlamento, le regioni si sono trovate spiazzate, perché – come la Corte costituzionale ha sentenziato in innumerevoli occasioni – la sovranità parlamentare non poteva piegarsi ai preventivi accordi intrecciati dal governo con le autonomie.

La «legislazione motorizzata» – come l'aveva chiamata Carl Schmitt già nel primo Dopoguerra – si è talmente diffusa che ormai il fine politico che l'ispira – cioè l'obiettivo che si intende perseguire – è perfettamente saldato allo strumento normativo adottato. Il consenso che la Conferenza raggiunge nel merito del provvedimento è anche un consenso nel merito dell'indirizzo politico perseguito dal governo. Rispetto ad esso il Parlamento è inevitabilmente posto ai margini, come lo è anche lo strumento che esprime la sua «sovranità», la legge.

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

È appena il caso di notare che la perdita di centralità della legge non è un fenomeno che si avverta solo a livello statale. Anche nelle regioni la legge è uno strumento che non ha più la rilevanza che le veniva riconosciuta nelle prime legislature. A quei tempi era molto lo spazio che le riviste giuridiche specializzate – perché dedicate alle autonomie regionali o perché rivolte agli specifici settori di competenza regionale – assegnavano alle rassegne di legislazione regionale, per porre a confronto i diversi modelli di intervento. Ora ciò non accade più. Anche la legislazione regionale si è ritratta su una funzione organizzativa e servente le azioni amministrative decise dai vertici politici. È una legislazione ampiamente provvedimentale, che talvolta cozza contro i limiti di competenza senza quasi mai sollevare grandi conflitti di indirizzo politico. Se si scorrono i repertori legislativi si resta impressionati dalla scarsità, anche numerica, della legislazione regionale. Quella legislazione, che nell'immaginazione del nostro costituente avrebbe dovuto esprimere e fondare l'autonomia politica della regione, è ormai, al pari della legislazione statale, uno strumento piuttosto informe di esecuzione di indirizzi politici che non necessariamente – anzi, molto raramente – si esprimono in forma di legge.

5. Unità e autonomia: dalla separazione alla collaborazione

La dialettica tra unità e autonomia, che è la chiave suggerita dalla Corte costituzionale per leggere correttamente l'art. 5 Cost., eretto a perno immobile (cioè: non sfiorato dalla riforma del 2001) dell'intero sistema, non si svolge più nell'ambito della legislazione e delle complicate relazioni tra legge statale e legge regionale. La dialettica si è trasferita in una dimensione politico-amministrativa. La parola chiave è leale collaborazione ed è la via suggerita con forza dalla stessa Corte costituzionale. Sotto questo profilo le parole più dotate di un «tono costituzionale» sono quelle contenute nella sentenza n. 303/2003, che riguardava la programmazione delle grandi opere. È una sentenza giustamente celebre, perché riscrive le regole costituzionali in un sistema non più caratterizzato dal riparto a priori delle funzioni legislative, ma dal concorso «cooperativo» dei diversi livelli di governo nella specificazione degli obiettivi programmatici e degli strumenti attuativi. Ogni questione di rilevanza nazionale, prima ancora di essere presentata al Parlamento, laddove necessario, viene discussa dal governo con le regioni; ed anche con le singole regioni, se si tratta di questioni localizzabili. Di tutto ciò non c'è parola nella Costituzione, neppure dopo la riforma del 2001, ma è disciplinato nella giurisprudenza costituzionale. Il «sistema delle

Conferenze” è la sede istituzionale in cui la cooperazione interistituzionale deve svolgersi.

Chi studia le attività delle Conferenze può facilmente indicare gli episodi più significativi di questa collaborazione. Quel che qui interessa è notare come essa abbia trasformato il modo stesso di intendere il rapporto tra unità e differenziazione. Non solo questo rapporto non passa più per le relazioni tra i diversi livelli di legislazione, ma si è anche liberato di tutti quegli aspetti problematici che si ricollegano all’apparato di procedure e di competenze, scritte nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari, che da sempre caratterizza l’approvazione degli atti legislativi e da cui la voce delle regioni e delle autonomie è stata sistematicamente esclusa. La leale collaborazione si svolge in un contesto caratterizzato da bassa o bassissima formalizzazione, con tutti i vantaggi e gli svantaggi che ne conseguono: è un rapporto essenzialmente politico che si fonda integralmente sulla volontà delle parti di collaborare per raggiungere un determinato risultato. Un rapporto che si svolge fuori delle forme costituzionali anche se, come ripete la Corte costituzionale in ogni occasione, interpreta perfettamente lo “spirito” della Costituzione, cioè la “dialettica” contenuta nel suo art. 5.

Quello che più colpisce – e che dovrebbe stimolare una attenta riflessione sul ruolo che ricopre, in un sistema istituzionale dinamico, la formalizzazione delle relazioni che vi si sviluppano “spontaneamente” in nuove regole costituzionali – è che il lavoro delle Conferenze si svolge in un ambiente di bassissima formalizzazione, cioè in un quadro di regole e procedure estremamente rarefatto. Il modo in cui opera la dialettica tra unità e autonomia è ampiamente de-costituzionalizzato. Il che però significa anche che è piuttosto incerto, dato che, come si è appena sottolineato, si basa per intero sulla volontà delle parti di collaborare e sulla convenienza che esse ne traggono. Questi sono i vantaggi e i limiti della costruzione di sistemi di relazioni intra-istituzionali basati su strumenti di tipo convenzionale “a bassa formalizzazione”. Così si è evoluto il sistema di governo della Comunità e poi dell’Unione europea, in cui la sperimentazione di relazioni innovative tra le istituzioni ha sempre anticipato il loro consolidamento nei Trattati⁶; così si è assestato il sistema della devolution nel Regno Unito, ampiamente basato sul sistema di accordi e convenzioni intergovernative⁷.

⁶ Cfr. R. Bin, P. Caretti e G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2015, 51 ss.

⁷ Sul funzionamento della *Sewel Convention* si veda il rapporto del governo scozzese sulle *Legislative Consent Motions* (www.webarchive.org.uk/wayback/archive/20170609001806/http://www.gov.scot/About/Government/Sewel). Cfr. da ultimo B. Guastafarro, *Parlamenti*,

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

Per decenni si è ritenuto che il nodo irrisolto del sistema italiano delle autonomie stesse nella mancanza della “regionalizzazione” di uno dei rami del Parlamento, e diverse proposte di riforma costituzionale dirette ad attuare questo obiettivo sono state avanzate, alcune anche approvate dal Parlamento, nessuna però consacrata dal voto popolare. L’obiettivo è rimasto senz’altro strategico sin tanto che è stata la legge statale a rappresentare ad un tempo il momento dell’unità e la misura della differenziazione. Ci si può seriamente chiedere se oggi, mutato il quadro dei rapporti, tale obiettivo sia ancora centrale. Su ciò si ritornerà in conclusione di questo scritto.

6. L’autonomia differenziata

Forse il risultato più apprezzabile della riforma costituzionale del 2001 è stata l’introduzione, nel “nuovo” art. 116, c. 3, Cost., dell’ipotesi di una differenziazione dell’autonomia concessa a singole regioni. È un tema a cui è stata dedicata molta attenzione, ma in questa sede merita sottolineare l’incidenza che l’«autonomia differenziata» esercita sul tema dell’unità e della differenziazione.

Il principio di differenziazione si basa sull’ovvia evidenza della profonda diversità di fatto delle regioni, diversità che emerge sotto ogni profilo rilevante: differenziare la disciplina cui le regioni sono soggette non è perciò una scelta, ma una conseguenza necessaria della loro diversità, della molteplice varietà del reale, che non si ferma alle differenze “esteriori”, geografiche o socio-economiche, ma guarda anche alla capacità di governarsi e amministrarsi. Non si tratta di premiare “i migliori”, le regioni che si mostrano più “virtuose” nella gestione della propria autonomia⁸: la differenziazione è la conseguenza necessaria dal dato fattuale della diversità. Verrebbe da sostenere che è lo stesso principio costituzionale di eguaglianza a esigerlo: situazioni eguali vanno trattate in modo eguale, ma situazioni diverse devono essere trattate diversamente.

Ovviamente la differenziazione non può ignorare le esigenze derivanti dal principio di unità. In primo luogo, si avverte l’esigenza di moderare gli effetti dell’autonomia laddove sia necessario assicurare uniformi garanzie dei

Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution, in *DPCE online*, 2019, n. 4.

⁸ Così, ma in senso giustamente critico, O. Chessa, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, relazione al Convegno Astrid – Cranec, *Autonomie regionali: specialità e differenziazioni*, Roma, 27 giugno 2017, 15 ss.

diritti a tutti i cittadini. Poco si potrebbe controbattere a questa obiezione mossa assai di frequente alle istanze di differenziazione: ma la fondamentale esigenza di eguaglianza dei cittadini nei diritti non comporta affatto la compressione dell'autonomia o la negazione della differenziazione. La riforma costituzionale del 2001 ha già provveduto ad introdurre congegni normativi progettati appositamente per regolare il bilanciamento tra differenziazione e uniformità nella tutela dei diritti: la potestà assoluta dello Stato nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, c. 2, lett. *m*) è poi confermata, per ciò che riguarda l'azione amministrativa delle regioni, dal potere sostitutivo riconosciuto al governo «quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi» (art. 120, c. 2). Pur nella scrittura non sempre controllata della riforma costituzionale del 2001, almeno questo tema appare sviluppato adeguatamente. Ma nei fatti non sembra funzionare.

Non è solo l'applicazione della norma sulla “determinazione dei livelli essenziali” delle prestazioni pubbliche a deludere. Pur faticosamente, la Conferenza Stato-Regioni è riuscita a definire i contenuti dei nuovi LEA in materia sanitaria, poi trasposti nel d.P.C. 12 gennaio 2017; ma del resto – e in particolare dei LIVEAS, cioè dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (previsti già dalla l. 8 novembre 2000, n. 328) – non c'è ancora traccia. Si noti che la giurisprudenza ha esteso sin dall'inizio la competenza dello Stato ben al di là delle tradizionali prestazioni pubbliche (sanità, assistenza, previdenza, istruzione, edilizia residenziale ecc.), includendovi, per esempio, anche le “prestazioni” della pubblica amministrazione la sicurezza dei trasporti pubblici⁹, l'accesso pubblico ai documenti amministrativi¹⁰, la SCIA¹¹, le certificazioni ambientali e di qualità¹². Tutti questi sono però soltanto dei titoli di competenza che consentono alle leggi dello Stato di disciplinare segmenti della materia, a cui non corrispondono affatto strumentazioni utili a verificare che tali norme si traducano in garanzie effettive dei livelli di godimento dei diritti da parte dei cittadini. Per di più non c'è alcun sistema che assicuri la rilevazione delle situazioni locali di crisi del sistema delle prestazioni. Il che significa che la eguale tutela dei diritti, promessa dalla Costituzione su

⁹ Cons. St., sez. cons., parere n. 704/2003.

¹⁰ C. cost., 1° dicembre 2006, n. 399.

¹¹ C. cost., 20 luglio 2012, n. 203, e C. cost., 9 maggio 2014, n. 121.

¹² C. cost., 4 dicembre 2009, n. 322.

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

tutto il territorio nazionale, non gode di alcuna tutela sistematica, di indici applicabili e di controlli costanti. E questo – si badi bene – pur in presenza di un modello di regionalismo uniforme, quale si è avuto sino ad oggi. La preoccupante forbice che si sta allargando tra l’aspettativa di vita nelle regioni del Nord e quella nelle regioni del Sud Italia è un dato che dovrebbe allarmare e far scattare i meccanismi di controllo e reazione.

Su questa condizione di grave diseguaglianza di fatto si è abbattuta la pandemia, con le conseguenze a tutti note. È bene però sottolineare che ciò non avviene di certo a causa della differenziazione tra le regioni, che nelle competenze legislative e amministrative attualmente non c’è: la diseguaglianza è nei fatti, i diritti dei cittadini subiscono pesanti compressioni nei territori dove minore è la capacità organizzativa e amministrativa. Il problema è che le autorità centrali non sembrano capaci di esercitare le funzioni di controllo che la Costituzione assegna loro, non svolgono il necessario monitoraggio delle prestazioni effettivamente erogate, non raccolgono e forniscono dati di comparazione che – tra l’altro – servirebbero ai cittadini per rendere effettivo il controllo democratico sulle proprie amministrazioni. L’unico controllo è quello sulla spesa, che però non ci dice nulla sulla qualità delle prestazioni effettivamente erogate: anzi, il controllo sostitutivo che è provocato dai deficit dei bilanci sanitari, con il commissariamento delle regioni colpevoli, ha mirato esclusivamente al ripiano finanziario, lasciando dietro di sé un taglio della spesa sanitaria con relativa contrazione dei servizi erogati.

Quello che manca è dunque un’amministrazione centrale capace ed adeguata ai compiti che dovrebbe svolgere in base al disegno costituzionale. Le nostre amministrazioni centrali sono addestrate ad un controllo formale sugli atti, svolto in termini di rispetto delle competenze e della legalità formale: poco sanno e possono fare per monitorare la qualità dei servizi resi ai cittadini. Sono i cittadini a svolgere il controllo sulle prestazioni ricevute e – se possono farlo – “votare con i piedi”, ossia cercando nelle regioni più efficienti la qualità dei servizi che nel loro territorio non è assicurata. La burocrazia si limita a controllare che tutto ciò si svolga nella perfetta legalità delle forme, non ponendosi il problema del perché alla stessa spesa erogata in questa o in quella regione corrisponda una qualità così diversa delle prestazioni. Il principio di unità è proclamato, ma non è concretizzato.

Tutto il sistema delle autonomie si è registrato su questo ruolo passivo delle amministrazioni centrali e sul ruolo pervasivo delle burocrazie. Il regionalismo – e quello “differenziato” in particolare – avrebbe bisogno invece di essere sottratto alle dinamiche della burocrazia, e richiederebbe una forte iniziativa politica. Invece, anche le richieste di maggiore autonomia

avanzate dalle regioni del Nord sono state dominate dal lavoro preparatorio delle burocrazie regionali, piuttosto che da una visione ampia e politica della “missione” della regione. È una prospettiva sbagliata, perché, come aveva intuito il d.d.l. Lanzillota (2008), l’«autonomia ampliata» non trova ostacolo in questa o quella funzione amministrativa trattenuta dallo Stato, e forse neppure nell’insufficienza della provvista finanziaria, sempre lamentata, ma nei vincoli legislativi che la regione subisce e che sono sparsi nella legislazione dello Stato e nel modo arcigno con cui vengono vigilati dalle burocrazie ministeriali, con il distratto e disinteressato beneplacito dell’organo politico, il Consiglio dei ministri. Ma per sapere quali siano questi limiti non serve la consueta rilevazione da parte degli uffici regionali delle funzioni ancora trattenute dallo Stato: non bisogna muoversi in un’ottica burocratico-amministrativa. Serve invece un’idea politica, l’elaborazione di un progetto di regione, accuratamente ideato e discusso con le parti sociali; solo avendo chiari gli obiettivi progettuali si possono individuare gli ostacoli che ne impediscono il raggiungimento, che forse possono essere finanziari, ma certamente sono prevalentemente normativi; solo a posteriori si può capire quali siano gli impedimenti normativi che rendono impossibile la realizzazione del progetto, impedimenti che immancabilmente hanno radici nella legislazione dello Stato. Sono ostacoli che possono essere appianati, non con l’ennesimo trasferimento di funzioni amministrative, ma agendo in sede politica, perché è necessario che ciò che una certa legge statale impedisce di fare sia rimosso con un’altra legge statale. L’intesa tra Stato e regione, che è richiesta dall’art. 116, c. 3, Cost., serve appunto a individuare con precisione le deroghe alla legislazione vigente che appaiono necessarie per rendere possibile la realizzazione del progetto; dovrebbe sottolineare il carattere sperimentale e “progettuale”¹³ a cui la deroga si sposa, aprendo la strada a una legislazione di riforma che non può che avere natura eccezionale, derogatoria e sperimentale¹⁴. Per cui la legge “per l’attribuzione dell’autonomia ampliata” dovrebbe prevedere non solo le deroghe, ma anche le successive verifiche della sperimentazione avviata. E se le verifiche daranno risultato positivo potrà capitare

¹³ Su ciò cfr. in particolare F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, 696 ss.

¹⁴ Come osserva opportunamente P. Giangaspero, *Ancora sul processo di differenziazione dell’autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell’art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2018, 168 e 170, è indicativo che gli *Accordi preliminari* prevedano che le intese di cui all’art. 116, c. 3, abbiano una durata decennale, con l’impegno delle parti di avviare la verifica dei risultati raggiunti due anni prima della scadenza «al fine di procedere al rinnovo, all’eventuale rinegoziazione o alla cessazione definitiva dell’intesa».

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

che la riforma venga accolta dalle leggi dello Stato e diventi applicabile a tutte le altre regioni. Tutto deve prendere le mosse da un accordo politico: è così che la differenziazione delle autonomie si coniuga con l'unità politica.

Sinora, le regioni che hanno avanzato una proposta di attuazione dell'“autonomia differenziata” hanno basato le loro richieste su una ricognizione delle funzioni amministrative di cui chiedevano il trasferimento. Però concepire così la “differenziazione” promessa dall'art. 116, c. 3, Cost. ne tradisce il significato: la disposizione costituzionale non parla di «nuove funzioni amministrative», ma di «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». All'autonomia regionale “standard”, quella definita dall'art. 117 Cost. (nel cui ambito si è svolta l'opera di trasferimento delle funzioni amministrative in passato, e si potrà forse svolgere nuovamente in futuro), può affiancarsi un'autonomia modellata in forme «nuove» e «particolari» proprio perché orientate ad incentivare e rendere stabili forme di collaborazione politica tra la regione e lo Stato, particolarmente intense in determinate materie che caratterizzano gli interessi, il territorio, l'economia regionale: rispetto alle quali le regioni possono chiedere aperture di autonomia (anche legislativa) derogatorie rispetto all'assetto “standard” delle competenze, compartecipazione alle decisioni delle amministrazioni statali, contrattazione dei modi in cui il governo svolge la sua funzione di controllo sulle leggi e sull'attività amministrativa della regione. La legge formale che chiude la trattativa tra il governo e la regione è molto opportunamente concepita dall'art. 116, c. 3, Cost. come una legge rinforzata: essa consolida l'accordo raggiunto e “irrigidisce” tutte le deroghe introdotte alla disciplina ordinaria: perché, per la sua particolare natura “rinforzata”, questa legge impedisce che la legislazione successiva eroda il regime particolare riconosciuto alla singola regione e ne indebolisca progressivamente la “specialità”.

Si è parlato di una legge di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. che fissi i limiti, le condizioni, le procedure che guiderebbero le trattative per giungere ad un regime differenziato delle singole regioni. Sebbene non strettamente necessaria, una legge siffatta sarebbe sicuramente opportuna, perché potrebbe predisporre un quadro di strumenti di collaborazione “azionabili” dalle intese con la singola regione: magari disciplinando quei tratti della collaborazione interistituzionale che ancora non sono chiari.

Considerata in questa prospettiva, l'attuazione dell'“autonomia differenziata” non minaccerebbe affatto l'unità politica, giuridica ed economica dello Stato, come da molti è temuto. Implicherebbe però che cambi il registro delle relazioni Stato-regioni, oggi impostato su una scissione troppo marcata tra la gestione burocratica dei rapporti, abbandonata al “dialogo” tra le strutture amministrative ministeriali e regionali, e si apra il campo per una

visione autenticamente politica della funzione dell'autonomia regionale che muova da un progetto preciso dello sviluppo dell' "autonomia differenziata" della regione.

7. Unità senza luoghi? La lezione della pandemia e le prospettive

Le vicende legate alla pandemia indicano molti sviluppi interessanti nel quadro delle relazioni politiche tra governo e regioni. Di fronte all'urgenza di assumere le decisioni rese necessarie da una situazione del tutto inedita, che coinvolge competenze tipicamente regionali, a partire dalla salute per estendersi alla scuola, ai trasporti, al turismo, al commercio e così via, queste decisioni sono state assunte dal governo ricorrendo principalmente alla decretazione d'urgenza e ai d.P.C.¹⁵. Ogni puntata di questo processo è stata accompagnata da un intenso coinvolgimento delle regioni: la Conferenza delle Regioni e le Conferenze Stato-Regioni e Unificata sono diventate l'interlocutore fisso delle autorità governative; ma non sono mancate intense relazioni tra queste e i vertici politici delle singole regioni.

Tutto ciò dovrà essere oggetto di attenta analisi, che però esce dall'oggetto di questa indagine. La quale deve limitarsi a poche considerazioni d'insieme che guardino al mutato equilibrio tra unità e autonomia che sembra emergere dalla prassi in atto e dalla «dialettica costante»¹⁶ che negli ultimi mesi ha riconnesso il governo centrale con i governi regionali.

Non si può certo dire che le relazioni tra governo, Conferenze e presidenti delle regioni, singoli o riuniti nella loro Conferenza, siano state ordinate, costanti e prive di frizioni. Tutt'altro: il diverso "colore politico" delle presidenze delle regioni ha talvolta prevalso sull'intenso spirito cooperativo che in molte altre circostanze è emerso con chiarezza. Convergenze e divergenze, collaborazione e contrapposizione si sono alternate, ma nel complesso hanno disegnato un quadro inedito: se in origine la Conferenza Stato-regioni aveva come obiettivo fondamentale il "coordinamento tecnico", le vicende della pandemia hanno fatto prevalere il momento politico¹⁷.

¹⁵ Sulla combinazione tra atti statali e ordinanze regionali, cfr., tra le molte analisi già disponibili, G. Delledonne e C. Padula, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 2020, 753 ss.

¹⁶ L'espressione è di F. Cortese, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 2020, 4.

¹⁷ Cfr. in questo senso Q. Camerlengo, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 2020, 750 ss.

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

I presidenti delle regioni sono stati in questo, ormai lungo, periodo i veri interlocutori politici del governo, sia che abbiano cooperato come sostegno delle sue politiche, sia che abbiano fatto risuonare forti voci di opposizione e più puntuali dissensi. Nell'uno e nell'altro caso sembra che la "forma di governo" italiana abbia affiancato, e talvolta persino sostituito, il tradizionale modello parlamentare con un inedito "governo di esecutivi". Un segno di questo mutamento è dato dal ruolo e dalla "visibilità" assunti dal Ministro per i rapporti con le regioni, che sembra aver offuscato il ruolo esercitato in anni ancora recenti dal Ministro dei rapporti con il Parlamento.

Nella storia dei governi costituzionali vi è ogni sorta di esperienza e di modello, e anche il "governo di esecutivi" non è un inedito, ma appartiene alla storia evolutiva dei sistemi federali¹⁸. Ma non è il caso di indulgere qui con ricostruzioni storiche, sempre un po' azzardate. Quello che sembra emergere nella recentissima esperienza italiana chiede, non giustificazioni storiche, ma una comprensione delle linee di sviluppo e dei mutamenti che possono essere necessari per riequilibrare il sistema.

In un recente scritto, commentando una decisione della Corte costituzionale in tema di conflitto di attribuzioni sollevato da alcuni parlamentari¹⁹, Michela Manetti osserva come le vicende dell'approvazione delle leggi di bilancio abbiano fatto segnare una modificazione di fatto della nostra forma di governo, provocata dall'affermarsi in via di prassi – con l'avallo però della stessa Corte costituzionale – di un «monocameralismo di fatto» del tutto inedito, ma funzionale alle esigenze emerse di procedure legislative che, «finalizzate originariamente alla valorizzazione del contraddittorio... hanno dovuto altresì farsi carico dell'efficienza e tempestività delle decisioni parlamentari, primieramente in materia economica e di bilancio»²⁰. Sono fenomeni da registrare non senza una certa apprensione, ma che possono apparire accettabili sinché rientrino nello spazio consentito dall'interpreta-

¹⁸ Georg Jellinek aveva elaborato un progetto di legge per regolare la responsabilità del Cancelliere nei confronti del *Bundesrath*, cioè della camera di rappresentanza federale (si può leggere l'attenta critica di I. Brunelli, *Sulla responsabilità del Cancelliere tedesco*, Torino, Utet, 1910). Quanto al Senato degli Stati Uniti, non a caso definito dal Madison come «*the great anchor of the Government*» (lettera a Jefferson del 24 ottobre 1787), specie quando era formato dai pochi rappresentanti dei tredici Stati federati, sembrava – come è stato detto – un consesso di ambasciatori degli Stati, più che un organo di rappresentanza popolare (cfr. B. Ackerman, *We the People I: Foundations*, Cambridge, Mass. – London, 1991, 69).

¹⁹ C. cost., ordinanza, 26 marzo 2020, n. 60.

²⁰ M. Manetti, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rileva una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2020, 722 ss. (la citazione è tratta dall'ordinanza n. 60/2020).

zione del testo costituzionale, anche se dissonante rispetto all'interpretazione consolidata e lungamente seguita in passato²¹.

Un mutamento costituzionale potrebbe essere in atto anche nei rapporti tra governo e presidenti delle regioni: un mutamento che non ha ancora indotto modifiche chiare nelle prassi e tantomeno "concretizzazioni" sul piano normativo. Ma proprio su quest'ultimo piano potrebbe essere introdotta qualche novità.

Il problema da risolvere è come riportare le relazioni politiche tra governo e presidenti delle regioni nell'alveo delle procedure decisionali che rafforzino il ruolo del Parlamento. Sinora esse hanno concorso a indebolirlo, rafforzando le tendenze già in atto di emarginazione delle Camere dalle decisioni di politica legislativa. La conseguenza è che la ormai tradizionale richiesta di "regionalizzare" un ramo del Parlamento per coinvolgere le autonomie nel procedimento legislativo, oltre a rivelarsi un progetto irto di ostacoli, mostra oggi di aver perso molto del suo significato, dato che non è più la legge il momento centrale, lo strumento fondamentale per assicurare l'unità politica e legislativa del Paese. Se è vero quanto descritto nelle pagine precedenti, la "crisi della legge" – fenomeno epocale su cui per altro si è discettato per decenni – ha rivelato che l'unità è sostenuta da una prassi di collaborazione dei vertici politici; la decisione "partecipata", in cui si esprime la raggiunta "unità", non è un classico disegno di legge con aspirazione ordinamentale, ma un provvedimento: un provvedimento amministrativo generale (l'ormai classico d.P.C.) o un provvedimento legislativo d'urgenza. Nei confronti di atti di questo tipo gli spazi lasciati alla discussione parlamentare si sono estremamente ridotti, e questo è un fenomeno dagli effetti sistemici inaccettabili e molto preoccupanti.

Il rimedio potrebbe essere coinvolgere il Parlamento, e in particolare il Senato, nel "dialogo" tra governo e regioni, introducendo una "sessione regionale" in cui siano i presidenti delle regioni gli interlocutori diretti del Parlamento. Ma le soluzioni organizzative e procedurali potrebbero essere le più diverse: da una norma di legge che obblighi il Ministro per gli affari regionali ad invitare il presidente della Commissione bicamerale per le questioni regionali (organo che attualmente sembra privo di un ruolo effettivo) alle riunioni con i presidenti regionali (non alle sedute della Commissione Stato-Regioni, che appare operare su un piano più attinente all'amministrazione), ad una rivitalizzazione della stessa Commissione bicamerale che vada più in là di quanto previsto dal mai attuato art. 11, l. cost. 18 ottobre 2001,

²¹ Sul mutamento costituzionale, senza revisione formale della Costituzione, si può segnalare il dibattito in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fasc. 1/2020.

unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive

n. 3. Di per sé, questa disposizione non traccia una strada promettente: che vi siano dei “rappresentanti” del mondo delle autonomie che si esprimono sulle leggi in formazione, a parte ogni altra considerazione, mira fuori dall’obiettivo, non essendo la legge ma la decisione politica il bersaglio interessante; e lo fa con un’arma inadatta, poiché quel che contano sono i leader politici delle regioni, non dei generici “rappresentanti” di esse.

L’obiettivo, insomma, sarebbe quello di riportare il confronto politico tra Stato e regioni in Parlamento: lo strumento andrebbe calibrato di conseguenza, vincendo anche l’ovvia ritrosia degli esecutivi – quello dello Stato e quelli delle regioni – a “parlamentarizzare” il proprio “dialogo”. È comprensibile che ad essi non convenga affatto far uscire allo scoperto trattative che si svolgono più agilmente in sede riservata, lasciando alle dichiarazioni-stampa la comunicazione all’esterno delle prese di posizione che il singolo organo ritiene conveniente rendere pubbliche. Oltretutto c’è anche il rischio che la “parlamentarizzazione” del “dialogo” susciti l’attenzione dei Consigli regionali, attualmente emarginati dalle trattative e ridotti in stato letargico. È, pur ridotta in sedicesimo, una sequenza che abbiamo già vista nel gioco tra le istituzioni della Comunità europea. Su quella esperienza converrebbe riflettere: proprio come in quella sede si è reso palese, la sottrazione dei processi decisionali dalla vista dell’opinione pubblica, e quindi delle sedi della rappresentanza elettiva, se rende più agili i processi di mediazione toglie ai loro risultati la necessaria legittimazione. Il controllo parlamentare e quello delle assemblee regionali non possono essere visti come un’inutile complicazione. La gestione della pandemia “in riservata sede” è proprio sul piano della legittimazione che sta segnando crescenti difficoltà: le esigenze dell’unità e i motivi della differenziazione non possono essere trattati come “fatti tecnici” che prescindono da ogni motivazione politica. E delle opzioni politiche bisogna che sia avvertita l’opinione pubblica.

Abstract

The difficult balance between the need for autonomy and the principle of unity (Article 5 of the Constitution) was set up by the constituent through the regulation of the relationship between state and regional laws. Today, the law has lost the centrality it had for the constituents and the balance lies primarily in the political relations between the leaders of the executive.

LEONARDO FERRARA

L'INCOMPIUTA CIVILIZZAZIONE
DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO
DIECI ANNI DOPO L'APPROVAZIONE DEL CODICE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interesse legittimo. 3. Le azioni. – 4. L'istruttoria. – 5. La satisfattività della sentenza. – 6. Conclusione.

1. Premessa

A dieci anni di distanza dall'approvazione del codice processuale amministrativo è opportuno sondare in che misura si sia realizzato «l'intento di rendere più omogenee la tutela giurisdizionale amministrativa e quella civile»¹, assumendo come termine di riferimento il giudizio di legittimità².

La *civilizzazione* del processo amministrativo³ rientra, infatti, tra le aspettative ingenerate dal codice, che rispondono ad auspici manifestatisi da tempo in seno alla dottrina⁴. Dietro l'avvicinamento tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile si scorgono, del resto, il «passo decisivo nella direzione di una maggiore effettività e giustizia del processo amministrativo»⁵; l'«abbandon[o] definitiv[o] di ogni residuo della concezione og-

¹ A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 109.

² Rinviando ad altra sede la verifica della persistente spendibilità di questa espressione (e del relativo concetto) nel nuovo contesto normativo.

³ Per usare una espressione dall'uso ormai frequente: si v., a titolo di esempio, R. Greco, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ G. Berti, *Commento all'art. 113*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La magistratura. Artt. 111-113*, IV, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, 116.

⁵ A. Sandulli, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2007, 23. Si v. anche A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 609 ss., il quale, tra l'altro, rileva che «l'affermazione in linea teorica di una applicazione diretta di disposizioni del codice di procedura civile è [...] in tono

gettiva del giudizio amministrativo di annullamento»⁶; la *civilizzazione* dello stesso rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Non soltanto, da quest'ultimo punto di vista, il riconoscimento di "valenza giuridica" alla relazione tra individuo e potere alla stregua dell'«evoluzione in senso liberale dello Stato assoluto»⁷, ma proprio l'individuazione di un rapporto giuridico secondo gli *standard* del diritto comune, di una relazione paritaria davanti alla legge nella misura in cui «lo *spazio* [dell'interesse legittimo] si arresta dove inizia quello del [potere amministrativo], e viceversa»⁸.

Indubbi possono dirsi alcuni pregi del codice. Come è stato sovente rilevato, attraverso l'utilizzazione di espressioni quali «questione di interesse», «situazione giuridica dedotta», «pretesa», «condanna» e altre ancora, si è assistito al recepimento della configurazione tipica del processo civile⁹. Similmente si è notato in modo diffuso che, anche grazie all'introduzione di una pluralità di azioni esperibili, il giudice non sindacava (o non dovrebbe sindacare) più l'esercizio del potere al cospetto della legge ma garantisce (o dovrebbe garantire) invece il rapporto voluto dalla legge¹⁰.

Piuttosto che insistere su questi pregi, si deve oggi vagliare le permanenti e più rilevanti deficienze¹¹: vuoi con riferimento alla stessa disciplina codicistica; vuoi, e ancor più, in relazione alle scelte compiute dagli interpreti (a quelle ancorate alla tradizione e a quelle mascherate da motivazioni progressiste) o, più semplicemente, alle incertezze di questi ultimi (complessivamente considerate). Seppure si tratti di profili (quelli imputabili al codice e quelli riferibili agli interpreti) per lo più non facilmente distinguibili.

con la centralità e la primazia dei valori di unità funzionale della giurisdizione, di effettività della tutela e di giusto processo».

⁶ F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il processo*, 2019, 594.

⁷ Così Id., *op. cit.*, 588.

⁸ A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, 116.

⁹ Così, per esempio, A. Pajno, relazione introduttiva su *Il codice del processo amministrativo a dieci anni dalla sua approvazione*, nell'ambito dell'*Osservatorio sui mutamenti del diritto amministrativo* (Università di Roma "La Sapienza", 18 febbraio 2020).

¹⁰ «Il giudice amministrativo è un giudice che essenzialmente tutela diritti, non un giudice che garantisce il controllo sulla legalità amministrativa» o che conosce «del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo *schermo* del problema di validità dell'atto amministrativo»: così F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa*, cit., 589-591.

¹¹ Visto che il codice presenta al tempo stesso problematici «elementi di continuità con l'assetto precedente»: A. Travi, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 596 ss.

In questa sede, peraltro, non può inseguirsi nessuna pretesa di completezza (ma semmai attestarsi su una linea esemplificativa delle suddette deficienze).

2. L'interesse legittimo

Riconosciuto (almeno a parole¹², tanto in dottrina che in giurisprudenza) che il codice ha posto al centro (a oggetto) del giudizio (non il provvedimento, non il potere amministrativo, ma) la situazione giuridica soggettiva¹³, non può non avvertirsi che le più grandi incertezze interpretative si collocano proprio qui, intorno alla figura dell'interesse legittimo: a monte del processo, ma anche a valle della disciplina delle azioni, che contribuisce in modo consistente a forgiarne la natura e il contenuto¹⁴.

Gravi problemi concernono l'individuazione del bene della vita protetto dall'interesse legittimo pretensivo (nella sua acclarata, sempre almeno a parole, configurazione sostanziale), sottoposto¹⁵ alla fondamentale alternativa tra l'«interesse positivo a ottenere il provvedimento» (il c.d. bene della vita

¹² O soltanto in alcuni casi (quelli che poi non sono significativi, visto che si riferiscono a una tipologia di interessi legittimi – quella che si raffronta con l'attività amministrativa di carattere integralmente vincolato – la cui assimilazione strutturale ai diritti soggettivi è molto meno discussa): ritiene, sulla scia di Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, che «lo spostamento del giudizio amministrativo dall'atto [...] al rapporto» sussiste «sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione», F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa*, cit., 594.

Sintomatica della tensione tra vecchio e nuovo è l'interpretazione dell'art. 7, c. 1, c.p.a., che, nel devolvere «alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi», lascia spazio al pieno parallelismo con la formula di cui all'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (che devolve alla giurisdizione ordinaria «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico») oppure alla sua negazione, in virtù della formulazione susseguente («e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»), da cui invero non sono chiaramente percepibili i termini del riferimento alla giurisdizione esclusiva e a quella di legittimità.

¹³ Chiarisce A. De Siano, *Atipicità dei poteri del G.A. e domanda di parte*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, Giappichelli, 2020, 283 ss., che l'«oggetto del giudizio non è solo la situazione soggettiva del ricorrente, ma anche quella del resistente e quella dell'eventuale controinteressato»: da qui il limite descrittivo pure dell'espressione «rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione», per quanto comunemente utilizzata come formula sintetica.

¹⁴ Per quanto la tutela di un interesse sia la conseguenza (e non la causa) della sua consistenza come situazione giuridica soggettiva di vantaggio (così già F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, Giuffrè, s.d., 1911, 106: «il diritto ha azione perché diritto: e non è diritto in quanto ha azione»).

¹⁵ Al di fuori delle fattispecie in cui l'attività della p.a. ha carattere vincolato.

finale)¹⁶ e «la possibilità di conseguire il bene finale»¹⁷ (o «la chance di ottenere la soddisfazione della pretesa sostanziale»¹⁸).

Si tratta di una alternativa che in termini sintetici e semplificativi può essere ricondotta (è ricondotta) a quella tra la fissazione dei poli del rapporto giuridico nell'interesse legittimo e nel potere amministrativo oppure nell'interesse legittimo e nell'obbligo della pubblica amministrazione. Ma che è pure rappresentata dalla opposta concezione, dinamica o viceversa statica, dello stesso interesse legittimo¹⁹.

Dovrebbe, però, essere evidente che se «l'interesse si giuridicizza attraverso la tutela»²⁰ (se l'interesse legittimo è visto «come *risultato* del processo anziché come *presupposto e oggetto* dell'accertamento»²¹), la civilizzazione del processo non si completa, perché non si completa quella dell'interesse legittimo, che diventa qualcosa di più e qualcosa di meno del diritto soggettivo. Questo di più è l'ottenimento di un bene che agli inizi del processo non spetta (in ragione dell'esistenza del potere amministrativo discrezionale). Il di meno è l'incapacità di garantire quello che invece spetta all'origine della vicenda processuale (come tra poco vedremo).

Insomma, la nozione dinamica di interesse legittimo, mentre si dirige verso l'isola che non c'è (perché è solo l'isola dei sogni o, peggio, degli inganni), cullata dall'illusione di garantire maggiormente il soggetto privato²²,

¹⁶ Si v., a mo' di esempio, l'ordinanza delle sezioni unite della Cassazione del 4 settembre 2015, n. 17586, con cui si è affermato che lo svolgimento legittimo dell'azione amministrativa non individua il contenuto e l'oggetto dell'interesse legittimo, «che sono espressi invece dall'interesse positivo a ottenere il provvedimento, sicché l'oggetto della situazione di interesse pretensivo 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».

¹⁷ Così Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, di là dai suoi non condivisibili svolgimenti, su cui si v. F. Orso, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1236 ss. Per una divergente analisi, G. Greco, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di stato)*, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸ Come sostenuto recentemente da Cons. reg. sic., 15 dicembre 2020, n. 1136, dove si rileva anche che «la titolarità della posizione di interesse legittimo non assicura il raggiungimento del bene della vita preteso, che è tutelato nei limiti delle regole di condotta dell'agire pubblico».

¹⁹ Si v. per riferimenti dottrinali L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 723 ss.

²⁰ Così F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa*, cit., 595, in adesione alla concezione dinamica dell'interesse legittimo.

²¹ A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit., 31.

²² O, come diremo tra poco, colui che aspira al provvedimento ampliatorio positivo.

P'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo

perpetua al tempo stesso la specialità del diritto e del processo amministrativo, riportando in particolare quest'ultimo ai tempi in cui si poteva a ragione sostenere che *juger l'administration c'est encore administrer*.

Tre fattori contribuiscono, inoltre, a rendere più ingarbugliato il quadro.

Uno è rappresentato dal mantenimento giurisprudenziale delle originarie concezioni dell'interesse legittimo, quando l'attenzione si sposta dal diretto destinatario del provvedimento amministrativo al controinteressato (nel diritto sostanziale), la cui situazione soggettiva vive, anche dichiaratamente, della luce riflessa dell'interesse pubblico²³, di pari passo con il disconoscimento della «nozione di terzo»²⁴.

Il secondo è costituito dalla «sovrapposizione tra piano sostanziale e piano processuale», che si realizza quando l'identificazione dell'interesse legittimo avviene per il tramite delle condizioni dell'azione (la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso)²⁵.

Il terzo si verifica ogni qual volta attraverso l'anzidetta identificazione «situazioni di mero fatto assurgono a situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento»²⁶, secondo una prassi giurisprudenziale creativa (sostitutiva del legislatore²⁷), che è «pronta a collocare al centro del processo amministrativo anche interessi non qualificati o non differenziati [...], pur di realizzare un sempre più esteso controllo del potere»²⁸.

²³ Si v. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

²⁴ Così di recente Cons. reg. sic., n. 1136/2020, su cui si v. le osservazioni di G. Mannucci, *Il Consiglio di Giustizia amministrativa e il cambio di paradigma incompiuto: il caso dei terzi (osservazioni a partire da Cons. giust. amm., sez. giurisdiz., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in corso di pubblicazione su *giustiziainsieme.it*.

È stato anche notato che «il c.p.a. non ha particolarmente innovato con riguardo all'individuazione dei contraddittori necessari, con ricadute circa l'imperfetta evoluzione verso un giudizio effettivamente *sul rapporto* controverso, come invece vuole la *vulgata* giurisprudenziale corrente» (G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 948-949).

²⁵ I. Pagni, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivilista*, in *L'oggetto del giudizio*, cit., 105 ss.

²⁶ F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, *L'oggetto del giudizio*, cit., 45 ss.

²⁷ V. segnatamente Cons. St., ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, dove si sostiene che «la cura dell'interesse pubblico [...] vale a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi [corsivo dell'A.], a posizioni soggettive che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva».

²⁸ G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 529 ss.

3. Le azioni

Per quanto, come si è sin dagli inizi rappresentato, l'«ampliamento delle azioni port[i] con sé una diversa connotazione delle situazioni giuridicamente rilevanti» (sottinteso, nella giurisdizione di legittimità), spingendo «nella direzione di un processo sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione»²⁹ e di «modalità di tutela degli interessi legittimi [che] possano condurre anche a logiche tipiche della tutela dei diritti»³⁰, sul fronte dell'azione processuale restano alcuni vistosi limiti.

È assente l'esplicita previsione di una azione generale di accertamento mero³¹ e così di una di accertamento costitutivo (o di accertamento con funzione esecutiva) sulla falsariga di quella prevista dal codice civile per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Manca, potrebbe anche dirsi, una disposizione quale l'art. 63, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 («il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati»)³². Rimane al tempo stesso discussa, malgrado il riconoscimento giurisprudenziale³³, l'estendibilità al processo amministrativo del principio di atipicità dei mezzi di tutela, cioè, della «disponibilità delle azioni più idonee a rispondere alle diverse domande di tutela, che possono emergere dalla vicenda concreta da cui scaturisce la controversia portata in giudizio»³⁴. L'azione di annullamento resta «la spina dorsale della giustizia amministrativa»³⁵.

²⁹ I. Pagni, *L'evoluzione del processo amministrativo*, cit.

³⁰ A. Travi, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in *L'oggetto del giudizio*, cit., 7 ss.

³¹ Da non confondere con l'azione di accertamento autonomo, che ha svolto in passato la funzione di quella di condanna (si pensi alla monografia di G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980) o che è sostituita oggi dalla previsione esplicita dell'azione di condanna (C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il processo*, 2020, 351). Spunti recenti sugli spazi per una tutela di mero accertamento in F. Orso, *Il ricorso al giudice amministrativo tra l'irrelevanza della forma dell'atto introduttivo e la difesa di un modello processuale*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 523 ss.

³² Di là dall'applicazione che ne ha saputo fare il giudice ordinario, ma nella consapevolezza che quei «diritti tutelati» non sono altro che gli stessi interessi legittimi che esistevano prima di avere cambiato nome per effetto della c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

³³ Si v. per riferimenti M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, 178-179.

³⁴ M. Carrà, *Satisfattività della sentenza amministrativa e pienezza della tutela tra innovazione e tradizione (cenni all'esperienza tedesca)*, in *L'oggetto del giudizio*, cit., 181 ss. Si v. anche M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.

³⁵ C.E. Gallo, *Linee per una riforma*, cit., 350.

P'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo

Eppure, il principio di effettività della tutela, laddove in particolar modo sia confrontato con l'attuazione ricevuta in ordinamenti statali diversi, come quello tedesco, giustificherebbe la piena applicazione del principio di atipicità, inducendo a leggere nella tipizzazione codicistica delle azioni (non la negazione del principio ma piuttosto) l'intento del legislatore volto a "chiarire" l'avvenuto superamento dell'«unico e ristretto dominio dell'azione costitutiva di annullamento», accompagnato dall'esigenza di introdurre in alcuni casi «un'apposita disciplina»³⁶.

Quanto alla precedenza dell'azione di annullamento³⁷, normativamente fissata, può dubitarsi della relativa indispensabilità logico-giuridica in un contesto di compiuta applicazione del principio della domanda e di «accostamento dei c.d. interessi pretensivi ai diritti (diritti di credito)»³⁸. Nel caso di provvedimenti ampliatori, infatti, l'annullamento non sembrerebbe necessario come in quello di provvedimenti ablatori, versandosi in una situazione di inadempienza astrattamente tutelabile con la sola azione di condanna al fare (azione, a seconda dell'attività amministrativa, tipica, ai sensi degli artt. 31, c. 1 e 3, 34, comma 1, lett. c), come integrato dal d.lgs. 14 agosto 2012, n. 150, e 117, oppure atipica, ai sensi degli artt. 30, c. 1, e 34, c. 1, lett. c) e lett. e), primo periodo, dei quali in giurisprudenza si stenta ancora a cogliere le straordinarie potenzialità³⁹): l'esecuzione (vuoi da parte della pubblica amministrazione vuoi da parte del giudice dell'ottemperanza) rappresenterebbe l'adempimento (tardivo), di per se stesso sostitutivo dell'atto illegittimo (invero, di inadempimento).

³⁶ M. Carrà, *Satisfattività della sentenza amministrativa*, cit. Quanto osservato indurrebbe a ricondurre ai tempi della nota *querelle* tra Coviello e Chiovenda (si v. L. Coviello, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, SEL, 1896, p. 201 ss.; ID., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano, SEL, 1902, 68 ss.; G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.) la questione dell'utilizzabilità dell'art. 2932 del codice civile in relazione ad atti amministrativi ampliatori vincolati (vuoi in caso di illegittimo diniego che di inerzia).

³⁷ Su cui insiste anche A. Travi, *Il sistema delle azioni*, cit.

³⁸ Ancora A. Travi, *Il sistema delle azioni*, cit. Questi diritti di credito, come si è in precedenza notato, hanno per oggetto la *chance* o la possibilità giuridica di conseguire il risultato desiderato in fattispecie normative che attribuiscono alla P.A. un potere discrezionale oppure hanno per oggetto questo stesso risultato in assenza di siffatto potere.

³⁹ Anche al confronto della tutela cautelare che si esprime attraverso le c.d. ordinanze propulsive.

Rileva F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa*, cit., 595, che la previsione di cui all'art. 34, c. 1, lettera e «consente di esplicitare *a priori*, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più *a posteriori*, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento».

Molto vi sarebbe, infine, da dire a proposito dell'azione risarcitoria (per equivalente monetario), a cominciare dal suo inquadramento nella responsabilità extracontrattuale (magari speciale, perseverando l'antica «bipartizione tra *leggi civili e leggi amministrative*»⁴⁰) o viceversa contrattuale, come ripropongono di recente la Corte di cassazione⁴¹ e il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana⁴², in coerenza con la logica relazionale della legge sul procedimento amministrativo e con quella dell'adempimento accolta dal codice di cui si sta facendo questione. Inoltre, deve almeno ricordarsi la discutibile interpretazione giurisprudenziale dell'art. 30, c. 3, secondo cui la mancata proposizione dell'azione di annullamento costituisce «violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile»⁴³.

4. L'istruttoria

Diffusa è la critica che la dottrina rivolge alla giurisprudenza in ordine alla scarsa “attenzione al fatto”, malgrado l'ampliamento codicistico dei poteri istruttori⁴⁴: in particolare, si lamentano il perdurante sindacato *estrinseco* sulle scelte tecniche dell'amministrazione⁴⁵ e la «logica di indispensabilità o di stretta necessità o di *extrema ratio* [cui] è piegata» l'ammissibilità dello strumento probatorio⁴⁶.

Quanto al metodo acquisitivo, di cui dottrina e giurisprudenza confermano in generale l'esistenza alla stregua delle clausole sui poteri officiosi del

⁴⁰ A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit., 156.

⁴¹ Si v. Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, dove si afferma in particolare che «il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità», di cui invero oggi non si dovrebbe più scorgere alcuna traccia.

⁴² Si v. Cons. reg. sic., n. 1136/2020, cit.

⁴³ Così, di recente, Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2020, n. 8521.

⁴⁴ Si v. in particolare C.E. Gallo, *Linee per una riforma non necessaria*, cit., 365 ss., che propone «di integrare l'art. 65 del codice di rito, prevedendo, al secondo comma, la possibilità di una camera di consiglio espressamente dedicata all'attività istruttoria, e di modificare, di conseguenza, anche l'art. 87 che individua le ipotesi in cui la controversia può essere trattata in camera di consiglio».

⁴⁵ Si v. F.G. Scoca, *L'evoluzione del sistema*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2020, 40-41.

⁴⁶ Si v. G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *L'oggetto del giudizio*, cit., 265 ss., il quale rileva semmai il “favore” per la verifica rispetto alla consulenza tecnica, ricordando le relative limitazioni al principio del contraddittorio.

P'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo

giudice contenute nel codice, non manca invero chi, piuttosto che criticare la “continuità con il passato”⁴⁷, ha cercato di dimostrare che «nel processo amministrativo il metodo acquisitivo reca un assetto dell’istruttoria che in definitiva è analogo a quello che si riscontra nel processo civile, e segnatamente in alcuni dei riti civili speciali» (ricordando, in specie, la salvezza dei numerosi casi di poteri officiosi per opera dell’art. 115 c.p.c., nonché il ribaltamento del principio dispositivo, rinvenibile nel secondo comma dell’art. 421 c.p.c.)⁴⁸.

Non manca, però, il punto dolente.

Non si deve, infatti, dimenticare che il metodo acquisitivo, che trova nel processo amministrativo una giustificazione nell’“asimmetria informativa” in cui versa la parte privata nei confronti della parte pubblica, «finisce per avvantaggiare ingiustificatamente» quest’ultima nella sua applicazione concreta⁴⁹: ne è, per esempio, testimonianza l’ammissione officiosa di mezzi di prova disposta per ovviare al supposto *deficit* cognitorio innescato dalla mancata costituzione in giudizio dell’amministrazione.

La formula di cui all’art. 64 c.p.a., che attribuisce alle parti «l’onere di fornire gli elementi di prova *che siano nella loro disponibilità*» [corsivo aggiunto], dovrebbe spingere, invece, a escludere il potere del giudice di acquisizione di quegli elementi di prova che la p.a. avrebbe potuto introdurre se si fosse costituita e se avesse partecipato attivamente al giudizio⁵⁰; l’anzidetta formula, più in generale, porta a negare che i poteri istruttori conferiti dalla legge al giudice possano sopperire a carenze probatorie che sono imputabili alle parti⁵¹.

Ad apparire “un retaggio del passato” e a suscitare «più di un dubbio di ordine costituzionale» è, infine, l’art. 63, c. 5, c.p.a., che esclude l’interrogatorio formale e il giuramento dai mezzi di prova esperibili⁵². Come pure un “*non senso*” è «la limitazione della testimonianza alla forma scritta»⁵³.

⁴⁷ A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 615.

⁴⁸ G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo*, in *L’oggetto del giudizio*, cit., 159 ss.; similmente, con ampia argomentazione, F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in www.giustamm.it, e, dello stesso A., *Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l’esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 911 ss.

⁴⁹ Ancora G. Manfredi, *Attualità e limiti*, cit.

⁵⁰ R. Briani, *L’istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell’art. 111 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2013, 229 ss. e 339 in particolare.

⁵¹ M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.

⁵² F. Gaffuri, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018, 131 ss.

⁵³ A. Travi, *Considerazioni sul recente codice*, cit., 601.

5. La satisfattività della sentenza

Molto altro il c.p.a. ha lasciato nel limbo delle interpretazioni, quando anche non si è direttamente posto in contrasto con i principi del giusto processo. A quest'ultimo proposito, con specifico riferimento al principio del contraddittorio e della parità delle parti, si potrebbe ancora ricordare la previsione della non preteritorietà del termine stabilito per la costituzione delle parti intimiate (a cominciare dalla amministrazione resistente), che rivela che il processo è intollerabilmente «condizionato dall'importanza dell'interesse perseguito da una parte sul piano sostanziale»⁵⁴.

La questione, però, su cui più di ogni altra è avvertita la distanza dal processo civile, concerne la satisfattività della sentenza amministrativa. Non potrebbe essere diversamente, poiché le incertezze che, come visto, gravitano a monte sull'interesse legittimo si riflettono per il tramite dell'oggetto della domanda sull'oggetto del giudizio e sull'oggetto della decisione⁵⁵, proiettando lunghe ombre sul principio di effettività della tutela.

Se sono indubbie le conquiste raggiunte laddove la pubblica amministrazione esercita un'attività di carattere vincolato (attraverso le tipizzate sentenze di condanna al fare, relative al silenzio inadempimento e al provvedimento di diniego), regna ancora una vera e propria confusione in presenza di poteri amministrativi di carattere discrezionale. Qui la garanzia del rapporto voluto dalla legge⁵⁶, in verità, stenta a vedersi.

Il più vistoso sintomo del mancato raggiungimento della configurazione tipica del processo civile e, insieme, dell'assenza di una tutela effettiva è rappresentato dall'impossibilità di portare sempre in esecuzione la sentenza amministrativa⁵⁷. Il sistema del c.d. doppio binario, sulla cui base è impedito l'accesso al giudizio di ottemperanza ogni qual volta la p.a. emani un provvedimento amministrativo viziato da illegittimità diverse dalla «elusione o violazione del giudicato» (secondo la formula recepita dall'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990)⁵⁸, dimostra plasticamente che il processo di cognizione ha fallito il suo obiettivo: il torto

⁵⁴ A. Travi, *Considerazioni sul recente codice*, cit., 598.

⁵⁵ Rileva «lo stretto collegamento intercorrente tra oggetto della domanda, del processo e della decisione» S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987, 10.

⁵⁶ *Supra* par. 1.

⁵⁷ A. Travi, *Considerazioni sul recente codice*, cit., 598; Id., *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, V, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 4605 ss.

⁵⁸ Si v., a titolo di esempio, Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1511.

P'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo

e la ragione non sono stati assegnati (se si preferisce, non è stato dato ciò che spetta a ciascuno), se ci vuole un altro (o più di un altro) processo di cognizione⁵⁹.

Le ragioni principali di questo fallimento sono facilmente elencabili: la (ricordata, e più praticata che codificata⁶⁰) centralità dell'azione di annullamento; la formazione del giudicato in relazione agli esclusivi motivi esaminati dal giudice e da questo ritenuti fondati; la corrispondenza tra questi motivi e i vizi del provvedimento amministrativo; la negazione del principio della copertura da parte del giudicato (del dedotto e) del deducibile⁶¹; la positivizzazione della teoria del giudicato a formazione progressiva⁶².

Nemmeno convincono le toppe che sono state messe.

Non la teoria dell'*one shot* temperato⁶³, priva di un solido fondamento logico-giuridico⁶⁴ e "frutto di un compromesso" ispirato da "considerazioni pratiche di ordine equitativo"⁶⁵. Non la rincorsa della riduzione progressiva

⁵⁹ Persiste così la configurazione del processo amministrativo come «una sorta di parentesi» o di intermezzo tra l'attività amministrativa esercitata prima e quella esercitata dopo, in virtù della conservazione del potere malgrado la conclusione dello stesso processo (M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989).

⁶⁰ Considerato il ruolo che potrebbe assumere la (parimenti ricordata) contestuale azione di condanna atipica al fare (su cui si v., tra altri, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, Giappichelli, 2019, 218 ss.; A. Carbone, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 175 ss.; L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.).

⁶¹ Così, per esempio, Cons. St., VI, n. 1321/2019, sul presupposto (più implicito che esplicito) che il deducibile sia riferibile al potere amministrativo, anziché alla situazione giuridica soggettiva, come dovrebbe essere se l'oggetto del giudizio fosse davvero l'interesse legittimo o il rapporto, che dir si voglia (sia consentito rinviare per una più ampia esposizione a L. Ferrara, *Domanda giudiziale*, cit.).

⁶² Rappresentata in modo emblematico dalla possibilità di reiterare l'ordine di ottemperare ai sensi dell'art. 114, c. 4, lett. a), c.p.a. (secondo cui il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso, «ordina l'ottemperanza [...]»), cancellando di fatto ogni effetto ordinatorio della sentenza cognitoria.

Fanno applicazione della teoria del giudicato a formazione progressiva, per esempio, Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 522; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1558. Avallano tale teoria Cons. St., ad. plen., 22 febbraio 2017, n. 1; Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11.

⁶³ Sulla cui applicazione, sempre a titolo di esempio, v. Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987.

⁶⁴ Non è agevole razionalizzare l'esaurimento della discrezionalità amministrativa a scoppio ritardato (cioè, al secondo esercizio del potere amministrativo facente seguito alla cognizione del giudice).

⁶⁵ A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, cit., 3542.

della discrezionalità amministrativa in via processuale⁶⁶. Neppure il tentativo di recepire la tesi della c.d. preclusione procedimentale⁶⁷, così come avvenuto nella riforma dell'art. 10-*bis* della legge sul procedimento amministrativo (ai sensi dell'art. 12, c. 1, lett. e), d.l. 16 luglio 2020, n. 76), che nel riferirsi ai «motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato», e non invece a quelli *esistenti* al momento dell'adozione dello stesso provvedimento, impedisce all'interesse legittimo di assumere in modo chiaro e netto la struttura del diritto soggettivo al c.d. bene finale⁶⁸.

6. Conclusione

La circostanza che la giurisprudenza, come da ultimo si è visto, finisca per ricorrere a “*espedient[i]*” al fine «di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato»⁶⁹ spinge a osservare, in termini generali, che l'avvicinamento della giurisdizione amministrativa a quella civile si gioca anche sul versante dell'utilizzazione di uno strumentario concettuale ben più rigoroso di quello che ricorre con frequenza a metafore, invenzioni e sostituzioni pretorie del legislatore.

In conclusione, pure per questo motivo, la *civilizzazione* del processo amministrativo non è proprio dietro l'angolo; se fosse ammesso parafrasare Massimo D'Azeglio, verrebbe tutto sommato voglia di dire: fatto il codice, vanno (ancora e in special modo) fatti gli interpreti.

Abstract

Ten years after the entry into force of Legislative Decree no. 104/2010, the full “civilization” of the administrative trial or, in other words, the harmonization to the civil one, cannot yet be considered completed – i.e. judgments based more on the pathological aspects of the procedure rather than on the mere illegality of the act. In fact, the dynamism of the notion “legitimate interest” perpetuates the specialty of

⁶⁶ Come per esempio avvenuta in Cons. St., VI, n. 1321/2019. Vedine la critica in F. Orso, *Ancora sugli effetti del giudicato*, cit.

⁶⁷ Avanzata in origine da M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit.

⁶⁸ Ché se la pubblica amministrazione, nella prospettiva suggerita, non avesse dimostrato legittimamente i motivi per i quali una certa attività allo stato non può essere svolta, il richiedente avrebbe conseguentemente il diritto di svolgerla.

⁶⁹ Così, in maniera condivisibile, la stessa sentenza del Cons. St., sez. VI, n. 1321/2019, più volte citata.

P'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo

the administrative trial, while the atypicality of the means of protection is not always ensured, notwithstanding its relevance for satisfying the requests of private persons. In addition to it, the focus on the reconstruction of the facts is insufficient and the implementation of judges' official investigational powers raises some concerns. Last but not least, claims are not always fully satisfied by the administrative judgment.

Therefore, the convergence between administrative and civil trials still remains a distant goal.

IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NELLE PROCEDURE DI GARA, TRA OBBLIGHI (DELL'IMPRESA) DI INFORMARE E OBBLIGHI (DELL'AMMINISTRAZIONE) DI INFORMARSI

SOMMARIO: 1. Antagonismo e collaborazione nel rapporto tra amministrazione e privato. Premessa. – 2. Il requisito negativo del “non avere commesso gravi illeciti professionali” – 3. “Essere o non essere?”. Le dichiarazioni circa l’inesistenza di motivi di esclusione da valutare. – 4. Cambiando prospettiva. Gli obblighi informativi rispetto a elementi a sé pregiudizievoli. 5. Gli artt. 1337 e 1338 c.c. e la buona fede nella negoziazione pubblica. – 6. Il contenuto degli obblighi informativi. – 7. La conseguenza della violazione degli obblighi informativi. Dalla esclusione automatica alla valutazione degli indici di integrità e affidabilità. – 8. Auspicabili sviluppi, al di fuori di irreali logiche collaborative.

1. Antagonismo e collaborazione nel rapporto tra amministrazione e privato. Premessa

Le letture del rapporto tra privati e amministrazione non sono univoche¹. Schematizzando e prescindendo dalle molteplici sfumature, a visioni

¹ Osserva M.R. Spasiano come la legge sul procedimento abbia introdotto un «modello partecipativo prevalentemente incardinato sulle fasi che si pongono a valle dell’adozione degli atti generali, di indirizzo e aventi natura regolamentare». In questo modo, la partecipazione è stata configurata come partecipazione-contraddittorio, collocandosi essa in una fase nella quale le scelte fondamentali sono già state compiute e pertanto la considerazione del destinatario finisce ineluttabilmente con lo svuotarsi di qualsiasi intento collaborativo per assumere connotazioni prevalentemente o squisitamente oppositive, pertanto solo relativamente utili e soprattutto solo limitatamente incidenti sulla possibilità di una loro effettiva soddisfazione» (M. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell’esercizio del potere: un’ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss). Mettendo a confronto gli artt. 7 e 9, l. 7 agosto 1990, n. 241, individua nella partecipazione un profilo collaborativo che si somma a quello della tutela anticipata M.C. Romano, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1691. Una posizione intermedia sembra anche cogliersi in R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 215, il quale esprime condivisione circa il «nucleo duro» della impostazione che riconosce alla partecipazione un profilo genuinamente «egoistico

avvolgenti che, richiamando l'idea di una reciproca collaborazione, concepiscono il ruolo delle parti come necessariamente convergente rispetto alla realizzazione dei fini propri dell'azione amministrativa, si contrappongono visioni conflittuali che enfatizzano invece il tratto irriducibilmente egoistico delle ragioni della partecipazione del privato all'attività dell'amministrazione. Non sono premesse neutre, né sul piano teorico, né sul piano delle ricadute applicative: partire dalla prima premessa porta ad accentuare il profilo degli obblighi del privato rispetto al compito di soddisfare l'interesse pubblico; partire dalla seconda premessa porta a centrare l'attenzione sull'aspetto delle garanzie del privato contro chi tende a realizzare un interesse altro rispetto al proprio (che sia pubblico, nella sua prospettiva, è aspetto del tutto trascurabile).

Un terreno significativo su cui si riflette questa diversità di visioni e che fa risaltare la rilevanza della prospettiva che si assume riguarda le procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal codice dei contratti. Segnatamente, ne risulta condizionata la questione degli obblighi informativi che si impongono all'operatore verso la stazione appaltante, rispetto ad elementi che essa può avere interesse a conoscere per valutare il suo potenziale contraente.

Se l'amministrazione può escludere chi non presenti requisiti di integrità e affidabilità, da misurare secondo gli indici posti dalle norme², non è chiaro se e quale sia la misura entro la quale si possa imporre al privato l'obbligo di rendere edotta l'amministrazione di fatti e circostanze, non *a priori* definibili, che possono risultare rilevanti rispetto a quella valutazione. Ciò vale, in particolare, per la previsione di esclusione degli operatori economici che si siano resi colpevoli di gravi illeciti professionali³, in relazione alla

di chi entra nella procedura amministrativa ma» che in questo modo «contribuisce altresì (e contestualmente) a rimuovere le asimmetrie informative che possono viziare il percorso conoscitivo e deliberativo del decisore collettivo pubblico». Ciò anche, rileva A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2016, 5, perché non si tratta di una «distinzione concettualmente precisa» e perché «difficilmente l'essenza della partecipazione può essere ricondotta, in termini compiuti, ad una delle due alternative». Sul procedimento, anche in relazione a questa diversità di impostazioni, e nel quadro di una letteratura sconfinata e che non ha mai perso di vista il tema, F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2000; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

² In particolare dall'art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Ccp).

³ Art. 80, c. 5, lett. c), Ccp.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

specificazione per cui è analogamente causa di esclusione il fatto che l'operatore «abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»⁴.

Inevitabile, di fronte a queste disposizioni, l'intrecciarsi di interpretazioni diverse, ma che, nel loro complesso, privilegiano l'idea di responsabilizzare il privato, che viene posto nella paradossale posizione di adoperarsi per comprendere quali elementi (non tipizzati) della propria passata condotta professionale possano indurre l'amministrazione a escluderlo e a fornirglieli. Il richiamo da parte della giurisprudenza all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e al corrispondente «dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte»⁵ ha poi radicato questi orientamenti su una base riconoscibile di diritto positivo.

Ma i dubbi rimangono e comunque le questioni aperte restano molte.

2. Il requisito negativo del non avere commesso “gravi illeciti professionali”

Premesso che l'amministrazione si trova a dover negoziare con privati ai quali è riconosciuta una pretesa tutelata circa la *chance* dell'aggiudicazione (che si traduce nella pretesa al rispetto di regole e principi che vanno ben al di là della buona fede che informa le trattative tra privati), il legislatore ha comunque definito l'ambito dei soggetti a cui la *chance* è riconosciuta. Si tratta di una definizione in negativo, che si ricava dalla previsione di un obbligo generale di escludere imprese che, per avere commesso illeciti o tenuto certi comportamenti o per il fatto di trovarsi in determinate condizioni, meritano un giudizio di non onorabilità, di incapacità, di inaffidabilità.

L'ammissione dell'operatore si gioca su più profili. Riassuntivamente: vi sono requisiti oggettivi che egli deve possedere e la cui ricorrenza può essere auto-dichiarata⁶; su altri requisiti l'amministrazione è chiamata a effettuare una valutazione di idoneità/meritevolezza. Ci si può spingere a osservare che chi integra i requisiti oggettivi indicati da norme e bando e consolida così l'aspettativa alla partecipazione, è infine (o parallelamente, poco importa) oggetto di una valutazione che però cambia natura: non solo perché è discrezionale, ma anche perché investe il profilo complessivo del

⁴ Art. 80, c. 5, lett. *c-bis*), CCP.

⁵ Così TAR Lombardia, Milano, 19 giugno 2019, n. 1417.

⁶ Specificamente in relazione a quanto dispone l'art. 80, c. 1, CCP.

contraente, in relazione alle attese dell'amministrazione. Si coglie qui il punto di massimo avvicinamento dell'attività prenegoziale dell'amministrazione rispetto alle trattative libere tra privati.

Tra le varie norme che presuppongono una valutazione, vi è la previsione dell'art. 80, c. 1, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (CCP), la quale, traducendo esigenze da sempre avvertite⁷, dispone che l'amministrazione debba escludere quegli operatori che, essendosi resi colpevoli di gravi illeciti professionali, non possano garantire integrità o affidabilità⁸, sempre che detti illeciti siano provati «con mezzi adeguati»⁹. Sottolineando l'onere per l'amministrazione di dimostrare il fatto preclusivo della partecipazione, la norma sembra ispirarsi a una logica molto riconoscibile, che fa perno sull'obbligo dell'amministrazione di compiere istruttorie adeguate per adottare provvedimenti in qualche modo lesivi della sfera giuridica individuale¹⁰.

L'apprezzamento ha carattere tecnico-discrezionale, ma è ancorato a un processo decisionale definito che impone innanzitutto l'individuazione degli illeciti professionali da considerare e che, secondo la giurisprudenza, possono consistere in qualsiasi comportamento scorretto, ancorché non accertato in modo definitivo, da intendersi come comportamento che viola un dovere posto da una norma giuridica¹¹. Necessaria poi la pesatura della

⁷ Art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, che già disponeva l'esclusione di persone e ditte che «nell'eseguire altra impresa, si siano rese colpevoli di negligenza e malafede».

⁸ Su cui F. Manganaro e M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, in *Urb. app.*, 2019, 301 ss.; A. Amore, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali"*, *ibidem*, 797.

⁹ Sulle questioni interpretative che la norma pone, si veda A. G. Pietrosanti, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 209 ss.

¹⁰ Si vedano al riguardo le Linee guida ANAC n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

¹¹ Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2020, n. 474 (in senso conforme si vedano anche Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2020, n. 475, 477-479 e 481; 9 gennaio 2020, n. 158 e, da ultimo, anche Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307; in termini generali rispetto alla valutazione dei pregressi illeciti, cfr. Cons. St., sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260). La giurisprudenza ha anche precisato che deve essere ricompresa in quella nozione «qualunque condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, che si riveli contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa» (TAR Sardegna, sez. II, 5 agosto 2020, n. 433). A ciò si aggancia un «rafforzato onere motivazionale», circa gravità della violazione e tempo trascorso, «con l'evidente finalità di delimitarne i confini, identificati nella gravità, inescusabilità ed effettività dell'inadempimento contestato»: così F.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

gravità degli illeciti considerati e la valutazione dell'incidenza rispetto alla credibilità professionale dell'offerente¹².

L'ampiezza della valutazione è insomma considerevole e non vi è dubbio che il carattere aperto della clausola di esclusione introduca delicati elementi di incertezza¹³. Lo ha d'altra parte rilevato anche il Consiglio di Stato, in sede consultiva, "confidando – tuttavia – che l'interprete ne faccia un buon governo"¹⁴.

3. "Essere o non essere?". La dichiarazione circa l'inesistenza di motivi di esclusione

Nella formulazione letterale del Codice, la questione del 'chi' deve provare l'esistenza di cause di esclusione suscita non pochi interrogativi.

L'art. 85 CCP consente la partecipazione attraverso un'autodichiarazione circa l'inesistenza delle condizioni di esclusione alla gara (di cui all'art.

Manganaro e M. Germanò, *Nuove disposizioni normative sulle cause di esclusione da una procedura di appalto pubblico*, cit., 301.

¹² Sul carattere discrezionale circa la ricorrenza della causa di esclusione: TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 15 giugno 2020, n. 2376; Cons. St., sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196. La modifica della norma, intervenuta nel 2017 accentua questo aspetto. Originariamente, infatti, il legislatore si era adoperato per codificare, seppure esemplificativamente, gli illeciti professionali considerabili, offrendo così un canovaccio rilevante in sede di interpretazione. Quelle ipotesi sono oggi divenute cause autonome di esclusione, rendendo ancora più incerta la ricostruzione dei "gravi illeciti professionali" diversi da quelli oggi scorporati. Il legislatore aveva altresì precisato che certe tipologie di illecito, per essere rilevanti, avrebbero dovuto essere accertate in via definitiva e non potevano rilevare se e sin quando fossero *sub-iudice* (con una precisazione del tutto condivisibile in termini giuridici, anche se, considerati i tempi necessari per arrivare ad una sentenza definitiva, tale da depotenziare in modo significativo l'incidenza della norma, promuovendo impugnative puramente strumentali). Anche in questo caso, il venir meno dell'inciso amplifica l'incertezza: basti al riguardo mettere in comparazione la dizione «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio», della versione originaria della norma, con quella di «significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento», della versione vigente dell'attuale art. 80, c. 5, lett. *c-ter*), CCP.

¹³ R. Stefanoni, *La resistibile ascesa dell'illecito antitrust come causa di esclusione nel settore degli appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 2019, 796; cfr. anche M. Palma, *Sull'omissione di informazioni dovuto, quale grave illecito professionale, e dell'incerto perimetro degli obblighi informativi: l'uso di concetti giuridici indeterminati nei motivi di esclusione e i risvolti problematici sul piano sostanziale e processuale*, in *Riv. trim. app.*, 2020, 789.

¹⁴ Cons. St., comm. spec., 13 novembre 2018, n. 2616.

80 CCP). La norma ha un'evidente finalità semplificatoria¹⁵: inevitabilmente, però, ha prodotto conflitti e controversie che hanno non poco impegnato la giurisprudenza¹⁶.

Rispetto alle cause di esclusione che richiedono un mero accertamento, nulla osta a che tutto possa giocarsi, almeno in una prima fase, su autodichiarazioni dei privati. Rispetto alle cause di esclusione che presuppongono la valutazione di elementi tipizzati (come la gravità delle violazioni delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro¹⁷), nulla analogamente osta a che siano richieste autodichiarazioni sul profilo dell'esistenza di quegli elementi, salvo il problema di chi e come debba poi valutarne la rilevanza. Rispetto alle cause di esclusione in cui la valutazione riguarda anche la identificazione degli elementi potenzialmente pertinenti (per esempio quali sono gli illeciti professionali¹⁸), la richiesta al privato di fare delle autodichiarazioni raggiunge il suo massimo grado di problematicità. Ciò apre infatti un non trascurabile fronte critico: quali sono le conseguenze di una valutazione non convergente, quali sono cioè le conseguenze del fatto che l'amministrazione ritenga che il requisito sia da valutare in modo diverso rispetto al modo in cui esso è stato valutato dal privato dichiarante, anche tenuto conto che la presentazione di false dichiarazioni importa la segnalazione ad ANAC per l'avvio di un procedimento sanzionatorio¹⁹.

La questione della possibilità di richiedere ai privati la dichiarazione circa la ricorrenza di requisiti valutativi è questione di ordine generale e va oltre quella che concerne i requisiti di partecipazione a una gara di appalto²⁰.

¹⁵ Che si coglie agevolmente nell'esplicita prescrizione per cui il Documento di gara unico europeo «consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni: a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80».

¹⁶ Più in generale, la norma sui requisiti è stata fonte di una gran parte del contenzioso sui contratti pubblici, come osservano S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, 81

¹⁷ L'art 80, c. 5, lett. a), CCP, prevede l'esclusione dell'operatore che abbia commesso «gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro».

¹⁸ Oltre, evidentemente, a quelli indicati nell'art. 80, c. 5, lett. c-bis, ter e quater), CCP.

¹⁹ Art. 80, c. 12, CCP: se l'Autorità ritiene che le dichiarazioni false «siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti [...] fino a due anni».

²⁰ Basti pensare al fatto che l'art. 19, l. n. 241/1990, esclude la possibilità di sottoporre a mera segnalazione attività la cui assentibilità dipende non già dalla mera esistenza di condizioni da accertare, ma da una valutazione che, in quanto tale, solo l'amministrazione può

il principio di buona fede nelle procedure di gara

Certo possono esservi ragioni pratiche che possono indurre l'amministrazione a chiedere al privato un'autodichiarazione, anche nell'ottica di una sua specifica assunzione di responsabilità²¹, ma sulla premessa che oggetto della richiesta è la manifestazione di un giudizio, da compiere sulla base di criteri che debbono rispettare lo standard della diligenza professionale, ma che, oltre quel livello, non potranno che essere i propri. Ne segue che la condivisibilità o meno della valutazione non può essere tradotta in termini di veridicità/falsità della dichiarazione in cui è contenuta²². Ne segue anche che la richiesta di un'auto-dichiarazione non può far venire meno il potere/dovere e la connessa responsabilità dell'amministrazione di compiere autonomamente la valutazione dell'assenza della causa di esclusione²³. D'altra parte, sotto il profilo logico ancor prima che giuridico (o meglio, sotto il profilo logico e quindi anche giuridico), chiedere a un privato di dichiarare l'esito della propria valutazione non può che implicare in prima battuta rimettersi ad essa.

Questo è oggi confermato dalla giurisprudenza dell'adunanza plenaria, in termini oltretutto più ampi, laddove essa rileva che la falsa dichiarazione può riferirsi solamente alla dichiarazione di fatti inesistenti, dunque a una «situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso»²⁴. Di più: la falsa dichiarazione deve essere esclusa anche quando l'operatore ha fornito dati corretti, ma effettuato una dichiarazione che dipende dall'aver svolto errate considerazioni giuridiche tratte da

fare. Il divieto, è vero, è superato da normative settoriali che, soprattutto in materia edilizia, estendono la SCIA anche a casi in cui vi siano delle valutazioni da compiere. Non si tratta però di una ipotesi assimilabile. Nella SCIA, infatti, la parte della segnalazione che attiene alla dichiarazione di conformità alla normativa rilevante è fatta da un tecnico certificato che, nel compierla, assume la responsabilità anche penale ai sensi dell'art. 19, c. 6, l. n. 241/1990 (l'art. 29, c. 2, d.P.R. n. 380/2002, relativamente alle SCIA legate ad interventi in materia edilizia, gli attribuisce la qualità di esercente un servizio di pubblica necessità, responsabile ai sensi degli artt. 359 e 481 c.p.), per cui la SCIA può essere letta come una sorta di esternalizzazione del controllo, che, anziché esser fatto dall'amministrazione, è affidato ad un altro soggetto sottoposto a specifiche responsabilità penali (e disciplinari). Non è invece il caso dei requisiti valutativi attestati dall'impresa.

²¹ A. López Miño, P.Valcárcel Fernández, *Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies*, in G.M. Racca, C. R. Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014, 207.

²² Così invece Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2017, n. 4950.

²³ Come d'altra parte sottolinea l'art. 80 CCP, che pone a carico dell'amministrazione l'onere di dare la prova, con mezzi adeguati, della esistenza di una causa di esclusione.

²⁴ Cons. St., ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16. Esclude la rilevanza *ex se* della dichiarazione di non avere commesso gravi illeciti professionali, TAR Lazio, sez. II-*quater*, 4 agosto 2020, n. 8978.

quei dati²⁵. Sono conclusioni, queste, del tutto condivisibili, per più ragioni. Limitandosi a considerazioni di sistema, intanto perché eliminano elementi di incertezza che possono ingiustamente ledere la posizione dell'operatore che potrebbe rendere una buona prestazione e, dunque, ledere l'interesse pubblico stesso. Poi perché si iscrivono nella tendenza a superare eccessi di formalismo e a ricercare un equilibrio più ragionevole tra gli oneri che gravano sulle parti della trattativa, superando l'eccessiva rigidità che è derivata da una concezione sacrale della *par condicio* tra i concorrenti, quale valore assoluto da preservare nella gara. E ciò anche tenuto conto che, come la giurisprudenza osserva (non sempre traendone le necessarie implicazioni), «alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino»²⁶.

4. Cambiando prospettiva. Gli obblighi informativi rispetto a elementi a sé pregiudizievoli

Ridimensionato così il rilievo della dichiarazione, rimane da stabilire come possa essere soddisfatta l'esigenza di una verifica complessiva di affidabilità del partecipante, che non si limiti ad accertare l'esistenza dei requisiti oggettivi tipizzati dal legislatore o richiesti dal bando. L'esigenza c'è, evidentemente, ma rimane compressa tra opposte tendenze.

Da un lato, occorre considerare il fatto che la procedura di gara è luogo poco adatto ad istruttorie complesse (tanto vero che il legislatore ha cercato in vari modi di scorporare intere fasi, prevedendone lo svolgimento al di fuori di essa²⁷), per cui difficilmente può ritenersi che il privato possa sottrarsi *tout court* a individuare e fornire alcune informazioni rilevanti, che egli possiede e la stazione appaltante no. Dall'altro lato, però, occorre anche

²⁵ La questione riguardava un consorzio che aveva dichiarato di possedere il requisito del fatturato, avendo indicato i fatturati delle consorziate e considerato tra queste anche una impresa che, stante l'aver perduto una certificazione SOA, era stata sospesa dal consorzio; l'indicazione errata del fatturato complessivo, tuttavia, non incideva sulla esistenza del requisito.

²⁶ Cons. St., sez.VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

²⁷ Si rinvia su questo a S. Torricelli, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 972.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

considerare che l'amministrazione, pur di fronte ad un quadro legislativo che poteva essere più perspicuo, può sempre chiarire nel bando quali sono le informazioni di cui ha l'esigenza²⁸; occorre altresì considerare che, comunque, il casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, in una sezione riservata a SOA e stazioni appaltanti, già descrive la storia dell'operatore con le amministrazioni, offrendo esso stesso elementi verificati, facilmente e immediatamente acquisibili in via informatica, che la stazione appaltante può ottenere senza imporre al privato inutili appesantimenti²⁹. Tutto ciò non può non rilevare nella distribuzione degli oneri tra le parti.

La complessità della questione è attestata dal disagio che emerge dalle incertezze della giurisprudenza, che, se avverte l'esigenza pratica di non pregiudicare l'effettività delle regole, sta acquisendo una progressiva sensibilità all'esigenza di contenere il tasso di incertezza circa la loro applicazione.

Essa, contravvenendo al canone ripetutamente sottolineato del carattere "rigoroso" e "oggettivo" dell'interpretazione delle norme sui requisiti³⁰, ha ricavato dal tenore letterale dell'art. 80 un obbligo informativo³¹: il privato è tenuto a fornire all'amministrazione ogni elemento potenzialmente rilevante ai fini della valutazione circa la sua affidabilità³². Nell'art.

²⁸ TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15 dicembre 2019, n. 2421, che rileva l'esistenza di uno specifico onere dell'amministrazione sul punto.

²⁹ Art. 8 del regolamento ANAC del 6 giugno 2018, *Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. L'art. 9 prevede anche che queste informazioni siano accessibili entro certi termini agli operatori che partecipano ad una procedura di gara, i quali possono così «visionare la posizione di tutti i partecipanti».

³⁰ Così R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, 335.

³¹ Sui criteri di interpretazione delle clausole contenenti i criteri di esclusione e, in particolare, sulla distinzione tra interpretazione analogia (non ammessa) e interpretazione estensiva (che la giurisprudenza ha invece ritenuto di poter seguire), Cons. St., sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424. Si veda anche Cons. St., 21 gennaio 2020, n. 474, il quale esclude che l'interpretazione estensiva collida con il principio di tassatività delle clausole di esclusione. D'altra parte, sono vari i profili per cui l'interpretazione data sulle norme in tema di esclusione tende a porsi in frizione con il principio di legalità: ne è un altro esempio la questione dei soggetti a cui va riferito il requisito dei gravi illeciti professionali (solo l'impresa o tutti i soggetti individuati dall'art. 80, c. 3, CCP), su cui S. Caldarelli, *L'esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica per "grave illecito professionale"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 149.

³² Sul punto F. Bevilacqua, *Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole*, in *Urb. app.*, 2019, 563. Ciò in quanto la discrezionalità «nel valutare le condotte negoziali pregresse può essere correttamente esercitata solo disponendo di tutti gli elementi necessari a garantire una compiuta formazione della volontà da parte della stazione appaltante»: G.C. Figuera, *Dichiarazione e rilevanza temporale degli illeciti professionali*, in *ibidem*, 553.

80, c. 2, lett. c), è stata vista così una «norma di chiusura che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione»³³, ovvero «qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione», «al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere».

Corroborata la tesi l'identificazione, ad opera del Codice, di una specifica ipotesi di grave illecito professionale consistente nella omissione «di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»³⁴. È un brandello normativo, questo, che può in effetti collateralmente sostenere un'ipotesi ricostruttiva circa fondamento e contenuto dell'obbligo, che però di per sé poco aiuta, visto che, richiamando informazioni «dovute», allude all'esistenza di un obbligo di informare da ricavarsi altrove: condivisibilmente l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, rifacendosi all'ordinanza di rimessione, sottolinea come, rispetto a quella fattispecie, «il disvalore si polarizza sull'elemento normativo della fattispecie [...] ovvero sul carattere doveroso dell'informazione». Ma quando l'informazione è doverosa?

A dispetto della rilevanza della questione, la giurisprudenza non di rado si è limitata ad affermazioni tautologiche che partono dall'esigenza (della stazione appaltante) per ricavare l'obbligo (dell'operatore) di adoperarsi per soddisfarla, in un'ottica di totale schiacciamento dell'interesse del privato su quello dell'amministrazione. Ciò spesso agganciandosi ad orientamenti che in effetti su questo punto possono dirsi consolidati e senza avvertire l'esigenza di giustificare il percorso ermeneutico che, in assenza di una norma costitutiva, porta a imporre una prestazione informativa³⁵. Non mancano episodiche osservazioni dal vago sapore paternalistico (come quella per cui quella prestazione «mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice ed operatore economico»³⁶),

³³ Cons. St., sez.V, 11 giugno 2018, n. 3592. Su questo una amplissima giurisprudenza successiva (per esempio, Cons. St., sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8222 e 8211; 9 dicembre 2020, n. 78; 26 ottobre 2020, n. 6530).

³⁴ Ora contenuta nell'art. 80, c. 5, lett. *c-bis*), CCP.

³⁵ Cons. St., sez.V, 5 agosto 2020, n. 4934.

³⁶ Cons. St., sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192 e, tralattivamente, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 giugno 2019, n. 1140; TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732. Negli stessi termini TAR Campania, Napoli, sez.VIII, 15 giugno 2020, n. 2376, secondo cui «l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante, la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente

il principio di buona fede nelle procedure di gara

che spostano sul piano dell'*intuitu personae* ragionamenti che, nell'ambito di una procedura concorrenziale, debbono trovare ben più solidi fondamenti. Ma non può essere di per sé l'esigenza di consentire all'amministrazione di ottenere gli elementi utili a un giudizio di affidabilità a generare l'obbligo, per l'operatore, di adoperarsi diligentemente a ricercare elementi utili alla propria esclusione dalla gara (salvo voler dire che l'interesse pubblico e non la norma genera un obbligo, in violazione dell'art. 23 Cost.³⁷).

La necessità di riferimenti normativi più convincenti sembra essere stata recepita dalla giurisprudenza più recente, che ha spostato l'attenzione su alcuni principi di fondo delle trattative tra portatori di interessi opposti. È diventato comune il richiamo a principi immanenti nell'ordinamento, espressi dall'art. 1337 c.c. e ora richiamati dall'art. 30 CCP e dall'art. 1, c. 2-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo³⁸, che riguardano la negoziazione in sé, tra privati o tra privati e pubblica amministrazione, e con cui si è tentato di trovare nell'attività precontrattuale una matrice giuridica unificante. Si coglie però spesso la tentazione di una torsione di quelle norme, attraverso operazioni ermeneutiche condizionate dalla premessa del ruolo necessariamente collaborativo che il privato deve svolgere rispetto all'azione pubblica e che utilizza la buona fede per costringere l'autonomia contrattuale dell'impresa entro confini modellati sulla peculiarità degli interessi sottesi alla contrattazione pubblica.

5. Gli artt. 1337 e 1338 c.c. e la buona fede nella negoziazione pubblica

Con una operazione interpretativa ispirata alla ricerca del *tertium genus*, l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 16/2020, ha raccolto e convogliato la giurisprudenza sul tema, riconducendo l'obbligo di informare la controparte pubblica di elementi a sé sfavorevoli alla interazione tra le norme codicistiche sulle trattative con la disciplina speciale della negoziazione.

dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara».

³⁷ Cfr. D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 78, che riconduce gli oneri burocratici alla nozione di prestazione imposte.

³⁸ L'art. 30, infatti, prevede che alle procedure di affidamento, si applichino in via integrativa i principi della l. n. 241/1990, ivi inclusi dunque i principi di buona fede e collaborazione che sono stati introdotti nel nuovo c. 2-*bis* dell'art. 1 di quella legge (inserito ad opera della l. 12 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76).

L'obbligo, osserva il Consiglio di Stato, è «di ordine e di matrice propriamente precontrattuale» e «operando nella logica relazionale del “contatto sociale qualificato” strutturato dalla procedura evidenziale» «esso è anzitutto “di diritto comune”, facendo capo alla regola di condotta di cui agli artt. 1337 e 1338 del codice civile, che impone un generale (e, peraltro, reciproco) dovere di chiarezza e di completezza informativa». Connota poi l'obbligo informativo, evidentemente conformandolo all'interesse pubblico sotteso alla procedura, la «professionalità che si impone agli operatori economici che intendano accedere, in guisa concorrenziale, al mercato delle commesse pubbliche: la quale vale a conferire speciale ed autonomo rilievo, presidiato dalla sanzione espulsiva, alla omissione delle “informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”».

Si trova in questi passaggi riassunto un processo interpretativo invalso, in cui il diritto privato viene richiamato come premessa di un ragionamento che però ne fa giusto un avvio di discorso, poiché l'interpolazione (in questo caso) del principio privatistico in un contesto di diritto non privato lascia lo spazio per un suo sostanziale adattamento. Quanto questo sia fisiologico, nel mutare dell'ambiente in cui la norma si innesta, e fino a che punto possa conformarsi il suo senso nel passaggio tra diritto privato e diritto amministrativo e a contatto con l'interesse pubblico, resta però tutto da definire.

Non è in discussione che anche le procedure di gara rientrano nello spettro degli artt. 1337 e 1338 c.c. Il contatto prodotto dalla gara genera certamente il sorgere di reciproci obblighi di protezione; ove mai ve ne fosse bisogno, il rinvio stesso contenuto nel codice dei contratti alla norme codicistiche³⁹, per quanto da esso non espressamente disciplinato, offre un canale di permeazione per gli articoli del codice sulla responsabilità precontrattuale, che infatti sia la dottrina⁴⁰ che la giurisprudenza amministrativa consolidata considerano naturalmente applicabili anche alle procedure pubbliche di scelta del contraente.

L'innesto dell'art. 1337 c.c. nella negoziazione pubblica si è però in primo luogo realizzato in una forma che potrebbe definirsi classica, in relazione cioè a fattispecie in cui il comportamento dell'amministrazione abbia ingenerato nel contraente un affidamento circa l'ottenimento del contratto e rispetto a richieste di risarcimento dei danni derivanti dalla sua lesione. Ne

³⁹ Art. 30, c. 8, CCP.

⁴⁰ A partire da G. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

derivano anche obblighi informativi⁴¹, la cui violazione genera una responsabilità risarcitoria⁴².

Le norme in questione, prima ancora che norme sulla responsabilità precontrattuale, sono però norme che esplicitano regole e standard di condotta ed è sotto quel profilo che possono rilevare ai fini della identificazione dei reciproci obblighi di protezione (direttamente, o meglio, come luogo di emersione in concreto di un generale e trasversale canone di buona fede). In

⁴¹ È così censurato il contegno dell'amministrazione che «non si è peritata di informare in tempo della sua volontà di disattendere gli impegni intrapresi» (Cons. St., sez. IV, 23 agosto 2016, n. 3671), magari comunicando tardivamente al contraente con cui aveva avviato una negoziazione diretta, sfociata in una convenzione, «il diverso e contrario avviso relativo alla necessità di una procedura di evidenza pubblica» (TAR Lazio, Roma, sez. II, 20 settembre 2017, n.9847): ciò in quanto «l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nelle trattative si traduce in primo luogo nell'onere di rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione» (TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2017, n.1803). Si veda anche TAR Veneto, sez. II, 16 giugno 2020, n. 508.

⁴² Si coglie anche bene, in questi casi, la necessità di riferimenti codicistici che integrano la disciplina delle procedure pubbliche, aggiungendo la dimensione del rapporto precontrattuale, in un contesto normativo, quello delineato dal codice dei contratti, che definisce piuttosto il quadro della legittimità della scelta tra tanti interessi, in funzione dell'interesse pubblico. Due dimensioni che si intrecciano, si integrano, si sovrappongono, ma rimangono concettualmente distinte. Il rapporto tra le parti della trattativa, che prescinde dalla legittimità degli atti e che impone l'applicazione di principi di ordine generale; il rapporto amministrativo, che si esaurisce nelle regole contenitive dell'esercizio del potere e sulla sua funzionalizzazione. Tutto ciò si coglie bene nel passaggio secondo cui «nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)»: Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. Analogamente significativo che «secondo costante giurisprudenza (cf. Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, richiamata da Cons. St., sez. VI, sentenza n. 633 del 1° febbraio 2013), la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non già sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali e, pertanto, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza» (TAR Lazio, Roma, sez. II, 14 settembre 2016, n.9704).

questo senso, il richiamo agli artt. 1337 e 1338 c.c. quale fonte degli obblighi informativi consente di spostare la questione dal piano della imposizione unilaterale di una prestazione, nella logica dell'esercizio del potere, al piano della buona fede (oggettiva) come canone di condotta nelle trattative. Si tratta di una operazione interpretativa innovativa, che riporta la procedura di gara alla sua essenza più intima di una negoziazione tra parti. *Ad adiuvandum* si può anche osservare che il principio di proporzionalità non consente l'utilizzo dell'imperio, se un risultato si può conseguire attraverso strumenti consensuali, dal che si può indurre *a fortiori* che non è consentito imporre (o trasporre sul piano pubblicistico) un obbligo che è già presente nell'ordinamento sulla scorta dell'applicazione del diritto comune.

Questa premessa supera l'esigenza di un fondamento normativo specifico dell'obbligo informativo, ineliminabile ove esso fosse invece espressione di un potere che, come tale, è soggetto al rigore del principio di legalità. Poiché infatti la norma fondante il potere manca, o si percorre la strada della buona fede, o si conclude che nulla può essere imposto al privato se non di dichiarare ciò che il codice e eventualmente la disciplina speciale della procedura espressamente richiedono. Lo stesso contenuto aperto dell'obbligo dichiarativo, non *a priori* predeterminato, risulta ammissibile solo nella prospettiva privatistica della correttezza reciproca⁴³, e non invece ove si trattasse di un obbligo imposto a contenuto incerto⁴⁴.

Ma questa è solo una prima implicazione.

6. Il contenuto degli obblighi informativi

Il fondamento privatistico degli obblighi informativi incide sulla identificazione del loro contenuto e sugli effetti che produce la loro violazione.

Va considerato, *in primis*, che essi si inquadrano in un dato contesto

⁴³ La questione si è in effetti posta anche nella interpretazione dell'art. 1337 c.c., rispetto al quale ci si è chiesti se la violazione della buona fede rilevi solo ove si traduca nella violazione di un diritto riconosciuto da altra norma o se invece esso contenga una regola la cui violazione in sé costituisce un illecito fonte di responsabilità. Si veda sul punto I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 733.

⁴⁴ Contenuto incerto come conseguenza della impossibilità di predeterminare *a priori* gli elementi rilevanti: «non si può esigere che i fatti potenzialmente incidenti siano predeterminati nella normativa di gara – soluzione che realizzerebbe da un lato in massimo grado i principi trasparenza e proporzionalità valevoli per le procedure di affidamento di contratti pubblici ex art. 30 del codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ma dall'altro irrigidirebbe eccessivamente le valutazioni spettanti all'amministrazione»: Cons. St., sez.V, 6 luglio 2020, n. 4314.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

normativo. Si tratta di obblighi che hanno per oggetto elementi rilevanti in funzione degli illeciti professionali di cui la stazione appaltante dovrà poi valutare la gravità e la rilevanza rispetto al giudizio di integrità e affidabilità⁴⁵. L'obbligo di buona fede è in questo modo spinto sino al suo estremo limite, poiché si traduce in concreto nell'obbligo di informare la controparte circa l'esistenza di elementi dai quali essa possa ricavare ragioni per rifiutare di negoziare e, prima ancora, di attivarsi per individuare quali elementi possano essere utili alla controparte ai fini di questo giudizio. La questione è problematica e non serve a superare la sua problematicità il richiamo all'art. 1338 c.c., che impone di rendere edotta la controparte circa la presenza di cause di invalidità del contratto. In questo caso, infatti, l'obbligo riguarda elementi che possono incidere sulla valutazione discrezionale che potrebbe consentire all'amministrazione di escludere quel concorrente: dunque è funzionale, non già direttamente a prevenire il formarsi di un contratto invalido, ma a consentire alla propria controparte di esercitare una sua facoltà di scelta⁴⁶. In effetti, l'art. 1338 c.c. non sembra rilevare direttamente nella fattispecie.

La giurisprudenza ha offerto delle coordinate, osservando per esempio che, dovendosi rinunciare alla certezza che deriverebbe da una codificazione *ex ante* del loro contenuto, «una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi palesemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono predicabili esclusioni dalla gara "a sorpresa" a carico dello stesso»⁴⁷. E questo in coerenza con la linea giurisprudenziale che, richiamandosi alla buona fede e all'art. 1337 c.c., impone una interpretazione della disciplina di gara che tuteli l'affidamento e dispensi l'operatore «dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati»⁴⁸. Qui non si tratta, in

⁴⁵ Ciò, anche, ma non solo, tenuto conto delle fattispecie che il legislatore indica nell'art. 80, c. 5, lett. *c-bis*, *ter* e *quater*), CCP.

⁴⁶ Diverso discorso per il caso nel quale vi sia un elemento ostativo alla partecipazione (come l'esistenza di una interdittiva: TAR Calabria, Reggio Calabria, 9 marzo 2016, n. 266, in cui infatti il giudice ha rilevato che «il possibile difetto di capacità negoziale è stato correttamente richiesto a mezzo di apposita dichiarazione; tuttavia l'esclusione non è stata a ben vedere disposta come sanzione della mera dichiarazione mendace ovvero della mancata dichiarazione ex art. 38 Cod. Contr. ma, per l'appunto, in senso sostanziale, per l'esistenza dell'interdittiva a carico della società e dunque per il trovarsi l'istante in una posizione, anche civilisticamente intesa, di incapacità contrattuale assoluta, circostanza sottaciuta»).

⁴⁷ Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, n. 4314.

⁴⁸ Cons. St., sez. V, 22 giugno 2012, n. 3687, anche richiamando Cons. St., sez. V, 1° marzo 2003, n. 1142. Si vedano poi Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937; sez. V, 6 luglio 2020, n. 4316, sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155.

effetti, di escludere il carattere oggettivo della buona fede⁴⁹: a prescindere da ogni valutazione sull'elemento della colpa, la ragionevole prevedibilità della utilità dell'informazione rappresenta piuttosto uno degli elementi costitutivi stessi dell'obbligo informativo.

In questa logica, l'obbligo di una parte di informare deve essere contenuto dal corrispondente onere dell'altra parte di informarsi che, nella logica della buona fede oggettiva, non viene affatto meno⁵⁰. Anzi, si può arrivare a osservare che quell'obbligo esiste solo ove e nella misura in cui si riferisca a dati che la stazione appaltante, anche adoperandosi con l'ordinaria diligenza, non potrebbe ottenere⁵¹. Tutto ciò che è contenuto per esempio nel casellario ANAC è nella sfera di conoscibilità dell'amministrazione e può da questa essere acquisito in qualunque momento: su di essa grava dunque la responsabilità di attivarsi, anche coerentemente con la più generale previsione che impone all'amministrazione di acquisire d'ufficio i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi necessari per l'istruttoria del procedimento, se in suo possesso o se detenuti istituzionalmente da altre amministrazioni⁵². Certe esclusioni, avallate dalla giurisprudenza⁵³, dipendenti dalla mancata comunicazione di dati che emergono nel momento della consultazione della banca dati, appaiono il riflesso di una concezione punitiva della esclusione che non è affatto in linea con il fondamento dell'obbligo informativo nella buona fede.

Per altro verso, se non si può invocare un obbligo informativo per sottrarsi a un proprio onere di informarsi, l'omissione di chi non dà spontaneamente un'informazione va contemperata con l'omissione di chi avrebbe potuto chiedere, con una apposita previsione di bando, l'informazione che

⁴⁹ A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur e dir. priv.*, 2017, 1135.

⁵⁰ È una considerazione, questa, che ricalca la logica dell'art. 1338 c.c.; la responsabilità di chi non dà notizia della esistenza di una causa di invalidità del contratto è infatti subordinata a che l'altra parte abbia confidato nella validità "senza sua colpa". È peraltro dibattuto se l'art. 1337 c.c. tuteli o meno la parte che abbia colpevolmente ignorato una circostanza che l'altra abbia omesso: si veda sul punto A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, cit., 1144-1145.

⁵¹ I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, cit., 738, il quale indica «l'onere di diligenza come 'limite' all'estensione dei doveri informativi di una parte nei confronti dell'altra».

⁵² Art. 18, c. 2, l. n. 241/1990.

⁵³ Si veda per esempio TAR Campania, Napoli, sez. IV; 4 novembre 2019, n. 5232. Analogamente discutibile la richiesta espressa, in sede di bando, di dichiarazione degli elementi risultanti dal casellario, come nel caso di cui alla decisione del Cons. St., sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

ex post risulti rilevante, ovvero avrebbe potuto avviare procedure di soccorso istruttorio⁵⁴. «Non può ammettersi che la procedura di gara si trasformi, in una “corsa ad ostacoli” tra i partecipanti» – osserva ad altro fine il giudice amministrativo – «in cui alla competizione sugli elementi tecnici ed economici dell’offerta si affianchi quella sui relativi aspetti formali, facendo gravare sulle imprese l’onere di individuare (e correggere) eventuali indicazioni erronee, lacunose o ambigue della documentazione di gara, frutto della negligenza dell’Amministrazione»⁵⁵.

Qui la buona fede in senso oggettivo gioca in modo biunivoco e occorre riflettere bene se rilevi di più, nell’ottica collaborativa che essa richiede, l’omissione di chi non dà l’informazione o quella di chi non la richiede: se manchi cioè al suo obbligo di buona fede l’uno oppure l’altro. Solo la valutazione delle circostanze concrete permette di dare una risposta; tuttavia, anche in termini di sistema, è davvero poco comprensibile la ragione per la quale una stazione appaltante accorta non dovrebbe darsi carico di specificare, alla luce della prassi, della casistica e di ciò che è ragionevolmente prevedibile, quali informazioni ritiene debbano esserle fornite (sulla base di una valutazione che presenta profili di discrezionalità), piuttosto che lasciare l’impresa arrancare nel prevedere ciò che *ex post* potrà avere un rilievo o comunque di arrovellarsi nel comprendere fino a che punto può legittimamente omettere di rendere pubblici elementi che le producono un danno reputazionale⁵⁶. Non si può infatti neppure trascurare il costo che un’impre-

⁵⁴ Su cui M. Mattalia, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 581, che individua l’esigenza di completezza dell’istruttoria come fondamento del soccorso istruttorio. Su cui Id., *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 581, che individua l’esigenza di completezza dell’istruttoria come fondamento del soccorso istruttorio. Sulla esigenza che in questa fase sia garantita certezza, A. Nicodemo, *Gravi illeciti professionali, tutto cambia affinché nulla cambi*, in *Urb. app.*, 2019, 110; criticamente anche G. Rivellini, *Gli obblighi dichiarativi nel codice dei contratti pubblici: tra omesse e false dichiarazioni*, in *Urb. app.*, 2020, 166.

⁵⁵ TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 2 maggio 2020, n. 142. Per la verità, la sentenza si riferisce a un caso nel quale il modello da riempire fornito dall’amministrazione era fuorviante e poteva legittimamente portare a ritenere che alcune indicazioni non fossero necessarie; il giudice sottolinea la differenza che passa tra «la mera assenza di indicazioni circa gli elementi da specificare, propria di un modello da compilare integralmente e liberamente, con la creazione di un’apparenza ingannevole». Questo però rispetto ad una indicazione specifica che la legge richiede (i costi di manodopera, a norma dell’art. 95, c. 10, CCP); il passaggio argomentativo appare dunque comunque utile.

⁵⁶ E questo è confermato dal rilievo di chi, radicando la buona fede nel principio di solidarietà, ha ritenuto che l’obbligo di salvaguardare l’utilità della controparte trovi un limite nel fatto che ciò determini «un apprezzabile sacrificio»: C.M. Bianca, *Diritto Civile. L’obbligazione*, 4, Milano, Giuffrè, 1993, 86 ss.

sa subisce nel fornire in gara una informazione che diviene conoscibile per tutti e la cui conoscenza ha una incidenza che va molto oltre quella specifica gara: dunque non si può neppure risolvere ogni questione⁵⁷ imponendo all'impresa l'obbligo di dare ogni genere di informazione, lasciando che sia l'amministrazione, poi, a valutare quali possano servire.

Si potrebbe forse obiettare che un simile approccio rischia di incentivare comportamenti truffaldini dell'operatore; si potrebbe parallelamente replicare che un approccio diverso deresponsabilizza l'amministrazione rispetto alla definizione di regole di gara più certe. Ma, per trovare un equilibrio e per sviluppare meglio questi ragionamenti, occorre considerare anche il profilo delle conseguenze dalla violazione dell'obbligo, perché, anche a seconda degli effetti che si riconoscono alla violazione, la definizione dell'obbligo informativo può risultare o meno rispettoso delle coordinate che si sono sopra individuate.

7. La conseguenza della violazione degli obblighi informativi. Dalla esclusione automatica alla valutazione degli indici di integrità e affidabilità

La premessa per affrontare il tema degli effetti della violazione di obblighi informativi fondati sull'art. 1337 c.c. è legata alla necessità di stabilire se quelle norme rimangano confinate entro i limiti della dimensione privatistica del rapporto precontrattuale, ancorché sviluppato nel contesto di una procedura di gara, o se li valichino, assumendo così rilevanza diretta sul piano dell'esercizio del potere.

Sino all'intervento nomofilattico dell'adunanza plenaria, un riconoscibile orientamento giurisprudenziale ammetteva l'esclusione automatica dell'operatore che non avesse fornito le informazioni che *ex post* si rivelassero necessarie perché l'amministrazione potesse decidere circa l'integrità e affidabilità dell'operatore in base ad un quadro completo di elementi⁵⁸. Ciò

⁵⁷ Come fa il Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5811, rilevando che «il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi».

⁵⁸ Consiglio St., sez. III, 26 ottobre 2017, n. 4950; Consiglio St., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5811; TAR Sardegna, sez. II, 17 giugno 2020, n.349. Significativa, in quest'ottica, l'affermazione per cui «nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire in conformità al principio di buon andamento

il principio di buona fede nelle procedure di gara

sempre che si trattasse di elementi potenzialmente significativi; non mancano casi in cui il giudice, sostituendosi all'amministrazione forse oltre i limiti dell'ammissibile, ha direttamente valutato se l'informazione omessa potesse o meno impattare sulla decisione⁵⁹. Ora: ritenere che il privato sia gravato da obblighi informativi funzionalmente al «corretto svolgersi della procedura», il cui mancato assolvimento deve produrre la sua esclusione (pena l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione), rende gli artt. 1337 e (eventualmente) 1338 c.c. regole direttamente rilevanti sull'esercizio del potere⁶⁰. Si tratta di un punto delicato.

Non sono invero rari i richiami all'art. 1337 c.c. come fonte di regole che incidono sul modo in cui il potere è esercitato, essenzialmente allo scopo di dare un fondamento normativo alla tutela dell'affidamento, e che dunque integrano il quadro dei parametri di legittimità del provvedimento. Se ne trovano in giurisprudenza numerosi esempi⁶¹.

In questi ultimi casi, tuttavia, il richiamo all'art. 1337 c.c., che non a

dell'amministrazione e di proporzionalità (nel quale si inquadrano le esigenze di ordinato svolgimento della gara e di trasparenza), in quanto consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; pertanto, una dichiarazione inaffidabile (perché falsa o, come nel caso qui in trattazione, incompleta) deve considerarsi di per sé stessa lesiva degli interessi tutelati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti «sostanzialmente» di partecipare alla gara» (così Cons. St., sez. III, 2 luglio 2013, n. 3550). In senso contrario, sulla esplicita premessa di voler superare questo orientamento, Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015, n. 3718.

⁵⁹ Per poi annullare l'esclusione disposta sulla base della mancata comunicazione di elementi ritenuti inidonei a integrare gli estremi dei gravi illeciti professionali: TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 luglio 2020, n. 7742.

⁶⁰ Così TAR Lazio, sez. II-*quater*, 4 agosto 2020, n. 8978 (con ampi richiami alla giurisprudenza precedente), che ritiene da escludere l'operatore che ometta elementi potenzialmente rilevanti ai fini del corretto svolgersi della procedura e, segnatamente, «il normale ed esauriente dispiegarsi del processo decisionale». Secondo il TAR, tale omissione sarebbe riferibile alla fattispecie di esclusione derivante dall'aver «tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure [avere] fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero [avere] omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

⁶¹ TAR Abruzzo, sez. I, 1° giugno 2019, n. 280, circa l'obbligo di interpretazione della *lex specialis* «per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati» (si vedano ancor prima Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497; Cons. St., sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307; si veda anche TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 18 marzo 2019, n. 242), e TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 ottobre 2020, n. 10550, circa le modalità di comunicazione di una richiesta di soccorso istruttorio).

caso è stato posto in continuità con l'art. 1175 c.c., può risultare fuorviante e comunque non preciso. Altro è dire che l'amministrazione è vincolata al rispetto del principio dell'affidamento (come anche il cittadino verso di essa), quale principio fondamentale dell'ordinamento e che trova nell'art. 1337 c.c. uno dei suoi momenti di emersione, altro è dire che l'affidamento, riferito all'esercizio del potere, trovi il proprio fondamento giuridico in norme che regolano la trattativa e l'esecuzione, che in quanto tali non rilevano sul piano della validità degli atti compiuti⁶². Una considerazione, questa, che può essere estesa anche all'art. 1338 c.c., spesso richiamato in endiadi, che specifica l'obbligo informativo rispetto all'esistenza conosciuta o conoscibile di una causa di invalidità del contratto: l'omessa informazione, infatti, riguarda l'esistenza di una causa di invalidità che è prodotta da una violazione altra rispetto alla violazione di quella stessa norma.

Dunque: dire che gli artt. 1337 e 1338 c.c. si applicano alla procedura di gara non significa dire che rilevino *per se* sul piano della legittimità. Ciò, però, non significa neppure concludere che averli violati non possa rappresentare un elemento che in fatto rilevi nella qualificazione della posizione dell'operatore, circa la sua integrità e affidabilità. E qui il ragionamento può continuare incastonandosi in quello proposto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, laddove essa, aderendo ad un diverso orientamento interpretativo⁶³, esclude la rilevanza autonoma della violazione dell'obbligo informativo.

L'assolvimento dell'obbligo non è una condizione di partecipazione e la partecipazione di un soggetto che lo abbia violato non è causa di illegittimità della aggiudicazione: d'altra parte, come già aveva osservato l'ordinanza di rimessione spostando il discorso sul piano funzionale, non si tratta di un obbligo «fine a se stesso», ma di un obbligo «servente»⁶⁴. La violazione rileva invece se, anche tenuto conto dell'informazione celata, possa essere indice di inaffidabilità, dunque come un fatto che contribuisce al giudizio sul concorrente in relazione al compimento di gravi illeciti professionali⁶⁵. Insomma, «l'informazione omessa [deve essere] tale

⁶² Che poi l'omessa informazione possa riguardare dati rilevanti anche sotto altri profili (si pensi all'errore essenziale o all'*aliud pro alio*) questo è altro profilo. Per un caso relativo all'annullamento di una convenzione per vizio del consenso derivante dalla omissione di informazione dovute ex art. 1337 c.c., si veda TAR Lombardia, Milano, sez. II, 18 febbraio 2020, n. 323.

⁶³ In continuità con Cons. St., sez.V, 12 maggio 2020, n. 2976.

⁶⁴ Cons. St., ord., sez.V, 9 aprile 2020, n. 2332.

⁶⁵ Solo in questo caso, infatti, si può ritenere che «la parte onerata abbia omesso, nella fase delle trattative, informazioni rilevanti che avrebbero altrimenti, con un giudizio proba-

il principio di buona fede nelle procedure di gara

da ragionevolmente indurre la consapevolezza da parte del concorrente di doverla dichiarare» e sia suscettibile di essere «valutata negativamente dalla stazione appaltante»: altrimenti «gli obblighi dichiarativi, che non sono tassativamente predefiniti, e per tale ragione possono anche indurre comprensibili omissioni, con effetti potenzialmente sproporzionatamente lesivi per il concorrente»⁶⁶.

Al di là del profilo, operativamente molto significativo, delle conseguenze della violazione, è chiaro che in questo modo prima ancora si modella il contenuto dell'obbligo informativo. In questa prospettiva esso si presenta davvero come il riflesso della buona fede nella trattativa, la cui violazione merita di essere considerata come un indice che può giustificare un giudizio di inidoneità professionale, sulla scorta di un (sub)procedimento partecipato e con la dovuta motivazione circa la oggettiva possibilità di percepire l'importanza dell'informazione omessa e la sua non agevole conoscibilità. Si confermano così le osservazioni anzi svolte circa l'esigenza di un corretto bilanciamento tra obbligo di informare e obbligo di informarsi e circa il ridimensionamento del rilievo della violazione di obblighi di informare che non incidano sulla emersione o sulla rilevabilità dell'informazione omessa. Ciò coerentemente con l'obiettivo di non escludere chi possa efficacemente eseguire un contratto (o almeno chi non possa *a priori* dirsi non dare garanzie adeguate di buona esecuzione).

8. Auspicabili sviluppi, al di fuori di irreali logiche collaborative

È una piccola vicenda, quella legata agli obblighi dichiarativi e informativi nelle gare, ma che appare emblematica. Essa, infatti, rivela la difficoltà di riversare sull'attività dell'amministrazione principi di matrice civilistica; tali principi, inseriti in un ambiente in cui sono frequenti i richiami alla collaborazione verso un fine pretesamente comune, rischiano infatti di diventare occasioni per imporre una conformazione funzionale della posizione del privato rispetto all'interesse pubblico, oltretutto al di fuori delle logiche di garanzia che presiedono la previsione di prestazioni imposte.

Il principio di buona fede, con le sue ascendenze legate alla solidarietà, alla tutela dell'utilità dell'altro, alla presa in considerazione dell'interesse con-

bilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso», condizione di rilevanza dell'art. 1337 c.c. secondo l'interpretazione della Corte di cassazione (Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437).

⁶⁶ TAR Piemonte, sez. I, 22 ottobre 2020, n. 623.

trapposto⁶⁷, esemplifica al meglio questa tensione tra utilità (perché impedisce che la contrapposizione tra interessi vada oltre il limite dell'accettabilità) e rischi (perché da quelle ascendenze è facile trovare spunti argomentativi per una torsione verso la riproposizione di modelli collaborativi).

Ancora più in specifico, per ritornare in conclusione alla premessa al tema, l'idea che le procedure di aggiudicazione possano anche essere viste come forme di trattativa che debbono aderire ad alcuni principi di fondo unificanti, implica accettare (per quel profilo) la dimensione paritaria e al contempo antagonista della negoziazione, in cui gli obblighi (anche quelli di buona fede) operano in regime di reciprocità e in un'ottica molto lontana rispetto all'idea della soggezione dell'una parte rispetto all'altra e di un interesse rispetto all'altro. Non che per forza questo importi postulare che non vi sia una soggezione, o che non vi sia una diversa complessiva meritevolezza degli interessi, perché ciò implicherebbe una rifondazione dell'idea dell'aggiudicazione dei contratti pubblici su basi del tutto diverse. Ma, più semplicemente, questa diversità, anche ove ammessa, rileva su un altro piano.

È in quest'ottica e con questo *caveat* che l'avvicinamento della negoziazione pubblica a quella privata può effettivamente contribuire ad una deformalizzazione delle procedure, senza finire con l'accentuare il suo tratto di specialità e senza creare indesiderabili spazi di incertezza e occasioni di contenzioso. La direzione delineata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sembra porre le basi per l'avvio di un percorso.

Abstract

The purpose of the article is to investigate the basis and scope of the principle of good faith in public procurement, with a focus on its application to the clause providing for the exclusion of companies that have committed serious professional misconduct. The question arises as to whether there is an obligation on the company to make the public authority aware of the relevant facts for the assessment and, if so, how this obligation should be combined with the opposite obligation, for the contracting authority, to research for what she needs to know. The reference to good faith in civil law, which is usual in the most recent case law, requires the position of both parties

⁶⁷ Riassuntivamente su questi punti, Cass. civ., sez. III, 5 giugno 2020, n. 10822. In dottrina, tra i molti altri, G. Del Fante, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 155; A. Musy, *Responsabilità contrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1988, 403, I. Tardia, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, cit., 734.

il principio di buona fede nelle procedure di gara

to be reconstructed in terms of mutual solidarity. More generally, the idea that award procedures can be seen as forms of “negotiation” that must adhere to certain basic unifying principles implies accepting their equal and at the same time antagonistic dimension. The consequence is that obligations (including those of good faith) operate in a regime of reciprocity and in a perspective that is far from the idea of the subjection of one party to the other and of one interest to the other. In this perspective and with this caveat, the assimilation of public negotiations to private ones can effectively contribute to deformalize procedures, without ending up accentuating its special feature and without creating undesirable spaces of uncertainty and opportunities for litigation.

FRANCESCA DI LASCIO

LE INFRASTRUTTURE SOCIALI
TRA COMPLESSITÀ AMMINISTRATIVA
E PROSPETTIVE DI VALORIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Infrastrutture e sviluppo economico. – 2. Le infrastrutture sociali presentano dei caratteri originali? – 3. Il ruolo delle amministrazioni territoriali. – 4. Il nodo dei finanziamenti. – 5. Quali prospettive per la valorizzazione delle infrastrutture sociali?

1. Infrastrutture e sviluppo economico

L'adeguatezza delle dotazioni infrastrutturali dei sistemi nazionali, che ha tradizionalmente rappresentato una fondamentale attività di disciplina dell'economia esercitata dai pubblici poteri statali è, ormai, un tema centrale anche per le politiche europee¹.

Dopo la crisi economico-finanziaria del 2008, l'approntamento delle infrastrutture ha infatti acquisito una particolare urgenza ai fini della ripresa dello sviluppo, a medio e a lungo termine, e del suo consolidamento nell'area euro. Questa istanza si è però scontrata con la costante riduzione delle finanze pubbliche e con l'apposizione di stringenti vincoli al loro impiego che hanno limitato fortemente, nel periodo considerato, l'effettività dell'azione statale, in difficoltà nel favorire investimenti infrastrutturali adeguati alle necessità dei sistemi Paese².

Il problema si è accentuato a partire dal 2013, quando la crisi ha iniziato ad incidere sui debiti sovrani e, dunque, sull'economia reale. In tale fase, gli interventi di sostegno messi in campo (giunti talvolta fino a veri e propri "salvataggi"³) hanno orientato le risorse pubbliche verso poste ritenute di immediata urgenza, con l'effetto di differire la presa in carico di progetti

¹ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, 59.

² A riguardo, G. Piperata, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, in questa *Rivista*, 2013, IX.

³ Mutuando l'espressione usata da G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss. Più ampiamente sulle possibili

di sviluppo più duraturi quali, appunto, quelli di approntamento e ammodernamento delle infrastrutture. Allo stesso tempo, però, a partire dal 2014, l'approvazione del c.d. piano *Junker*⁴ ha portato al rafforzamento di politiche europee e nazionali di sostegno agli investimenti infrastrutturali, con un *favor* per quelli derivanti da risorse pubbliche⁵, nonché alla definizione di piani e programmi realizzabili mediante fondi tratti dal bilancio europeo piuttosto che dalle finanze statali⁶.

Nel corso del 2020, l'intervento della pandemia globale, determinando una crisi sanitaria di proporzioni inimmaginabili cui si è repentinamente associata una crisi economica di amplissime dimensioni, ha nuovamente imposto il rafforzamento di una azione di intervento diretto nell'economia da parte degli Stati. A livello europeo, la risposta all'emergenza ha condotto all'avvio di una azione di sostegno basata su regole innovative, suscettibili di delineare l'esercizio di una originale funzione redistributiva dell'Unione, fondata su specifici poteri di spesa e ulteriore rispetto alla tradizionale funzione regolatoria⁷.

La possibilità per gli Stati di accedere alle risorse stanziata nell'ambito del *Recovery and Resilience Facility fund* (RRF), fulcro del *Next Generation EU plan*, è, infatti, rimessa alla predisposizione di piani nazionali nei quali sono indicati i progetti strategici di riforma su cui investire in via prioritaria. Gli stessi piani indicano nel dettaglio gli strumenti che saranno impiegati per perseguire gli obiettivi indicati⁸. I progetti saranno oggetto di uno scrutinio di tipo qualitativo da parte della Commissione europea, a differenza di quan-

misure di sostegno alla ripresa, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 2012.

⁴ Si tratta della Comunicazione della Commissione europea COM(2014) 903 del 26 novembre 2015, intitolata «Un piano di investimenti per l'Europa».

⁵ Come dimostra la presenza già nel Trattato di Maastricht di norme di tipo promozionale rivolte agli Stati in relazione alle spese per investimenti, meno vincolate delle spese correnti e non considerate ai fini della misura dell'indebitamento: G. della Cananea, *Stato e Mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in questa *Rivista*, 2013, 205-206 (anche in *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, a cura di M. Dugato e F. Mastragostino, Bologna, Bononia University Press, 2014, 27 ss.). Un'analisi delle misure (anche organizzative) introdotte nell'ordinamento italiano per favorire gli investimenti pubblici dopo l'adozione delle nuove europee di finanza pubblica, è in F. Di Cristina e A. Tonetti, *La flessibilità europea e gli investimenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 2, 191 ss.

⁶ A riguardo, F. Bassanini e E. Reviglio, *Le politiche per gli investimenti e le infrastrutture, in Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2018, 478 ss.

⁷ Come sostenuto da E. Chiti, *L'Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 442-443.

⁸ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 1.

le infrastrutture sociali

to sinora accaduto con riferimento ai riscontri sui disavanzi pubblici dove il controllo della spesa e gli equilibri di bilancio erano ancorati a parametri tendenzialmente quantitativi. Si tratta di una novità di un certo rilievo che lascia agli Stati una ampia discrezionalità di scelta e che, quindi, richiederà alla Commissione una attenta valutazione circa la fattibilità e la sostenibilità economica delle proposte nonché la loro coerenza rispetto allo specifico contesto di riferimento nazionale⁹.

Con riferimento a quest'ultimo criterio, i piani nazionali dovranno tenere in considerazione le raccomandazioni specifiche che sono formulate nel contesto del semestre europeo e che valutano il grado di attuazione degli indirizzi forniti per l'anno precedente. Con riferimento agli indirizzi più recenti, la Relazione per paese relativa all'Italia 2020, seppure evidenzia come il nostro sistema sia progredito nella ridefinizione della propria politica economica attuando una maggiore connessione con investimenti relativi, tra l'altro, alla qualità (anche ambientale) delle infrastrutture, allo stesso tempo ribadisce la necessità di porre ancora una forte attenzione al tema perché gli obiettivi prefissati non sono stati del tutto raggiunti¹⁰. Non sorprende, quindi, l'attenzione dedicata alle infrastrutture all'interno della proposta del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), approvata dal Consiglio dei Ministri il 14 gennaio 2021¹¹.

Gli elementi richiamati mostrano come le istituzioni europee considerino le dotazioni infrastrutturali, da un lato, suscettibili di incidere in modo potenzialmente molto rilevante sulla struttura economica dei territori interessati e, al contempo, in grado di condizionare tutti i settori produttivi con

⁹ In merito, L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Rassegna*, 2020, 17, 1-4.

¹⁰ Così il *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Relazione per paese relativa all'Italia 2020*, di accompagnamento alla Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 150 final del 26 febbraio 2020, 81.

¹¹ Nello specifico, il documento citato si articola in sei aree tematiche, denominate «Missioni», ciascuna delle quali raggruppa sedici componenti funzionali a perseguire gli obiettivi governativi attraverso linee progettuali di intervento. La missione n. 5 è dedicata all'ambito «Inclusione e coesione» e, al suo interno, contiene la linea progettuale n. 5.2 intitolata «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore» tra i cui obiettivi vi è il rafforzamento delle infrastrutture sociali a favore di minori, anziani e persone con disabilità, per migliorarne la qualità della vita, e favorire l'occupazione femminile, il riconoscimento del ruolo dello sport nell'inclusione e integrazione sociale e il rafforzamento di politiche e investimenti nazionali relativi alla disponibilità di abitazioni a prezzi accessibili. La missione n. 3, invece, è dedicata alle «infrastrutture per una mobilità sostenibile» e contiene linee progettuali dedicate all'infrastrutturazione sociale e sanitaria del Mezzogiorno. La versione del PNRR qui citata è reperibile in *Astrid Rassegna*, 2021, 2.

cui, a vario titolo, sono correlate. In termini economici il fenomeno viene spiegato con la capacità delle infrastrutture di garantire, al ricorrere di talune condizioni, prospettive stabili di crescita. La spesa per investimenti in questo settore è, infatti, suscettibile di determinare un moltiplicatore superiore a quello delle altre voci di spesa ordinaria presenti dei bilanci pubblici¹².

Quindi, se è vero che la qualità dei sistemi infrastrutturali, strettamente dipendente anche dall'ammontare degli investimenti, è un fattore cruciale per lo sviluppo, la coesione sociale e l'integrità nazionale¹³, si può dire che il livello di sviluppo delle infrastrutture in un Paese rappresenti un indice della sua capacità di governo¹⁴.

Assumendo come sfondo il contesto descritto, il presente contributo si soffermerà sulla categoria delle infrastrutture sociali, i cui caratteri originali saranno individuati per differenza rispetto alle infrastrutture economiche e tenendo conto del nucleo comune di elementi che le due nozioni condividono. La distinzione poggerà, nello specifico, sulla finalizzazione delle infrastrutture e, quindi, sulla loro destinazione d'uso quale indicatore dirimente. Muovendo dalle caratteristiche delle infrastrutture sociali saranno svolte alcune riflessioni sulla distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo, sul ruolo spettante alle amministrazioni territoriali nella fase di progettazione e realizzazione e sugli effetti negativi indotti dalla complessità amministrativa rispetto all'efficacia delle procedure applicate. Saranno poi discusse le criticità relative al finanziamento delle infrastrutture sociali e, infine, delineate le possibili prospettive per una loro valorizzazione.

2. Le infrastrutture sociali presentano dei caratteri originali?

La relazione tra sviluppo economico e infrastrutture consente di introdurre alcune riflessioni in merito alla possibilità di distinguere queste ultime sulla base della destinazione d'uso loro assegnata.

Il rapporto descritto, infatti, si delinea in modo diverso a seconda delle finalità in vista della quale le infrastrutture sono approntate. In particolare, gli

¹² In proposito, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Banca d'Italia, Roma, 2011, 11 ss., nonché International Monetary Fund, *World Economic Outlook: Legacies, Clouds, Uncertainties*, Washington, 2014, 75-114 (reperibile <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2016/12/31/Legacies-Clouds-Uncertainties>).

¹³ F. Bassanini, *Prefazione*, in *I nodi delle reti*, a cura di P. M. Manacorda, Firenze, Passigli, 2010, 7.

¹⁴ *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 2009, 7.

le infrastrutture sociali

effetti degli investimenti sul territorio sembrano diminuire in modo direttamente proporzionale quando ci si riferisce a interventi funzionali all'erogazione di servizi sociali piuttosto che ad orientare la manovra economica¹⁵. In tale ipotesi, infatti, viene in rilievo non tanto l'incidenza che le infrastrutture presentano rispetto all'intervento pubblico nell'economia complessivamente inteso quanto, piuttosto, la misura in cui le stesse riescono a garantire e a soddisfare i diritti sociali interessati.

In tal senso, le infrastrutture possono essere distinte in economiche (o ad uso economico) e sociali (o ad uso sociale): le prime realizzano l'obiettivo istituzionale per cui sono approntate mediante un'azione diretta di supporto alle attività produttive; le seconde hanno invece un impatto mediato sul sistema economico poiché, accrescendo l'offerta di servizi sociali, influenzano le leve dello sviluppo solo indirettamente e con effetti di medio-lungo periodo¹⁶.

La classificazione richiamata è stata utilizzata per lo più in ambito economico-finanziario e con la finalità di spiegare il rapporto tra riduzione degli squilibri territoriali e finanziamento delle infrastrutture sociali¹⁷. La letteratura giuridica si è, invece, soffermata in prevalenza sul rapporto tra infrastrutture economiche e concorrenza, sul ruolo dei privati nella costruzione e gestione delle medesime infrastrutture (anche con riferimento ai meccanismi in grado di consentire un apporto di capitali non pubblici attraverso forme di partenariato) nonché sull'individuazione della disciplina normativa applicabile ai relativi procedimenti di realizzazione, manutenzione, controllo e finanziamento¹⁸. La dottrina non offre, quindi, molti orientamenti utili a

¹⁵ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 80.

¹⁶ In tal senso, le infrastrutture sociali possono essere considerate «the long-term physical assets that facilitate social services»: così F. Natalini, *The Public Value Dimension of Social Infrastructure*, paper SDA Bocconi, 2018, 6.

¹⁷ Come ricorda C. Zumpano, *Le opere infrastrutturali nelle politiche di sviluppo rurale: quale valore aggiunto per la crescita dei territori*, in Rapporto IFEL-CREA, *Infrastrutture e sviluppo territoriale. Il contributo della politica di sviluppo rurale*, 2020, 44 ss., che richiama ad esempio il contributo di N. Hansen, *Unbalanced growth and regional development*, in *West. ec. jour.*, 1965, 4, primo studioso ad adottare la distinzione fra infrastrutture economiche e infrastrutture sociali. A riguardo, si rinvia anche a V. Di Giacinto, G. Micucci e P. Montanaro, *L'impatto macroeconomico delle infrastrutture: una rassegna della letteratura e un'analisi empirica per l'Italia*, in *Le infrastrutture in Italia*, cit., 22 ss., anche per la bibliografia ivi riportata.

¹⁸ In proposito si segnalano, senza pretese di esaustività e con riferimento a contributi di taglio più generale, G. Corso, *La legge «obiettivo» nel quadro delle modifiche al titolo V della Costituzione. Rapporti tra Stato e Regione in materia di infrastrutture e di trasporti alla luce della legge cost. n. 3/2001*, in *N. rass. ldg.*, 2002, 17, 1707 ss.; Aa.Vv., *Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche – In ricordo di Vincenzo Caianello*, Bologna, Quaderni della SPISA, 2002; A. Mari, *Le*

tratteggiare la categoria in esame né, allo stato attuale, è possibile richiamarsi ad un quadro normativo di riferimento organico e unitario.

La distinzione tra infrastrutture sociali ed economiche assume, tuttavia, anche un rilievo giuridico poiché, come si vedrà, è in grado di condizionare le scelte relative al finanziamento dei progetti infrastrutturali e ai relativi strumenti operativi.

Nella direzione indicata può, allora, essere utile verificare se la teoria generale e il diritto positivo offrono elementi che permettono di individuare i tratti di un nucleo comune alle due tipologie di infrastrutture considerate e, allo stesso tempo, rintracciare caratteri originali propri delle infrastrutture sociali, utili a distinguerle rispetto a quelle economiche.

Quanto al primo ambito, possono essere riprese le considerazioni sviluppate da Massimo Severo Giannini sul rapporto tra infrastrutture e opere pubbliche, il quale muoveva dall'assunto che le due nozioni non fossero perfettamente corrispondenti in termini giuridici¹⁹. In particolare, dal punto di vista soggettivo, infrastrutture e opere pubbliche possono coincidere solo se sono realizzate da poteri pubblici e a valere su risorse pubbliche. Al contempo, tra le due espressioni vi è un discrimine di tipo oggettivo poiché la rea-

infrastrutture, in *Trattato di diritto amministrativo*, pt. s., II, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 1861 ss.; P. Stella Richter, *Governo del territorio e infrastrutture*, in *Il governo del territorio*, a cura di S. Civitaresse Matteucci, E. Ferrari e P. Urbani, Milano, Giuffrè, 2003, 273 ss.; *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati, G. Napolitano, cit.; *I nodi delle reti*, a cura di P.M. Manacorda, cit.; *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, a cura di L. Saltari e A. Tonetti, IRPA Working Paper – Policy Papers Series, 2014, 2; F. Cortese, *Le infrastrutture per le città*, in questa *Rivista*, 2014, 69 ss.; *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, a cura di P. Chirulli, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione*, a cura di G. Colombini, M. D'Orsogna, L. Giani e A. Police, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; E. Cardì, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, 229 ss.; C. Iaione, *La localizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari*, in *Trattato di diritto del territorio*, II, a cura di F.G. Scoca, P. S. Richter e P. Urbani, Torino, Giappichelli, 2018, 1157 ss.; S. Amorosino, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Urb. app.*, 2019, 1, 46 ss.; C. Figliolia, *Infrastrutture e insediamenti prioritari*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 1019 ss.; G. Morbidelli, *Profili generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, V, a cura di M. A. Sandulli e R. de Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 299 ss.; E. Cardì, S. Abrate e A. Cardì, *Programmazione e progettazione*, *ivi*, 305 ss.; *La partecipazione dei privati nella realizzazione delle grandi opere ed infrastrutture strategiche*, a cura di F.G. Scoca e A.F. Di Sciascio, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; S. Screpanti, *Le politiche infrastrutturali*, in *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2021, 35 ss.

¹⁹ Come ribadito anche da G. della Cananea, *Stato e Mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, cit., 192, il quale segnala come tra i due concetti vi sia «indubbiamente sovrapposizione di ambiti, ma non di identità», evidenziando altresì il rilievo giuridico autonomo che la nozione di infrastruttura presenta rispetto al concetto di “servizio pubblico” e di “rete”.

le infrastrutture sociali

lizzazione dell'opera, che può essere anche a carico di privati, va distinta dalla sua manutenzione, ordinaria e straordinaria la quale, salvo eccezioni, compete al soggetto divenuto proprietario dell'opera dopo il suo approntamento.

Occorre, poi, considerare il rapporto tra la dimensione dell'infrastruttura e il suo valore economico, che rileva sotto due profili procedurali. Intanto perché incide sulla complessità della disciplina applicabile al caso concreto in quanto, ad un modesto impiego di risorse pubbliche corrisponde, tendenzialmente, la possibilità di seguire procedure amministrative semplificate per la realizzazione dell'intervento di costruzione o di manutenzione. In secondo luogo, una dimensione infrastrutturale di modesta entità può permettere alle amministrazioni proprietarie di avvalersi di servizi in economia e di provvedere così direttamente alle necessità di cura delle opere che siano emerse nel tempo²⁰.

Infine, guardando alle norme applicabili vanno distinti i procedimenti relativi alla realizzazione di opere strutturali da quelli inerenti le infrastrutture poiché i primi sono uno strumento di incentivazione delle attività imprenditoriali e non sono rivolti «precipuamente all'assetto civile della collettività» o «alla manovra dell'economia»²¹.

Con riferimento al secondo ambito considerato, per l'individuazione di alcuni elementi di tipicità delle infrastrutture sociali ci si avvarrà della lettura combinata di alcune disposizioni normative in vigore.

Innanzitutto, l'art. 16, c. 7 e c. 8, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (c.d. testo unico dell'edilizia) elenca gli interventi per i quali è necessaria la corresponsione degli oneri di urbanizzazione, suddividendoli tra primari e secondari. Se si guarda alle tipologie ivi indicate si nota come le infrastrutture sociali, nel senso sopra definito (ovvero quali dotazioni essenziali alla soddisfazione di diritti sociali), sono collocate nel secondo gruppo di interventi che fa riferimento, in concreto, ad asili nido e scuole materne, a scuole dell'obbligo, a strutture e complessi per l'istruzione superiore, ad impianti sportivi di quartiere, ad aree verdi di quartiere, a centri sociali e ad attrezzature culturali e sanitarie ivi «ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti».

L'elenco trova una conferma e, allo stesso tempo, una ulteriore specificazione nelle disposizioni relative all'uso e ai criteri di riparto delle risorse

²⁰ È il caso, ad esempio, di un asilo nido nel quale le attività di manutenzione ordinaria sono svolte dai servizi tecnici comunali, senza necessità che si proceda all'attribuzione di un contratto esterno. Su questi temi, si rinvia ancora a M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 61-64.

²¹ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 79-80.

stanziare a valere sul fondo di sviluppo e coesione ai sensi dell'art. 4 del d.P.C. 17 luglio 2020, recante «Modalità di assegnazione del contributo di 75 milioni di euro, per ciascuno degli anni dal 2020 al 2023, ai comuni situati nel territorio delle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia, da destinare a investimenti in infrastrutture sociali» (c.d. decreto Sud). Questo provvedimento attua il disposto di cui alla l. 27 dicembre 2019, n. 160 (c.d. legge di bilancio 2020) che all'art. 1, c. 311 e c. 312, ripartisce per il quadriennio sopra indicato uno specifico stanziamento, destinato ad incentivare gli investimenti in infrastrutture sociali mediante la corresponsione di uno specifico contributo, calcolato con rapporto all'incidenza decrescente sulla dimensione demografica degli enti territoriali interessati, così da garantire anche a comuni di minore entità demografica un contributo di rilievo.

L'art. 3, c. 2, del citato d.P.C. è particolarmente rilevante ai fini della presente analisi laddove stabilisce che «per “infrastrutture sociali” si intendono le opere così qualificate nel sistema di classificazione dei progetti del codice unico di progetto, di cui all'art. 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3»²². In tale catalogazione l'ambito “Opere e infrastrutture sociali” appare molto strutturato e comprende alcune macro-categorie organizzate a loro volta in sotto-gruppi che puntualizzano, estendendolo, il novero delle dotazioni indicate dal testo unico dell'edilizia. A tal proposito, è interessante osservare come la classificazione dei codici unici progettuali comprenda all'interno della categoria considerata non solo strutture necessarie alla soddisfazione immediata di bisogni sociali della collettività (quali le infrastrutture scolastiche, abitative, sanitarie, di culto, di arredo urbano o quelle relative agli ambiti culturali, sportivi e, più ampiamente, dei *loisirs*), ma richiama anche opere di uso diretto per l'amministrazione (come quelle destinate alla difesa, alla sede di organi istituzionali e di uffici pubblici, all'edilizia giudiziaria e penitenziaria e alla pubblica sicurezza in generale)²³. Il provvedimento in esame reca, inoltre, utili indicazioni quanto alla disciplina applicabile alle dotazioni sociali laddove, all'art. 3, c. 1, collega detta categoria con i lavori pubblici, consentendo quindi di fare riferimen-

²² Si tratta del codice che le amministrazioni competenti o, in alternativa, i soggetti aggiudicatori richiedono per ogni nuovo progetto di investimento pubblico e per ogni progetto in corso di attuazione al fine di garantire la funzionalità della rete di monitoraggio degli investimenti di natura pubblica.

²³ Le informazioni sono tratte dal documento intitolato «Il sistema di classificazione dei progetti nel CUP», redatto dal Dipartimento per la Programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri il 17 settembre 2008 (8-9).

le infrastrutture sociali

to alle procedure e alle regole generali relative agli appalti di lavori di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50²⁴.

Infine, anche l'art. 10, c. 7-ter, d.l. 16 luglio 2020, n. 76²⁵ sembra accogliere una nozione ampia della categoria in esame laddove, nell'elencare le opere edilizie finalizzate a realizzare o qualificare edifici esistenti che sono sempre consentite con SCIA se iniziate entro i termini indicati, richiama «infrastrutture sociali, strutture scolastiche e universitarie, residenze per studenti, strutture e residenze sanitarie o assistenziali, ostelli, strutture sportive di quartiere ed edilizia residenziale sociale comunque denominata, realizzate da pubbliche amministrazioni, da società controllate o partecipate da pubbliche amministrazioni o enti pubblici ovvero da investitori istituzionali».

Le disposizioni considerate permettono di formulare alcune osservazioni su quelli che appaiono come tratti tipici delle infrastrutture sociali.

In primo luogo, le norme confermano l'idea, già emersa nell'analisi di Giannini, di una categoria dai confini flessibili (come dimostrerebbe anche la variegata *congerie* di fattispecie classificata ai fini dei codici unici progettuali) che supera la staticità del concetto di opera pubblica²⁶ per evolversi in favore di una nozione dinamica, molto più adeguata alla funzione strumentale di soddisfazione dei diritti sociali cui si è fatto riferimento²⁷.

D'altro canto, a fronte di una regolazione minuziosa delle infrastrutture economiche e, in specie, di quelle strategiche, le infrastrutture sociali non sono oggetto di una disciplina approfondita. Ma l'assenza di predeterminati e univoci confini regolatori, che conferma indirettamente la flessibilità dei confini della categoria in esame, rischia anche di porre un problema di statuto legale e di favorire l'insorgere di problemi interpretativi non semplici da risolvere in assenza di una chiara disciplina di riferimento. Basti pensare alla necessità di garantire la tutela dei diritti sociali a fronte dello sviluppo

²⁴ L'art. 3, c. 1, d.P.C. 17 luglio 2020 recita, infatti, «Il comune beneficiario del contributo può finanziare uno o più lavori pubblici in infrastrutture sociali, a condizione che gli stessi non siano già integralmente finanziati da altri soggetti».

²⁵ Convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

²⁶ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 63, ha fatto ad esempio riferimento ad una «opera di ingegneria di modificazione durevole del mondo fisico, di costo elevato, per la cui realizzazione si seguono procedimenti amministrativi determinati». G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*⁴, Milano, Giuffrè, 2010, 720, aggiunge a questa definizione la destinazione «ad un pubblico servizio o, in genere, il conseguimento di un fine pubblico» nonché l'idea che l'opera pubblica non rappresenti solo una costruzione quanto, piuttosto, una «diversa trasformazione del territorio».

²⁷ In tal senso, «il concetto di opera pubblica richiama l'idea statica del bene immobile» mentre «il concetto di infrastruttura implica... quello più dinamico di bene strumentale»: così G. Piperata, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, cit., IV.

di infrastrutture digitali che permettono, ad esempio, l'offerta di prestazioni amministrative, sanitarie o socio-assistenziali da remoto o l'assunzione di decisioni sulla base di sistemi di intelligenza artificiale.

Inoltre, tra infrastrutture sociali e infrastrutture economiche vi è una distinzione data dal profilo dimensionale. Le infrastrutture sociali, infatti, sono tendenzialmente opere di volume medio o piccolo, mentre quelle economiche sono opere tendenzialmente grandi che, in qualche caso, possono giungere sino ad avere rilievo europeo (come avviene per il corridoio di mobilità transalpino) e/o transfrontaliero. Questo fattore, come già accennato, ha un effetto in termini di procedure amministrative applicabili poiché il minor valore economico delle infrastrutture sociali permette di semplificare i controlli volti a verificare il corretto impiego delle risorse pubbliche. Sotto il profilo dei finanziamenti, però, la dimensione meno sviluppata limita la possibilità che si generi un interesse da parte di operatori economici privati con la conseguenza che la realizzazione e la manutenzione delle infrastrutture sociali (fatta eccezione per l'edilizia abitativa popolare) tende a gravare pressoché interamente sui bilanci statali o, comunque, ad essere condotta con risorse pubbliche. Al contrario, le infrastrutture economiche possono avere un peso più limitato sui conti pubblici non solo perché l'imposizione di tariffe per il loro utilizzo produce flussi di cassa, ma anche poiché la loro realizzazione, pur essendo riservata allo Stato, può essere affidata a terzi attraverso l'uso del modello concessorio o sulla base di forme di partenariato pubblico-privato.

In terzo luogo, si osserva come al volume ridotto delle infrastrutture sociali corrisponda una loro "polverizzazione" sul territorio. Pertanto, a differenza di quanto accade per la maggior parte delle infrastrutture economiche, l'imputazione della responsabilità delle fasi di programmazione, progettazione, realizzazione e manutenzione delle opere si colloca in capo alle amministrazioni regionali e locali piuttosto che a quelle statali. Il decentramento delle competenze gestionali è, però, suscettibile di favorire un rallentamento nell'azione amministrativa dovuto alla moltiplicazione dei centri decisionali e alla loro necessità di coordinamento²⁸, con l'effetto di riprodurre anche in questo ambito problemi mai sanati con riguardo alla

²⁸ L. Fiorentino, *Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale: interventi finanziari e organizzativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 168, riporta l'attenzione sul tema della capacità delle amministrazioni di spesa di gestire i rapporti con i «soggetti periferici, gerarchicamente e/o funzionalmente collegati alle stesse, che sono poi gli esecutori dei progetti» precisando che «la capacità di connettere i vari punti del sistema che ruota intorno ad una Amministrazione centrale è uno degli indicatori più rilevanti per misurare l'efficienza operativa e gestionale di quella determinata realtà amministrativa».

le infrastrutture sociali

realizzazione dei progetti infrastrutturali complessi come, ad esempio, quelli relativi alla scarsa efficacia dei moduli di semplificazione previsti dalla legge sul procedimento²⁹.

La dimensione limitata delle infrastrutture sociali non è, infatti, da sola una condizione sufficiente per contrastare gli effetti derivanti da un eccesso di oneri amministrativi.

La “vischiosità delle procedure” relative alle infrastrutture è, infatti, una tendenza di lungo corso nel nostro ordinamento³⁰ e, se non contrastata, è in grado di ritardare la realizzazione e la manutenzione delle opere incidendo negativamente sull’attività degli operatori economici coinvolti³¹. A riguardo, è noto come il sistema amministrativo italiano non mostri prestazioni eccellenti rispetto agli altri Paesi³² malgrado l’introduzione, a più riprese,

²⁹ M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 174, ma anche L. Torchia, *Il sistema amministrativo e le attività produttive*, in *I nodi della Pubblica Amministrazione*, a cura di L. Torchia, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 23, secondo cui «la frammentazione di compiti e funzioni fra amministrazioni pubbliche è un tratto caratteristico e da tempo costante del sistema amministrativo, al quale, nonostante diversi tentativi, non si è riusciti a porre rimedio».

³⁰ L’espressione è utilizzata da G. della Cananea, *Investimenti pubblici e procedimento nel pensiero di Federico Caffè*, in questa *Rivista*, 2015, 180-181, commentando F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” della spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, in *Teorie e problemi di politica sociale*, Bari, Laterza, 1976, scritto dove il noto economista era giunto alla conclusione, tutt’ora valida e attuale, di una inconciliabilità tra lentezza e complessità delle regole amministrative inerenti le infrastrutture, (da cui deriva una dilatazione eccessiva del tempo intercorrente tra assunzione delle decisioni e loro compimento), esigenze della politica economica e gestione flessibile della spesa pubblica.

³¹ A riguardo nella comunicazione della Commissione «Una corsia preferenziale per la piccola impresa» Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa COM/2008/0394 def (c.d. *Small Business Act*), adottata nel 2008, si evidenziava come gli oneri amministrativi, in specie quando ricadenti sulle piccole e medie imprese, rappresentassero un importante ostacolo alle attività imprenditoriali. Su questa base, si prevedeva, ad esempio, che gli Stati dovessero definire misure necessarie a migliorare l’ambiente normativo e amministrativo, oltre che economico. In generale, sul ruolo che il diritto amministrativo può avere quale fattore di contributo o di ostacolo per la crescita economica e per l’iniziativa economica privata si vedano M. Clarich, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., 161-164; M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. econ.*, 2014, 1, 189 ss.; G. Napolitano, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 221.

³² Un indicatore comparativo della performance italiana in tema di regolazione dell’attività di impresa è contenuto nei *Doing business reports*, redatti annualmente dalla World Bank e dall’International Finance Corporation. Sul tema, si rinvia a S. Cassese, *Cosa resta dell’amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, nonché a B.G. Mattarella, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Diritto amministrativo e società civile*, III, Aa.Vv., 2020, Bologna, Bononia university press, 239 ss.

di meccanismi di semplificazione finalizzati a promuovere la celerità dell'azione amministrativa, anche con specifico riferimento alle infrastrutture³³. Negli anni più recenti, peraltro, questa tradizionale fragilità del sistema amministrativo è stata aggravata dall'introduzione di meccanismi volti a limitare la discrezionalità delle amministrazioni procedenti e di ulteriori stringenti controlli procedurali con l'obiettivo di rispondere alla strategia di prevenzione della corruzione di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, che ha l'ambizione di monitorare pressoché ogni forma di impiego delle risorse pubbliche e di rapporto intercorrente tra amministrazione e operatori economici³⁴.

3. Il ruolo delle amministrazioni territoriali

La funzione amministrativa di realizzazione delle infrastrutture sociali, rimessa agli enti regionali e territoriali, è fortemente condizionata dalla complessità delle relazioni intercorrenti tra livelli di governo.

Questa tendenza emerge, in particolare, nei settori dell'edilizia scolastica e dell'edilizia sanitaria dove l'intersezione tra le attribuzioni statali, regionali e locali appare particolarmente marcata³⁵ e dove il riparto delle competenze legislative è causa di incertezze e dilatazione dei tempi procedurali³⁶. Infatti, nonostante dal punto di vista del riparto costituzionale delle funzioni legislative le infrastrutture non siano incluse tra le materie di

³³ Da ultimo, l'art. 13, d.l. n. 76/2020 ha previsto in generale la possibilità per le amministrazioni procedenti di avvalersi, in via temporanea, di una conferenza di servizi semplificata dove la presentazione della documentazione deve avvenire in termini più brevi dell'ordinario. Ulteriori previsioni di snellimento delle procedure amministrative riguardano, invece, le sole infrastrutture di strategiche o di rilevante impatto sul territorio nazionale: le riporta nel dettaglio S. Screpanti, *Le politiche infrastrutturali*, cit., 52-55. Sul tema, R. Gallia, *La spesa per infrastrutture degli Enti locali: l'efficacia della programmazione condizionata dalle semplificazioni procedurali*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 379 ss.

³⁴ I fattori in cui si esterna la "crisi di crescita" della politica di prevenzione della corruzione sono esaminati da B. G. Mattarella, *Burocrazia e riforme*, Bologna, il Mulino, 2017, 80 ss.

³⁵ Come ha più volte ribadito la Corte costituzionale giudicando in merito all'attribuzione di risorse finanziarie destinate all'ambito materiale dell'edilizia scolastica, ritenuto suscettibile di incidere su una pluralità di materie di legislazione concorrente quali il governo del territorio, l'energia e la protezione civile. In tal senso, il coinvolgimento delle regioni nella ripartizione e assegnazione dei fondi disponibili nonché nella definizione dei criteri di selezione dei progetti di realizzazione di nuovi edifici è stato ritenuto un elemento necessario per la garanzia del principio di leale collaborazione. Vedi, in merito, C. cost. 7 marzo 2018 n. 71; C. cost. 22 novembre 2016 n. 284; C. cost. 26 marzo 2013 n. 62

³⁶ F. Liguori, *Infrastrutture e periferie*, in questa *Rivista*, 2017, 125.

le infrastrutture sociali

potestà concorrente ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost.³⁷ e, quindi, rientrano in via formale nella potestà legislativa residuale delle regioni, le ingerenze statali in questo settore non sono mancate³⁸. Lo Stato ha, infatti, adottato norme in materia di infrastrutture riferendosi sia a proprie competenze esclusive tra quelle indicate dall'art. 117, c. 1 (come la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali), sia richiamando ambiti concorrenti (come l'istruzione, la tutela della salute e il governo del territorio). Dal canto loro, le Regioni hanno fatto leva sulla mancata indicazione dei "lavori pubblici" nel testo costituzionale per affermare una piena autonomia normativa in relazione alle infrastrutture diverse da quelle di cui all'art. 117, c. 3.

Sul tema è intervenuta la nota sentenza 25 settembre 2003, n. 303 della Corte costituzionale. In questa decisione l'ambito dei "lavori pubblici" non è stato considerato quale materia unitaria e, inoltre, la Corte non ha ritenuto che la sua mancata inclusione nell'art. 117 potesse configurare una automatica attribuzione della relativa competenza legislativa alla potestà regionale. Nella decisione richiamata la Corte ha, piuttosto, fatto riferimento ad «ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti»³⁹. Su questa base, le disposizioni del

³⁷ Come noto, questa disposizione fa riferimento a infrastrutture economiche di evidente interesse nazionale o, quantomeno, regionale come «porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, ordinamento della comunicazione e, infine, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia». In tema, G. Corso, *La legge «obiettivo» nel quadro delle modifiche al titolo V della Costituzione. Rapporti tra Stato e Regione in materia di infrastrutture e di trasporti alla luce della legge cost. n. 3/2001*, cit.

³⁸ Per una ricostruzione del quadro dei poteri precedente all'approvazione del d.lgs. n. 50/2016, si leggano G. Morbidelli, *La localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici tra Stato e Regioni*, in *Titolo V della Costituzione e opere pubbliche*, cit., 45 ss.; F. Bassanini e al., *La localizzazione delle grandi infrastrutture fra Stato e Regioni*, in *Verso il federalismo*, a cura di V. Cerulli Irelli e C. Pinelli, Bologna, il Mulino, 2004, 225 ss.; A. Romano Tassone, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, Padova, Cedam, 2008, 71 ss.; R. Caranta, *Il riparto di competenze legislative in materia di contratti pubblici*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, III, Aa.Vv., Napoli, Jovene, 2013, 1411 ss. Successivamente, il tema è trattato, tra gli altri, da V. Latorraca, *Le competenze dello Stato e delle Regioni (art. 2)*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 123 ss., nonché da L. Antonini, *Riparto di competenze tra Stato e regioni*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 137 ss.

³⁹ Così nel punto 2.3 della motivazione della sentenza citata. La decisione è stata oggetto di numerosi commenti. Si segnalano, tra gli altri, I. Massa Pinto, *Nota in margine alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: una "opinione concorrente"*, in *Giur. it.*, 2004,

codice dei contratti pubblici sono state considerate norme di attuazione di obblighi internazionali e norme fondamentali di riforma economico-sociale e, pertanto, sono state giudicate vincolanti per le regioni⁴⁰.

L'attività amministrativa finalizzata alla realizzazione e alla manutenzione delle infrastrutture sociali, al pari di quella relativa alle infrastrutture economiche è, quindi, in via generale soggetta alla disciplina generale di cui al d.lgs. n. 50/2016⁴¹. Ciò porta anche ad interrogarsi su quale sia il grado sostenibile di condizionamento cui il potere legislativo statale può sottoporre le competenze amministrative comunali (ma, talvolta, anche regionali) nella materia considerata. Si pensi, ad esempio, alle procedure di controllo sull'uso delle risorse pubbliche vincolate alla esecuzione di infrastrutture di rilievo non nazionale, dove la responsabilità delle decisioni sulla programmazione degli interventi (che incide sulla destinazione dei relativi finanziamenti) appartiene al livello territoriale, mentre lo stanziamento delle medesime risorse e il compimento delle dovute verifiche pertiene ad organi di livello statale⁴². Questa pluralità di imputazioni rischia, infatti, di rappresentare un ulteriore elemento di criticità, essendo suscettibile di favorire una conflittualità tra le parti e di incidere negativamente sulle fasi operative di gestione delle opere.

Sempre riguardo alle disposizioni normative applicabili, si deve altresì considerare che ciascuno dei principali settori di riferimento per le infrastrutture sociali (in particolare, edilizia residenziale pubblica, sanità e scuola) è subordinato, oltre che al codice dei contratti, a previsioni settoriali. Si pone, dunque, un problema di coordinamento delle fonti che non sempre può essere agevolmente risolto applicando il criterio per cui *lex posterior derogat priori* in quanto le disposizioni specifiche possono contenere anche indicazioni puntuali non disciplinate dalle fonti pregresse. In tal caso, queste ultime andrebbero applicate nei limiti degli spazi non regolati da una successiva determinazione legislativa e sempre che non si pongano in conflitto

8-9, 1568 ss.; G. Manfredi, *Standard ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*, in *Urb. app.*, 2004, 295 ss.; F. Fracchia, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, in *Foro it.* 2004, I, 1014 ss.

⁴⁰ La Corte costituzionale ha espresso questo orientamento, ad esempio, nelle sentenze 7 aprile 2011, n. 114, 5 gennaio 2011, n. 7 e 28 maggio 2010, n. 186, poi riprese da decisioni successive.

⁴¹ Sul rapporto tra infrastrutture e codice appalti, vedi il Rapporto Assonime *Politica delle infrastrutture e degli investimenti: come migliorare il contesto italiano*, 2018, 36 e ss.

⁴² La gestione delle risorse stanziata a valere sul *Fondo di sviluppo e coesione* coinvolge, ad esempio, il Ministro per le infrastrutture e i trasporti e le amministrazioni locali mentre quelle afferenti al *Fondo infrastrutture sociali* vedono una compartecipazione di ruoli del Ministro per il Sud e la Coesione territoriale e dei comuni del meridione.

le infrastrutture sociali

con i principi generali della legge sul procedimento (ad esempio, limitando la partecipazione degli interessati).

Le amministrazioni territoriali sono, pertanto, costrette ad una non semplice azione interpretativa volta ad individuare, rispetto al caso concreto, quali siano le regole giuridiche applicabili. Per contro, muovere da un chiaro e ordinato quadro dei precetti applicabili consentirebbe di evidenziare con maggiore facilità i principali problemi applicativi ed attuativi, in particolare con riferimento ai fattori suscettibili più di altri di ostacolare una tempestiva ed efficace acquisizione ed utilizzazione delle risorse finanziarie necessarie. La frammentazione e la sovrapposizione delle regole, come già accennato, rappresenta infatti un ostacolo all'azione delle amministrazioni chiamate ad operare per la realizzazione delle infrastrutture ad uso sociale.

L'imputazione agli enti territoriali del compito di realizzare le infrastrutture sociali riporta l'attenzione anche sul tema, più trasversale, della debolezza dei corpi tecnici delle amministrazioni pubbliche che non di rado difettano, anche a livello locale, di possedere adeguate competenze professionali⁴³. Ne consegue non solo il rallentamento delle procedure amministrative, ma anche la difficoltà di coordinamento con i livelli di governo superiori o con le autonomie funzionali interessate⁴⁴. La fragilità delle competenze amministrative non incide, peraltro, sulla sola fase di realizzazione delle opere, ma rischia di condizionare in modo particolarmente grave anche il momento della progettazione e l'impiego dei fondi disponibili, in specie quando trattasi di fondi europei dove sussiste una maggiore rigidità nelle fasi di impegno e di rendicontazione delle risorse⁴⁵.

Un ulteriore fattore di cui occorre tener conto è che, nonostante le infrastrutture sociali siano finanziate per larga parte con risorse pubbliche, può accadere che la realizzazione delle opere si basi su investimenti privati. In queste ipotesi l'applicabilità delle regole poste a garanzia delle procedure

⁴³ Su questo fenomeno come fattore di crisi interna alla stessa amministrazione, S. Cassese, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit., 1, 7-8.

⁴⁴ L. Fiorentino, *Le nuove norme per lo sviluppo infrastrutturale: interventi finanziari e organizzativi*, cit., 167.

⁴⁵ Sul tema, in generale, L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 249 ss.; F. Savo Amodio, *Il Genio civile. La competenza perduta?*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2019, 203-204, 47 ss.; A. Zucaro, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 303 ss.; L. Fiorentino, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 479 ss. Una interessante ricostruzione in chiave storica del ruolo delle competenze tecniche è contenuta in G. Melis, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 469 ss., Id., *Culture dei «tecnici» e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 291 ss.

contrattuali pubbliche appare sfumata o, quantomeno, limitata e condizionata anche in considerazione del fatto che quando la costruzione delle opere avviene con fondi privati, la loro proprietà potrebbe non essere pubblica. L'ipotesi prospettata potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso dell'edilizia convenzionata o della realizzazione di strutture sanitarie da parte di soggetti privati che sono poi accreditate per erogare prestazioni in convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale.

Occorre, inoltre, distinguere tra interventi miranti alla costruzione di nuove infrastrutture e interventi che sono rivolti all'adeguamento e alla manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle opere. Nel secondo caso, ancora, si deve differenziare tra azioni che rientrano nell'ambito di una programmazione periodica e azioni che, invece, sono attivate sulla base di eventi impreveduti inerenti una singola opera o in ragione di disposizioni emergenziali che prevedono stanziamenti *una tantum* (come accaduto nel caso dell'edilizia scolastica ai fini della messa in sicurezza degli edifici) o che ammettono procedure di scelta del contraente in deroga rispetto a quelle previste dal codice degli appalti, sul modello impiegato nel caso della ricostruzione post-sisma nel centro Italia⁴⁶.

La questione sembra porsi in modo meno rilevante per l'edilizia sanitaria e l'edilizia residenziale pubblica⁴⁷, anche se la realizzazione delle infrastrutture nel secondo dei due settori richiamati avviene sovente a valere su risorse derivanti da fonti di finanziamento specifiche, soggette a discipline dedicate⁴⁸. Anche qui, occorre, dunque, verificare di volta in volta la piena

⁴⁶ Si deve, per contro, ricordare che l'art. 1, d.lgs. n. 50/2016, invece, prevede espressamente che le proprie disposizioni si applichino all'aggiudicazione di «lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche», fatti salvi alcuni casi tassativamente definiti.

⁴⁷ Per quanto attiene all'edilizia residenziale pubblica si consideri che, nella vigenza della pregressa disciplina in materia di appalti, il d.lgs. n. 163/2006 dedicava all'art. 61 una disposizione inerente le regole esplicitamente applicabili alle opere di cui al secondo ambito considerato.

⁴⁸ Basti pensare al *social housing* dove si ha una piena concorrenza tra investimenti privati e investimenti pubblici, in prevalenza attraverso l'istituzione di fondi immobiliari atti a realizzare abitazioni a prezzi calmierati: P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*⁶, Torino, Giappichelli, 2017, 178. In generale, sul tema si leggano, tra gli altri, F. Gaspari, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, in *federalismi.it*, 2018, 21; M. Allena e M. Renna, *L'housing sociale*, in Trattato di diritto del territorio, a cura di F.G. Scoca, P. Stella Richter e P. Urbani, Torino, Giappichelli, 2017, 35 ss.; M. Allena, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 167 ss.; S. Civitarese Matteucci, *L'evoluzione della politica della casa in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2010, 163 ss.

le infrastrutture sociali

compatibilità tra la previsione settoriale e il codice dei contratti, ciò anche quando l'iniziativa economica è sostenuta da risorse private⁴⁹.

Da non sottovalutare è, in termini di fonti applicabili, anche il rapporto tra infrastrutture sociali e pianificazione urbanistica comunale, che appare di non agevole definizione a causa dell'abbondanza di riferimenti normativi adottati ai diversi livelli di governo, che devono essere tra loro coordinati. Un esempio di questa tendenza è dato dalla previsione di cui all'art. 53, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5⁵⁰ che ha rimesso al CIFE la possibilità di approvare, di concerto con i ministri competenti e sulla base delle indicazioni fornite da regioni, province e comuni, un Piano nazionale di edilizia scolastica⁵¹. Tale atto, che si occupa di definire regole utili alla realizzazione di interventi di ammodernamento e recupero del patrimonio scolastico esistente ma anche di costruzione e completamento di nuovi edifici scolastici, favorendo il coinvolgimento di capitali pubblici e privati, rischia invero di porsi in contrasto con gli atti di pianificazione urbanistica comunale adottati in precedenza⁵². Anche nel settore dell'edilizia residenziale gli strumenti di pianificazione puntuale, adottati per realizzare i singoli interventi (come nel caso dei piani integrati di intervento), devono integrarsi con le previsioni normative che disciplinano la pianificazione complessa del territorio. Un ragionamento non dissimile può essere fatto valere con riguardo alle infrastrutture sociali di tipo sanitario, la cui realizzazione richiede un coordinamento con la specifica pianificazione regionale. In detta ipotesi, pur non sussistendo un vero e proprio rapporto gerarchico tra le diverse fonti, l'azione delle regioni evidenzia la tendenza al rispetto degli orientamenti fissati a livello di pianificazione generale del territorio⁵³.

Infine, con la finalità di valutare, complessivamente, se la realizzazione delle infrastrutture sociali sia o meno adeguatamente favorita dalle regole vigenti nel sistema amministrativo, non si può eludere una riflessione sul ruolo riconosciuto alla partecipazione dei cittadini nell'assunzione delle scelte relative alla loro programmazione e, dunque, anche alla loro loca-

⁴⁹ Si occupa di questi problemi, F. Spanicciati, *Investimenti infrastrutturali nel settore dell'edilizia residenziale. Il quadro normativo e le criticità*, in *ASTRID Rassegna*, 2018, 16.

⁵⁰ Convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

⁵¹ Il tema della programmazione e del finanziamento degli interventi di edilizia scolastica ai diversi livelli di governo è esaminato in L. Fiorentino, *La scuola come luogo rigeneratore di spazi e comunità. Politiche pubbliche per il diritto all'istruzione*, in *Riv. giur. mezz.*, 2020, 577 ss.

⁵² Come osserva S. De Nitto, *Investimenti infrastrutturali nel settore dell'istruzione. Il quadro normativo e le criticità*, in *ASTRID Rassegna*, 2018, 16, 8.

⁵³ Per un approfondimento, si segnala F. Caporale, *Investimenti infrastrutturali nel settore della sanità. Il quadro normativo e le criticità*, in *ASTRID Rassegna*, 2018, 16.

lizzazione⁵⁴. A riguardo, le disposizioni normative applicabili in alcuni tra i settori più strategici per il territorio non contengono indicazioni o strumenti partecipativi specifici. Se questa mancanza appare limitatamente giustificabile quando le infrastrutture sociali sono finanziate per la quasi totalità con investimenti di privati (come accade per l'edilizia residenziale pubblica e, seppure in misura minore, per quella sanitaria), appare invece meno comprensibile l'assenza di forme di partecipazione dei cittadini quando le opere di rilievo sociale sono realizzate con fondi pubblici, come accade per il settore scolastico.

La tendenza descritta potrebbe essere interpretata sulla base del riparto di competenze legislative e amministrative, che assegna un ruolo preminente di programmazione degli investimenti a Stato e regioni, in specie con riferimento alle nuove realizzazioni, rimettendo a livello locale il mero esercizio di poteri esecutivi⁵⁵. Tuttavia, la previsione di cui all'art. 117, c. 3, Cost.

⁵⁴ Il tema è ampiamente indagato con riferimento alle infrastrutture strategiche di rilievo nazionale. Si vedano, a titolo non esaustivo, E. Frediani, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una «relazione» problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, 399 ss.; F. Sciarretta, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali*, in *Rivista AIC*, 2020, 3; G. Colavitti, *Il "dibattito pubblico" e la partecipazione degli interessi nella prospettiva costituzionale del giusto procedimento*, in *Amministrazione in cammino*, 9 aprile 2020; P. Patrito, *Opere pubbliche e società civile: il dibattito pubblico*, in *Giur. it.*, 2019, 1609 ss.; P. Vipiana, *La disciplina del dibattito pubblico nel regolamento attuativo del Codice degli appalti, tra anticipazioni regionali e suggestioni francesi*, in *federalismi.it*, 2019, 2; M. Timo, *Gli attori del "dibattito pubblico"*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, 301 ss.; G. Pepe, *Dibattito pubblico e infrastrutture in una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2019, 5; G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 604 ss.; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in questa *Rivista*, 2018, 129 ss.; V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 (in specie, 241 ss.); Id., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 386 ss.; U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il Regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Rivista AIC*, 2018, 3; V. Manzetti, *Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice dei contratti*, in *federalismi.it*, 2018, 5; A. Di Martino, *Il dibattito pubblico per la realizzazione delle grandi infrastrutture: quale ruolo per la partecipazione democratica?*, in *Nuove aut.*, 2017, 533 ss.; A. Bonomo, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Appalti e lavoro*, a cura di D. Garofalo, Torino, Giappichelli, 2017, 193 ss.; G. Di Gaspare, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in cammino*, 30 settembre 2017; A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 505 ss.; Id., *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 1173 ss.; G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, Giuffrè, 2010 (in specie, 362 ss.); M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

⁵⁵ S. Amorosino, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, cit., 47.

le infrastrutture sociali

secondo cui spetta allo Stato indicare i principi fondamentali del governo del territorio, tramite i quali sono individuati gli elementi in cui si risolve l'urbanizzazione secondaria, non dovrebbe spingersi sino a condizionare l'autonomia comunale di decidere come distribuire e localizzare le diverse tipologie di dotazioni infrastrutturali⁵⁶.

La questione va invece interpretata diversamente quando le regioni, destinatarie di fondi europei finalizzati all'attuazione di politiche settoriali, promuovono progetti e concorsi di idee cui i comuni possono partecipare con un riconosciuto margine di autonomia. In tal caso, nulla dovrebbe impedire che le proposte di nuove infrastrutture o di riqualificazione di quelle esistenti siano il frutto di processi decisionali condivisi tra amministrazione e cittadini, particolarmente quando sia in discussione il mutamento della destinazione d'uso delle infrastrutture sociali o la previsione di più usi temporanei sul medesimo bene. In questa direzione, un ausilio all'apertura dei processi decisionali alla compartecipazione nelle scelte potrebbe essere rintracciato nell'applicazione, per analogia, delle disposizioni relative al dibattito pubblico sulla localizzazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale di cui all'art. 22 del codice degli appalti e del correlato regolamento attuativo⁵⁷. O, ancora, nell'adozione di apposite disposizioni regolamentari dedicate alla condivisione delle funzioni di cura dei beni comuni urbani⁵⁸.

4. Il nodo dei finanziamenti

Alcune tendenze sistemiche permettono di ipotizzare che, nel prossimo decennio, i paesi dell'Unione europea saranno interessati da un rilevante aumento della domanda di servizi alla persona. Basti pensare all'effetto combinato derivante dall'aumento dell'età anagrafica della popolazione⁵⁹ e dal costante calo delle nascite, laddove nel primo caso cresce la richiesta di

⁵⁶ Lo ricorda F. Cortese, *Le infrastrutture per le città*, cit., 72-74.

⁵⁷ Si tratta del d.P.C. 10 maggio 2018, n. 76.

⁵⁸ Sul tema sia consentito, in generale, il rinvio a *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioli, Bologna, Il Mulino, 2017, anche per la bibliografia ivi richiamata.

⁵⁹ Si stima che nel 2060 il 30% degli abitanti avrà più di 65 anni, che una metà di questa percentuale sarà composta da individui che avranno più di 80 anni e che solo il 57% della popolazione sarà in età lavorativa: così F. Bassanini e F. Profumo, *Prologo*, in *Rilanciare le infrastrutture sociali in Italia*, a cura di E. Reviglio, in *ASTRID Rassegna*, 2020, 14,

sostegno alle cure socio-sanitarie e nel secondo quella di strutture di supporto all'infanzia e di politiche di accesso all'abitazione a prezzi sostenibili⁶⁰.

Le istituzioni europee non potranno, quindi, esimersi dal sostenere e dal rilanciare le politiche sociali⁶¹, nonostante vi sia l'urgenza di contenere la crisi economica indotta dalla pandemia globale e di favorire al contempo la ripresa dello sviluppo in tutta l'area euro. Si tratta, invero, di esigenze, non antitetiche poiché il superamento in modo stabile della fase recessiva è legato anche alla percentuale di investimenti destinati alle infrastrutture, nell'ambito delle quali, come si è detto, quelle sociali rappresentano un elemento fondamentale⁶².

Le risorse attualmente impegnate su tale fronte rischiano tuttavia di non essere sufficienti a soddisfare la domanda crescente di servizi, specialmente nelle aree urbane densamente popolate dove la riduzione delle risorse pubbliche disponibili incide gravemente sullo sviluppo locale⁶³, accrescendo la disaffezione dei cittadini rispetto all'azione delle istituzioni locali⁶⁴ nonché rafforzando le disuguaglianze esistenti tra i diversi gruppi sociali, favorite dall'assenza di strutture atte ad offrire nuove opportunità di sostegno alle esigenze personali e familiari.

A questo si aggiunge che l'assetto amministrativo del nostro sistema rappresenta, come già accennato, un elemento di forte diffidenza dal punto di vista degli investitori privati, soprattutto quelli extraeuropei che, pur avendo maggiori disponibilità di risorse dei partner nazionali⁶⁵, sono di-

⁶⁰ Come ricordano R. Prodi e E. Reviglio, *Un New Deal per l'Europa. Rilanciare le infrastrutture sociali*, in *Riv. pol. soc.*, 2019, 165 ss.

⁶¹ F. Bassanini e E. Reviglio, *Le politiche per gli investimenti e le infrastrutture*, in *L'Europa. Un'utopia in costruzione*, a cura di G. Amato, E. Moavero Milanesi, G. Pasquino e L. Reichlin, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2018.

⁶² Questo orientamento trova conferma nel *Report della High-Level Task Force on Investing in Social Infrastructure in Europe*, come sottolineato da L. Fransen, G. Del Bufalo, E. Reviglio, *Boosting Investment in Social Infrastructure in Europe, Report of the HLTF Force on Investing in Social Infrastructure in Europe chaired by Romano Prodi and Christian Sautter*, Discussion Paper, 074, January 2018.

⁶³ Nella realizzazione e manutenzione delle infrastrutture sociali sono infatti coinvolte, in primo luogo, le piccole e medie imprese insistenti sul territorio.

⁶⁴ Che sono percepite come inefficienti nel momento in cui non agiscono con progetti di sostegno alle politiche sociali urbane in grado di generare impatti positivi sui bisogni espressi dalla collettività.

⁶⁵ In particolare, «i Paesi emergenti con forti surplus monetari e finanziari» potrebbero «porsi il problema della diversificazione delle loro riserve e dei loro investimenti, e dunque valutare l'opportunità di destinarne una quota più rilevante all'area europea»: così F. Bassanini e E. Reviglio, *Nuovi strumenti per il finanziamento delle infrastrutture europee*, in *Il finanziamento dell'Europa*, a cura di M. T. Salvemini e F. Bassanini, Firenze, Passigli, 2010, 322.

le infrastrutture sociali

sposti ad impegnarsi solo a fronte di un percorso burocratico predefinito e stabile. L'incertezza nelle regole, infatti, non solo ostacola la collaborazione pubblico-privato, ma riduce la fattibilità dei progetti infrastrutturali sia ritardandone l'avvio, sia rendendo incerti i tempi delle fasi esecutive intermedie, che troppo spesso scontano modifiche regolatorie intervenute sulla base di ragioni contingenti al fine di soddisfare esigenze di stabilità dei conti pubblici⁶⁶.

Vi è poi il problema prima richiamato della limitata capacità professionale delle amministrazioni territoriali di impiegare efficacemente le risorse rese disponibili a valere su fondi europei o su stanziamenti statali, la cui utilità è stata fortemente accresciuta in subordine alla consistente riduzione degli investimenti in infrastrutture dovuta alla costante contrazione dei trasferimenti agli enti locali⁶⁷. Lo conferma il fatto che, nell'ambito della più generale diminuzione degli investimenti (stimata nel venti per cento nell'ultimo decennio⁶⁸), quella degli investimenti pubblici è dovuta per amplissima parte proprio alla mancata destinazione delle risorse per le opere realizzate e mantenute dai comuni⁶⁹.

D'altro canto, non si può sottovalutare come la crisi dovuta all'emer-

⁶⁶ Così R. Masera, *Dalle buone infrastrutture il rilancio della crescita*, Milano, Angelo Guerini e Associati, 2017, 88 ss. Sul tema, si legga anche A. Tonetti, *Investimenti infrastrutturali e (in) certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 1102, il quale ricorda che «dovendo i privati (operatori e finanziatori), in ragione della durata generalmente lunga del rapporto, valutare la convenienza non solo attuale ma anche prospettica dell'operazione – diventa cruciale poter contare, prima ancora che sulla qualità dell'assetto regolatorio sotteso all'investimento, sulla certezza e (ragionevole) stabilità dello stesso, con riguardo sia alla disciplina generale di settore sia alla disciplina convenzionale del singolo progetto» e Id., *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, *ivi*, 2013, 1157 ss.

⁶⁷ Tra le cause principali di tale diminuzione, con riferimento all'ultimo decennio, vi è senza dubbio l'imposizione, a livello europeo, del c.d. *Fiscal compact* e, a livello interno, del principio di pareggio di bilancio. Su questi temi, vedi G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 5, 461 ss., e R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact*, *ivi*, 469 ss.

⁶⁸ In merito, E. Reviglio, *Le infrastrutture sociali in Europa: le necessità di rilancio*, in *Strutture industriali e innovazione sistemica*, a cura di A. Quadro Curzio e M. Fortis, Bologna, il Mulino, 2019, 211.; Id., *Un piano europeo per gli investimenti nelle infrastrutture sociali*, in *Riv. pol. soc.*, 2017, 3.

⁶⁹ A riguardo, ricorda S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 153, che «dei 37 miliardi e mezzo del Fondo di sviluppo e coesione stanziati per il 2014-2020, nel 2019 risultavano impiegati poco meno del 12 per cento e spesi poco meno del 3 per cento». Lo stesso Autore evidenzia, inoltre, come «la disciplina dei contratti pubblici, costruita in funzione dei controlli e non dell'efficienza, ha finito per svolgere una funzione impeditiva, di frenare piuttosto che di accelerare l'affidamento e l'esecuzione di infrastrutture» (154).

genza sanitaria globale, tutt'ora in corso, abbia reso necessaria una inversione di tendenza (sia pure temporanea) nelle linee direttive delle politiche fiscali, ammettendo una maggiore flessibilità rispetto ai vincoli di bilancio e, allo stesso tempo, abbia favorito l'introduzione di interventi di sostegno e di promozione «miranti a incidere positivamente sui fattori strutturali della crescita e della competitività del sistema economico italiano». Tra tali fattori vi è il finanziamento delle infrastrutture e, in particolare, di quelle sociali⁷⁰.

Si è già detto che, nel sistema italiano, queste ultime sono largamente finanziate con risorse pubbliche. Sono però in fase di consolidamento anche strumenti e modalità di attrazione degli investimenti privati, realizzabili principalmente attraverso sinergie e forme di partenariato.

Quanto ai mezzi, i più rilevanti sono il Fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese⁷¹, e il Programma straordinario per la ristrutturazione edilizia e l'ammodernamento tecnologico del patrimonio sanitario⁷², che però opera solo in questo specifico settore. In entrambi i casi le somme stanziare sono state più volte rifinanziate ma appaiono insufficienti in rapporto alle domande di infrastrutture provenienti dai rispettivi ambiti di operatività. Inoltre, le risorse sono impiegate con difficoltà dalle amministrazioni destinatarie, tanto da risultare in parte ancora inutilizzate nonostante siano disponibili e vincolate.

Con riferimento agli investimenti privati, invece, il settore maggiormente interessato è, come accennato, quello del *social housing* nell'ambito del quale svolge una importante azione di promozione la Cassa depositi e prestiti s.p.a. operando mediante appositi strumenti rimessi alla sua gestione quale, ad esempio, il Fondo investimenti per l'abitare⁷³ il cui impiego richiede una collaborazione tra detta società e gli enti locali interessati. Nel campo dell'edilizia scolastica, invece, i privati sono stati coinvolti sia attraverso i Fondi immobiliari⁷⁴, sia con lo *School Bonus*⁷⁵, ma gli strumenti non hanno dato i risultati ipotizzati sia per le difficoltà di gestione, sia per la scarsità delle ri-

⁷⁰ Così F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, *Lo Stato promotore: una ricerca sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia*, in *ASTRID Rassegna*, 2021, 8.

⁷¹ Il Fondo è stato previsto dall'art. 1, c. 140, l. 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017).

⁷² Il Fondo è disciplinato dall'art. 20, l. 11 marzo 1988, n. 67.

⁷³ Questo strumento è stato istituito in attuazione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, al fine di realizzare il *Piano nazionale di edilizia abitativa*. Sul tema, si veda Cassa depositi e prestiti, *Social housing. Il mercato immobiliare in Italia: focus sull'edilizia sociale*, in *ASTRID Rassegna*, 2014, 13.

⁷⁴ Ai sensi della l. 4 aprile 2012, n. 35.

⁷⁵ Il bonus, che consiste in un credito di imposta, è stato previsto dalla l. 13 luglio 2015, n. 107.

sorse assegnate. Infine, nel settore dell'edilizia sanitaria vi sono stati tentativi di coinvolgere i privati attraverso forme di partenariato, ma l'azione promozionale ha mostrato numerosi limiti riconducibili, per lo più, alla mancanza di *expertise* delle amministrazioni nella gestione delle specifiche procedure⁷⁶.

5. Quali prospettive per la valorizzazione delle infrastrutture sociali?

L'attuale crisi sistemica, che ha dimensione globale e impatto trasversale sul tessuto economico e sociale, sta favorendo la reiterazione con intensità crescente di alcune dinamiche note, già emerse in passato che, tuttavia, ora si presentano con rinnovato vigore. In questo contesto così complesso, la realizzazione delle infrastrutture è una delle politiche più importanti per riavviare lo sviluppo economico e per arrestare la crisi. Le infrastrutture sociali, in particolare, permettono di rafforzare le interazioni e i legami che costituiscono il tessuto reticolare dentro cui la comunità si sviluppa e all'interno del quale operano le amministrazioni che «sono passate dalla piramide alla rete»⁷⁷.

Gli effetti positivi derivanti dalla loro realizzazione non si producono, però, solamente attraverso la costruzione delle opere e delle dotazioni in quanto la pertinenza e utilità delle infrastrutture va valutata in modo attento rispetto al contesto in cui queste saranno realizzate. In questo senso, si può dire che la fase di programmazione e quella di progettazione siano più rilevanti di quella di realizzazione.

D'altronde, come si è visto, neanche la disponibilità delle risorse è, da sola, garanzia di concreta fattibilità dei progetti cui è stato assegnato valore prioritario dal sistema politico locale poiché l'accessibilità potenziale ai finanziamenti non coincide con il loro effettivo utilizzo da parte delle amministrazioni territoriali. L'impiego delle risorse disponibili è, infatti, subordinato al rispetto puntuale delle procedure amministrative che trovano

⁷⁶ Gli strumenti di promozione dei finanziamenti che si sono sinteticamente illustrati, sono ricostruiti in modo approfondito da V. Bontempi che ha contribuito alla stesura dal capitolo coordinato da S. Screpanti e A. Vigneri, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in *ASTRID-IRPA, Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2021 (in corso di pubblicazione). Il contributo richiamato è disponibile, in versione estesa, come IRPA Working Paper – Policy Papers Series, *Gli investimenti in infrastrutture e l'intervento dello Stato «promotore»*, 2021, 3.

⁷⁷ S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, cit., 158.

applicazione, anche se con modalità differenti, sia a fronte di investimenti privati, sia nel caso di investimenti pubblici.

Da un lato, occorre, quindi, prestare attenzione ai due profili richiamati (quante risorse sono disponibili e quali sono le regole per poterle utilizzare). Dall'altro, però, è opportuno soffermarsi anche sulla configurazione che assume la relazione tra questi elementi per poter valutare, nel complesso, se il sistema amministrativo sta favorendo o meno la realizzazione delle infrastrutture sociali e, in caso negativo, quali riforme occorra mettere in campo per migliorare il contesto di riferimento. Torna qui nuovamente l'importanza del possesso di adeguate competenze tecniche che, nel caso in esame, permetterebbe, ad esempio, di non incorrere nella necessità di affidare all'esterno la fase di progettazione delle opere (con conseguente allungamento dei tempi di realizzazione) o di non subire un eventuale contenzioso dovuto alla illegittimità degli atti di gara⁷⁸.

Con riferimento, in particolare, a quest'ultimo aspetto, uno dei caratteri da non sottovalutare è dato dal grado di apertura che le procedure riconoscono alla partecipazione dei cittadini con il fine di accoglierne il contributo attivo. La valorizzazione delle istanze emergenti dalla collettività territoriale può, in particolare, avvenire sia nell'ambito dei processi decisionali finalizzati ad operare le scelte relative alla localizzazione di nuove infrastrutture sociali, sia rispetto alla progettazione a monte di forme e modelli di co-manutenzione e di co-gestione di tali infrastrutture, mediante la condivisione delle funzioni di cura dei luoghi cittadini.

In conclusione, se è vero che «l'importanza del tema infrastrutturale, ormai, può considerarsi quasi alla stregua di un luogo comune»⁷⁹, è altrettanto vero che tale riconoscimento impone di prestare attenzione specifica allo studio delle infrastrutture sociali e dei correlati profili amministrativi nonostante le infrastrutture economiche, per dimensione e per valore, si prestino ad essere più agevolmente indagate alla luce della relazione che sussiste tra Stato e mercato e della forma assunta dall'intervento pubblico nell'economia.

La ridotta dimensione fisica, la “polverizzazione” territoriale, la frammentazione delle procedure applicabili e la difficoltà di coinvolgere i privati nella realizzazione delle infrastrutture sociali sono elementi tipici della categoria esaminata. Non si tratta però di caratteri che ne affievoliscono

⁷⁸ Su questi temi, H. Caroli Casavola, *Cattiva amministrazione e «tecnici»*, in *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, a cura di A. Rallo e A. Scognamiglio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 309 ss.

⁷⁹ F. Cortese, *Le infrastrutture per le città*, cit., 69.

le infrastrutture sociali

l'importanza quanto, piuttosto, di elementi che richiedono una attenta considerazione delle regole previste e dei criteri di suddivisione delle funzioni tra i diversi livelli di governo. Questi profili meriterebbero, invero, di essere ulteriormente approfonditi per verificare, in primo luogo, se l'assenza di un quadro normativo unitario di riferimento non possa essere un elemento favorevole invece che penalizzante. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di applicare un regime dominicale mutevole alle infrastrutture sociali in luogo di una disciplina rigida e predefinita così che, senza trascurare i principi contenuti nel codice appalti e nelle altre norme generali di riferimento, sia possibile valorizzarne le puntuali caratteristiche in rapporto alla specifica destinazione d'uso.

Non vi è dubbio, quindi, che la categoria in esame presenti, allo stato attuale, ancora diverse incertezze rispetto al suo inquadramento teorico. Tuttavia, allo stesso tempo, sembra prospettare all'interprete uno scenario evolutivo di grande interesse scientifico nonché di evidente rilievo sistemico. Le infrastrutture sociali rappresentano, infatti, una componente fondamentale per la piena realizzazione dei progetti contenuti nel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* attualmente in discussione che, come si è visto, dedica loro ampio spazio e ingenti risorse, considerandole una priorità imprescindibile ai fini della ricostruzione e del rinnovamento del nostro sistema Paese.

Abstract

The paper deals with the relationship between infrastructure and economic development, focusing on the category of social infrastructure. Given the absence of a systematic legislative framework, the analysis considers some of the existing provisions to outline their contents and characteristics. Social infrastructures are examined in the context of the Italian administrative system, tackling the criticisms posed by the relationships between levels of government, by the implementation procedures, by the need of technical skills and, lastly, by the financing instruments, with specific reference to the sectors of school, health and social housing construction. The conclusions highlight the need to strengthen European and national policies aimed at the creation of social infrastructures, which should be supported by an adequate framework of legal rules, capable of guaranteeing certainty for investors but also, at the same time, of encouraging the flexibility of public choices.

ARTICOLI

JACOPO BERCELLI

LA REALIZZAZIONE DI OPERE PUBBLICHE DI INTERESSE LOCALE IN SUSSIDIARIETÀ*

SOMMARIO: 1. L'affermazione e la progressiva estensione del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento amministrativo. – 2. La disciplina positiva della realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà dettata dal vigente codice dei contratti pubblici (art. 189, c. 2-5, d.lgs. n. 50/2016). – 3. L'inquadramento sistematico di tale disciplina nel codice dei contratti pubblici: profili critici. – 4. Distinzione e affinità tra «Interventi di sussidiarietà orizzontale» ex art. 189 e «Opera pubblica realizzata a spese del privato» ex art. 20, d.lgs. n. 50/2016. – 5. L'errato inquadramento sistematico dell'intervento in sussidiarietà nel codice dei contratti pubblici e nel Partenariato pubblico privato. – 6. Il “sicuro impatto sociale” e l'errato inquadramento sistematico della disciplina in commento. – 7. La necessità del regolamento locale e la difficoltà della sua elaborazione. – 8. Il regolamento locale di attuazione e i principi applicabili ai contratti esclusi ex art. 30 del codice.

1. L'affermazione e la progressiva estensione del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento amministrativo

Dopo la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale¹,

* Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “Processi decisionali e fonti del diritto” nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona “Diritto, Cambiamenti e Tecnologie”.

¹ Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 2003; G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 179 ss.; G. Arena, *La sussidiarietà come fattore di riforma dell'amministrazione*, in G. D'Alessio e F. Di Lascio, *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla “Riforma Bassanini*, Torino, Giappichelli, 2009, 222 ss.; A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603 ss.; A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 17 ss.; P. Duret, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004, *passim*; P. Duret, *Il principio di sussidiarietà*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione del Veneto*, Torino, Giappichelli, 2013, 345 ss.

è individuabile una linea di sviluppo nel senso della progressiva introiezione di tale principio nel nostro ordinamento positivo².

Con l'approvazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 tale principio è arrivato ad inserirsi anche nel nuovo codice dei contratti pubblici.

L'analisi della disciplina positiva dettata dal legislatore per l'“incontro” tra spirito di sussidiarietà e realizzazione di opere pubbliche di interesse locale appare molto interessante, per verificare se e come il principio di sussidiarietà orizzontale dettato dall'art. 118, c. 4 Cost., riesca a farsi disciplina realmente ed efficacemente operante in un settore così importante e critico del nostro ordinamento come quello della realizzazione delle opere pubbliche.

Come vedremo, infatti, le incertezze interpretative e applicative cui questo incontro dà luogo sono significative, a partire dallo stesso inquadramento sistematico di tale disciplina nell'ambito del codice dei contratti pubblici.

2. La disciplina positiva della realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà dettata dal vigente codice dei contratti pubblici (art. 189, c. 2-5, d.lgs. n. 50/2016)

L'art. 189, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, descrive e disciplina una fattispecie complessa, il cui nucleo centrale è rappresentato da un procedimento amministrativo volto alla realizzazione di opere pubbliche di interesse locale, ossia di opere che – una volta realizzate – vengono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente locale competente³.

² Cfr. la sentenza C. cost., 26 giugno del 2020, n. 131, relativa all'art. 55 del codice del terzo settore, dove si evidenzia come tale norma «disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma Cost.». Tale norma infatti «realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» in espressa attuazione dell'art. 118, ultimo comma Cost.

La progressiva emersione del principio di sussidiarietà nei servizi alla persona e alla comunità è evidenziata da G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85 ss. Il ruolo effettivo svolto dal principio di sussidiarietà nei servizi sociali è approfondito in chiave critica da E. Ferrari, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss. Con riferimento al settore della scuola, della sanità, della previdenza e dell'assistenza, cfr. G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.

In relazione all'ordinamento degli enti locali, si ricorda che l'art. 3, c. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 stabilisce che «I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali».

³ Sulla circostanza che in generale l'oggetto delle norme e dei regolamenti che disci-

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

Si tratta di una modalità generale di realizzazione di opere pubbliche di interesse locale, nel senso che non vi è alcuna limitazione riferita al tipo di opera pubblica⁴.

Elemento caratterizzante di questo istituto è l'individuazione legislativa del soggetto proponente: un «gruppo di cittadini organizzati».

È solo un gruppo di cittadini organizzati, infatti, il soggetto che può determinare l'applicazione di questo istituto specifico, presentando all'ente locale territoriale una «proposta operativa di pronta realizzabilità» di un'opera pubblica di interesse locale.

Dunque la proposta deve essere “operativa” e “di pronta realizzabilità”: nell'incertezza terminologica e nell'assenza di indicazioni nelle definizioni dell'art. 3 del codice, si può ritenere che “operativa” significhi che vi deve essere un progetto esecutivo, e che “di pronta realizzabilità” stia ad indicare che l'opera è già prevista nell'ambito di strumenti e programmi urbanistici (similmente a quanto espressamente previsto dall'art. 20, c. 1 per le opere pubbliche realizzate a spese del privato)⁵.

A fronte della presentazione di una proposta con tali caratteristiche, all'ente locale territoriale viene affidato un ruolo attivo e decisivo ai fini del prosieguo della procedura. La norma infatti prevede che l'ente locale “provvede sulla proposta”, «fornendo prescrizioni ed assistenza». L'indicazione della norma è molto generale e ampia, ma comunque da essa si possono trarre alcune indicazioni.

In primo luogo, si desume che all'ente locale viene affidato il potere

plinano i patti di collaborazione sia «proprio un procedimento amministrativo» ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241, cfr. F. Gigliani, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingeri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 275.

⁴ Per un'indicazione delle opere che possono essere oggetto della norma in esame cfr. *Codice dei contratti pubblici, Commento articolo per articolo*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Roma, 2017, 971, ove si indicano a titolo esemplificativo quali possibili oggetti della realizzazione prevista dalla norma in esame le seguenti opere: «per quanto attiene alla viabilità, la realizzazione di piste ciclabili o l'ampliamento di arterie di collegamento locali quali raccordi o tangenziali; per quanto riguarda l'igiene pubblica può pensarsi al potenziamento degli impianti di depurazione in località a diversa intensità stagionale; o ancora, sotto il profilo culturale, alla realizzazione di teatri o di spazi espositivi o destinati agli spettacoli musicali».

⁵ Cfr., *ut supra*, 971, ove si osserva che «Con riguardo alla tipologia di intervento ammesso, la formulazione della norma induce a ritenere che i cittadini vengano coinvolti prevalentemente nella fase progettuale. È quanto desumibile dal fatto che il gruppo organizzato debba semplicemente presentare una proposta all'ente, laddove la genericità del dato testuale sembra ammettere che l'esecuzione dell'opera venga materialmente curata anche da soggetti differenti da quelli proponenti, i quali del resto potrebbero essere privi delle capacità tecniche e delle risorse necessarie».

di approvare o non approvare la proposta, sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale⁶. A questo potere si accompagna quello di fornire prescrizioni, ossia di integrare e modificare la proposta stessa. Il potere di imporre prescrizioni, in assenza di limitazioni poste dalla norma, incontrerà solo i limiti che derivano dall'applicazione dei principi generali, ossia anzitutto da quelli di ragionevolezza e proporzionalità.

E fino a qui siamo nell'ambito di un normale procedimento autorizzativo, in cui l'amministrazione non è vincolata all'alternativa autorizzare/non autorizzare, ma può anche autorizzare con prescrizioni ossia autorizzare a condizione che il progetto venga integrato e modificato.

L'elemento che viene aggiunto rispetto alla previsione di un normale potere amministrativo autorizzativo è rappresentato dall'indicazione all'ente locale di fornire "assistenza", ossia contribuire positivamente e fattivamente alla individuazione, analisi e risoluzione di tutti i problemi, tecnici e amministrativi, in cui la proposta presentata possa incorrere.

Viene dunque individuato con chiarezza un dovere di collaborazione a tutto tondo, che va al di là di quel dovere di soccorso istruttorio già conosciuto nel nostro ordinamento quale logico corollario dei principi di imparzialità e buon andamento⁷, e che va certamente connesso alla circostanza che il soggetto proponente non è, non può e non deve essere un operatore professionale del settore, ma è necessariamente un gruppo di cittadini, che opera in "spirito di sussidiarietà".

In altre parole, lo spirito di sussidiarietà con il quale viene formulata la proposta si riflette anche sull'ente pubblico ricevente, ossia sull'atteggiamento con il quale l'ente pubblico esamina e tratta la proposta stessa, obbligandolo – giuridicamente – ad un'attività di "assistenza" che nel normale rapporto amministrativo con il privato non è dovuta.

È importante altresì sottolineare come, a fronte della generalità della disposizione dettata, il legislatore abbia previsto che siano gli stessi enti locali

⁶ Il carattere ampiamente discrezionale delle valutazioni da compiere da parte dell'ente pubblico nelle fattispecie di sussidiarietà orizzontale in generale è sottolineato da G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 47 ss.

⁷ L'istituto del soccorso istruttorio è oggi espressamente previsto e disciplinato nell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, e – come rilevato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – dal punto di vista sistematico «rappresenta un'applicazione del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. n. 241/1990, che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara»: D. Senzani, *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2019, 424-425.

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

territoriali a dover disciplinare in modo compiuto – con apposito regolamento, in attuazione dell'art. 117, c. 6, Cost. – tutta l'attività e i procedimenti previsti da questo secondo comma dell'art. 189⁸.

Dunque vi dovrà necessariamente essere un regolamento comunale o provinciale che disciplini in modo compiuto e dettagliato le modalità di presentazione della proposta da parte del gruppo di cittadini organizzati, le modalità attraverso le quali l'ente locale competente può coinvolgere nel procedimento altri "eventuali soggetti, enti ed uffici interessati", la fase istruttoria e quella decisoria del procedimento.

Quanto alla disciplina del procedimento amministrativo, ovviamente l'ente locale dovrà dettare le norme procedurali nel rispetto dei principi e nell'osservanza dei limiti fissati dall'art. 29, l. 7 agosto 1990, n. 241⁹.

In particolare, il regolamento dovrà necessariamente considerare, ai sensi dell'art. 29, c. 2-bis, l. n. 241/1990, che il legislatore statale ha fissato un termine perentorio di conclusione del procedimento di due mesi dalla presentazione della proposta. L'art. 189, c. 3, stabilisce infatti che se entro il termine di due mesi dalla presentazione della proposta l'ente locale non ha provveduto, la proposta si intende respinta; e che entro il medesimo termine, l'ente locale può deliberare in modo motivato l'approvazione della proposta «regolando le fasi essenziali del procedimento e i tempi di esecuzione» dell'opera.

Il legislatore statale, dunque, da una parte, ha previsto la durata massima del procedimento *ex art.* 29, c. 2-bis, l. n. 241/1990, e dall'altra ha altresì voluta espressamente escludere questa fattispecie dal "rischio" che ad esso fosse applicabile l'art. 20 della medesima l. n. 241/1990 sul silenzio assenso, e per questo ha previsto il silenzio rigetto. Infatti, l'art. 20, c. 4 prevede che le disposizioni sul silenzio assenso non si applicano ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza.

Alla luce della potestà legislativa statale esclusiva in tema di durata massima dei procedimenti, non sembra che il regolamento locale possa né allungare o abbreviare tale termine, né attribuire al responsabile del procedimento la possibilità di prolungare lo svolgimento del procedimento oltre i due mesi dalla presentazione della proposta, neppure quando questo fosse reso necessario dallo svolgimento di quel ruolo di "assistenza" che la legge stessa gli attribuisce.

⁸ Sul ruolo fondamentale che la potestà regolamentare degli enti locali gioca con riferimento ai patti di collaborazione in generale, cfr. F. Giglioni e A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, cit., 273.

⁹ Cfr. G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. n. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010, n. 3.

De iure condendo si può ritenere che il ricorso alla figura del silenzio rigetto non appaia “filosoficamente” in linea con lo spirito della sussidiarietà, ossia di un rapporto di piena collaborazione tra privati e pubblica amministrazione.

Si ha la sensazione che il legislatore applichi a un istituto nuovo e “diverso” qual è – già sotto il profilo costituzionale – l’intervento in sussidiarietà, meccanismi – quale il silenzio rifiuto – pensati in passato per regolare un rapporto tendenzialmente conflittuale tra pubblica amministrazione e privato.

Nella logica di un rapporto conflittuale il formarsi del silenzio rigetto alla scadenza del termine perentorio di conclusione del procedimento svolgeva un ruolo positivo e di garanzia, in quanto consentiva al privato l’immediato ricorso giurisdizionale¹⁰; ma tale meccanismo con evidenza non ha il medesimo significato positivo nell’ambito di un intervento svolto nello spirito della sussidiarietà.

La norma si completa con la previsione secondo cui le spese compiute dai cittadini per la formulazione della proposta e per la realizzazione dell’opera sono ammesse in detrazione d’imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute. Si tratta di una previsione di incentivazione fiscale, utilizzata dal legislatore molto spesso e in uno spettro amplissimo di casi.

3. L’inquadramento sistematico di tale disciplina nel codice dei contratti pubblici: profili critici

La prima osservazione che si deve fare in relazione alla disciplina contenuta nell’art. 189, c. 2-5 attiene al suo inquadramento sistematico.

¹⁰ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 253 evidenza come, nelle non molte ipotesi di silenzio-diniego tassativamente previste dalla legge, contro questo tipo di atto di diniego tacito può essere proposto ricorso secondo le normali regole vigenti per il processo amministrativo.

Per un’indicazione delle non molte ipotesi di silenzio rigetto previste dal nostro ordinamento, cfr. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi Editore, 2005, 717.

Nei manuali più recenti non molta attenzione viene oggi dedicata all’istituto del silenzio rigetto, considerata applicabile solo a fattispecie eccezionali: cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2020, 303. Tale istituto riceveva molto più spazio nei manuali più risalenti, cfr. per tutti A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 676. Sulla modificazione del quadro relativo al silenzio rigetto nel nostro ordinamento, cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 288. Sulla nascita del silenzio rigetto in relazione al ricorso gerarchico, cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 155.

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

Infatti, l'istituto della realizzazione delle opere pubbliche in sussidiarietà, secondo la disciplina descritta nel paragrafo precedente, è stato inserito, e dunque collocato dal punto di vista sistematico, nell'ambito del codice dei contratti pubblici.

Tale collocazione sistematica ha tuttavia suscitato nella dottrina e suscita fondate perplessità¹¹.

Infatti, se si esamina la disciplina positiva dettata, tale istituto non pare essere in realtà né un contratto di appalto né un contratto di concessione né un contratto di partenariato pubblico privato.

Nell'ambito di questo istituto mancano infatti il requisito della onerosità e lo scambio di prestazioni corrispettive che invece espressamente caratterizzano sia l'appalto sia la concessione sia il partenariato (cfr. le definizioni contenute nell'art. 3, d.lgs. n. 50/2016)¹².

Infatti, come sottolineato anche recentissimamente dalla Corte di Giustizia UE, sez. IV, nella sentenza 10 settembre 2020, in causa C-367/2019, «“Un contratto a titolo oneroso” designa un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta

¹¹ Cfr. F. Giglioni e A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, cit., 275, dove con riferimento ai patti di collaborazione in generale si afferma che «I patti di collaborazione non hanno per oggetto, né totalmente né prevalentemente, rapporti patrimoniali, dal momento che, se fosse altrimenti, dovrebbero rispettare la disciplina dei contratti pubblici. Il carattere civico e sociale delle iniziative, spiegato dal regolamento [locale] che le presiede, sottrae loro dall'enucleazione nel regime dei contratti pubblici, che invece sono caratterizzati dall'onerosità».

¹² Cfr. l'art. 3, c. 1, lett. *eee*), «“contratto di partenariato pubblico privato”, il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore»; l'art. 3, c. 1, lett. *ii*): «“appalti pubblici”, i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi»; l'art. 3, c. 1, lett. *uu*): «“concessione di lavori”, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere».

quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico» e ciò anche se «Il relativo corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito».

Ebbene, caratteristica specifica della realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà (e in generale dello “spirito di sussidiarietà”) è proprio l’assenza di qualsiasi forma di corrispettivo, neppure nella forma “estrema” consentita dall’ordinamento comunitario, del mero rimborso delle spese sostenute. Infatti l’art. 189, c. 2 espressamente prevede che non vi possa essere alcun onere per l’ente locale che acquisirà la proprietà dell’opera (“senza oneri per l’ente medesimo”), dunque neppure nella forma del rimborso delle spese sostenute dai cittadini.

Ma allora, se l’istituto in oggetto non è un contratto pubblico, ci si può chiedere perché esso sia stato inserito e disciplinato nell’ambito del codice dei contratti pubblici e specificamente nell’ambito dei contratti di partenariato pubblico privato. Ma soprattutto ci si deve chiedere se vi siano e quali siano le conseguenze giuridiche di tale inquadramento sistematico.

Per cercare una risposta alle domande di cui sopra si può cominciare dal confrontare la disciplina dell’art. 189 con quella dettata dall’art. 20 del medesimo codice dei contratti pubblici.

4. Distinzione e affinità tra «Interventi di sussidiarietà orizzontale» ex art. 189 e «Opera pubblica realizzata a spese del privato» ex art. 20, d.lgs. n. 50/2016

La fattispecie dell’opera pubblica realizzata a spese del privato ex art. 20 è certamente collocata molto distante, nella “geografia” del codice, dalle opere pubbliche in sussidiarietà ex art. 189, e quindi le due norme trovano una collocazione sistematica diversa. L’art. 20 è collocato tra le fattispecie escluse dell’applicazione del codice, mentre l’art. 189 si trova nel capo dedicato al partenariato pubblico privato.

Nonostante ciò, vi sono alcune evidenti affinità “di sostanza” tra i due istituti, che possono essere utilmente considerate nell’interpretare il contenuto dispositivo dell’art. 189.

L’art. 20 è una norma di esclusione dall’applicazione del codice.

In particolare, l’art. 20 esclude dall’applicazione del codice il caso in cui un’amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni a realizzare, a sua totale cura e spesa,

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, un'opera pubblica, nell'ambito degli strumenti urbanistici vigenti. La norma prevede che l'amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuti che il progetto, i tempi e lo schema dei contratti di appalto siano coerenti con gli strumenti urbanistici. Infine, il terzo comma dispone che la convenzione debba necessariamente disciplinare le conseguenze per il caso in cui il soggetto realizzatore si renda inadempiente, prevedendo anche eventuali penali a suo carico o poteri sostitutivi in capo all'amministrazione.

L'elemento centrale e caratterizzante dell'istituto dell'art. 20 è dunque che l'opera pubblica viene realizzata da un soggetto esterno rispetto all'amministrazione "a sua totale cura e spesa".

Questo elemento deve essere sostanziale, nel senso che la realizzazione dell'opera da parte del soggetto privato deve essere effettivamente connotata da liberalità o gratuità.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del nuovo Codice (parere 1° aprile 2016, n. 855), la norma non può applicarsi ai casi in cui l'assunzione di opere pubbliche costituisca, in realtà, la controprestazione del privato a fronte dello scomputo di oneri economici di urbanizzazione e costruzione di opere private.

Dunque, come evidenziato anche dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con la delibera 16 luglio 2016, n. 763 l'istituto contemplato dall'art. 20 del codice non può trovare applicazione nel caso in cui la convenzione abbia ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche da parte del privato in cambio del riconoscimento in suo favore di una utilità, con conseguente carattere oneroso della convenzione stessa. E il carattere oneroso della convenzione deve ritenersi sussistente in tutti i casi in cui al privato venga riconosciuto un corrispettivo, o in danaro o come diritto di sfruttamento dell'opera ovvero mediante cessione in proprietà o godimento di altri beni. In tutti questi casi, infatti, la convenzione avrebbe natura contrattuale, vi sarebbe uno scambio sinallagmatico, e pertanto la fattispecie sarebbe da ricondurre nella categoria dell'appalto pubblico di lavori, con il conseguente necessario rispetto delle procedure ad evidenza pubblica previste dal codice.

Dunque, affinché possa trovare effettiva applicazione l'art. 20 è cruciale che l'opera sia realizzata a totale cura e spesa del privato, ossia senza che egli abbia a ottenere dall'amministrazione, neppure indirettamente, alcuna utilità.

Sotto questo profilo, vi è un'evidente affinità tra l'elemento caratterizzante dell'art. 20 e la realizzazione dell'opera pubblica locale in sussidiarietà ex art. 189: in entrambi i casi l'opera deve essere realizzata senza oneri per l'amministrazione che diverrà proprietaria dell'opera pubblica.

Nel caso dell'art. 20, alla base di tale realizzazione da parte del privato

vi deve essere uno “spirito di liberalità e gratuità”; nel caso dell’art. 189, l’intervento del gruppo organizzato di cittadini deve essere guidato dallo “spirito di sussidiarietà”.

Certo, lo spirito di liberalità e quello di sussidiarietà sono concetti diversi, che richiamano anche sistematiche giuridiche diverse.

Tuttavia, dal punto di vista dell’applicazione del codice dei contratti pubblici e specificamente ai fini dell’applicazione del principio di tutela della concorrenza, appare prevalente il dato “materiale” che unisce i due istituti, rispetto a quello “spirituale” della diversità di *animus* dei privati realizzatori dell’opera.

E tuttavia, pur a fronte di questo dato “materiale” unificante, l’inquadramento sistematico che il Codice offre ai due istituti è radicalmente diverso.

L’art. 20 esclude dall’applicazione del codice dei contratti pubblici la realizzazione dell’opera pubblica a spese del privato.

L’art. 189, invece, inserisce l’intervento in sussidiarietà nell’ambito della disciplina del partenariato pubblico privato.

Il fatto che la realizzazione di un’opera pubblica realizzata a spese del privato sia sottratta all’applicazione del codice dei contratti pubblici significa che alla stipulazione di questa convenzione tra la pubblica amministrazione e il privato realizzatore e finanziatore non si applicano le disposizioni del codice stesso, ma solo i principi fissati nell’art. 30.

Agli interventi in sussidiarietà orizzontale, invece, si dovrebbero applicare intere parti del codice. L’art. 179, infatti, concernente la disciplina comune applicabile a tutti gli istituti di partenariato pubblico-privato, prevede che ad essi si applichino sia le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili, sia le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l’importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all’art. 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all’art. 164, c 2.

Dunque, l’art. 179 (rubricato «Disciplina comune applicabile») – a rigore – parrebbe estendere agli interventi in sussidiarietà interi gruppi di disposizioni, puntualmente e direttamente applicabili, sia pure nei limiti della compatibilità¹³.

¹³ Cfr. C. Contessa, *PPPC: Modello generale*, in *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, vol.V, *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2019, 220 – 221.

5. L'errato inquadramento sistematico dell'intervento in sussidiarietà nel codice dei contratti pubblici e nel partenariato pubblico privato

La circostanza che la convenzione dell'art. 20, caratterizzata da una logica di liberalità e gratuità, venga sottratta alle disposizioni del codice, soggiacendo solo ai relativi principi, contribuisce a rendere evidente come sia – invece – sostanzialmente errato sottoporre a interi gruppi di disposizioni del Codice dei contratti pubblici l'istituto della realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà.

Entrambi i tipi di intervento sono, infatti, rappresentati dalla medesima gratuità.

Di più, si può affermare che l'intervento in sussidiarietà sia maggiormente estraneo alla logica del codice dei contratti pubblici rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica a spese del privato. La sussidiarietà è qualcosa di ancora più caratterizzato rispetto alla mera gratuità. E ciò trova conferma anche in un elemento normativo specifico: premesso che nessuna delle due norme parla di “contratto” tra il privato e l'amministrazione, tuttavia l'art. 20 prevede la stipulazione tra le due parti di una “convenzione” la quale contenga anche penali a carico del privato che si renda inadempiente; invece, l'art. 189 non prevede neppure la stipulazione di una convenzione tra le due parti, distaccandosi dunque ancora di più dalla logica contrattuale.

D'altra parte la maggioranza dei commentatori del codice dei contratti pubblici hanno evidenziato come l'istituto disegnato dall'art. 189, c. 2-5 non sia riconducibile alla nozione di partenariato, come definito in via generale nell'art. 3, c. 1, lett. *eee*), d.lgs. n. 50/2016¹⁴.

¹⁴ Il riferimento principale è alle posizioni espresse da C. Contessa, *Gli altri PPPC tipizzati*, in *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, V, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 296; G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 200 – 202; G. Fidone, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo Codice*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariato pubblico privato*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013.

Diverso appare l'approccio espresso nel *Codice dei contratti pubblici, Commento articolo per articolo*, cit., 972-973, dove invece – seguendo un percorso argomentativo inverso – si parte dal presupposto che «La collocazione dell'art. 189 nel corpo del Codice è certamente indicativa della riconducibilità degli interventi di sussidiarietà orizzontale nell'ambito dei contratti di partenariato pubblico privato», per trarne la conseguenza che «In tal senso, quindi, gli interventi in questione devono necessariamente rispondere al modello base del contratto di partenariato pubblico privato così come definito dall'art. 3, comma 1, lett. *eee*) del Codice, là dove l'onerosità viene annoverata tra i requisiti essenziali del contratto», trovando in qualche modo il requisito dell'onerosità nelle misure di incentivazione fiscale previste.

In particolare, nell'istituto dell'art. 189 mancano almeno due elementi centrali degli istituti del partenariato pubblico privato. Manca il carattere di operatore economico del partner privato, chiamato a operare in modo professionale in alternativa all'amministrazione; e manca del tutto la centralità del criterio di allocazione del rischio operativo di gestione, il quale rappresenta invece il punto fondamentale della stessa nozione di partenariato contrattuale¹⁵.

In sintesi, appare convincente la riflessione generale compiuta dalla dottrina secondo cui «al di là della commistione che talvolta viene operata tra i due ambiti, la figura della sussidiarietà in senso orizzontale e quella del PPP rispondono a logiche del tutto diverse e non possono condurre ad ingiustificate assimilazioni»; «non è infatti condivisibile la tesi (peraltro, piuttosto diffusa) volta a riguardare le diverse forme di PPP contrattuale come altrettante declinazioni del principio di sussidiarietà in senso orizzontale ai sensi dell'art. 118, comma 4 Cost. Profondamente diverse sono infatti le ragioni fondanti dell'enucleazione dei due diversi modelli (il primo destinato ad operatori economici in senso proprio; il secondo destinato ai cittadini singoli e alle formazioni sociali)»¹⁶.

La conclusione dei commentatori è dunque nel senso che l'inclusione

Per facilità di lettura si riporta la nozione di «contratto di partenariato pubblico privato» contenuta nell'art. 3 del codice: «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore».

Sui contorni incerti della categoria del partenariato pubblico privato nel nuovo codice, cfr. F. Di Cristina, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 482 ss.

¹⁵ Cfr. C. Contessa, *Gli altri PPPC tipizzati*, in *Concessioni di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, cit., 2019, 296.

¹⁶ Cfr. C. Contessa, *Gli altri PPPC tipizzati*, ut supra, 297.

Molto critico circa l'inserimento di tale istituto all'interno del Codice dei contratti pubblici appare G. Fidone, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo Codice*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariato pubblico privato*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, cit., il quale evidenzia come tale istituto, in quanto espressione del principio di sussidiarietà, risponde a una logica completamente diversa da quella che regge il settore della contrattualistica pubblica, arrivando alla conclusione che «Se proprio si volessero mantenere [gli istituti riconducibili alla sussidiarietà] all'interno del Codice, tali contratti dovrebbero essere più correttamente inseriti tra i contratti esclusi e non tra i PPP».

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

della realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà nel capo del codice dedicato alle forme di partenariato contrattuale sembra da ascrivere più alla difficoltà pratica di rinvenire un'alternativa *sedes materiae* adeguata, che non a convincenti ragioni di ordine sistematico e ricostruttivo¹⁷.

D'altra parte, tale conclusione trova conferma nell'osservazione che la norma contenuta nell'art. 189, c. 2-5 non nasce nel contesto del codice dei contratti pubblici.

L'art. 189, infatti, riproduce in modo integrale una norma nata in un decreto legge del 2008 per la ripresa economica, ossia l'art. 23, d.l. 28 novembre 2008, n. 185, rubricato «Detassazione di microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito della sussidiarietà». Il contenuto della norma era identico a quello attuale, ma la rubrica era assai più chiara.

Ed è sulla base di questa norma del 2008 che sono stati elaborati ed approvati da alcuni comuni i regolamenti previsti dalla norma medesima. Si possono citare, tra i più significativi, il regolamento approvato dal comune di Ascoli Piceno nel 2010 («Regolamento per la realizzazione di microprogetti di interesse locale»), e il regolamento approvato dal comune di Bologna con delibera di consiglio comunale del 2011 («Regolamento per la realizzazione di microprogetti di miglioramento dello spazio pubblico da parte della Società civile»).

È solo nel 2016 che siffatta disposizione normativa viene inserita nel codice dei contratti pubblici. E la commissione speciale del Consiglio di Stato, nel dare il parere sullo schema generale del codice con l'atto n. 855/2016, si è astenuta dal dare un giudizio sulla coerenza sistematica dell'inserimento di tale norma nell'ambito del Partenariato pubblico privato (PPP) e dello stesso codice, limitandosi a giustificare l'inserimento degli istituti della sussidiarietà nel codice sulla base della considerazione che essi «quali forme di partenariato sociale, sebbene figure di minor rilievo economico, sono state reputate di sicuro impatto sociale».

Oggi, a distanza di dodici anni dalla entrata in vigore della norma in commento con il d.l. del 2008 e di quasi cinque anni dal suo inserimento nel codice dei contratti pubblici del 2016, ci si può soffermare a valutare se si sia effettivamente prodotto quel “*sicuro impatto sociale*” di cui parlava il Consiglio di Stato, ponendo in relazione tale impatto con il già descritto errato inquadramento sistematico di questa disciplina nel codice dei contratti pubblici.

¹⁷ Cfr. C. Contessa, *Gli altri PPPC tipizzati, ut supra*, 297.

6. Il “sicuro impatto sociale” e l’errato inquadramento sistematico della disciplina in commento

Affinché un istituto giuridico innovativo relativo alla collaborazione tra pubblico e privato nella realizzazione di opere pubbliche abbia un «sicuro impatto sociale», è anzitutto necessario che la sua disciplina sia chiara e definita, o almeno siano chiaramente individuabili i principi generali che la reggono. È solo sulla base di una situazione di certezza del diritto che ci si può fondatamente attendere che le pubbliche amministrazioni e i privati ricorrano in modo socialmente significativo ad un istituto giuridico così innovativo e dunque totalmente slegato dalle prassi tradizionalmente praticate nelle nostre amministrazioni pubbliche locali¹⁸.

Al contrario, non solo la disciplina contenuta nell’art. 189, c. 2-5 non è chiara e completa, ma soprattutto non è definito quali siano i principi generali che reggono tale istituto, e che possono colmare le lacune e risolvere i problemi interpretativi che necessariamente nascono da una disposizione innovativa come quella in esame.

La mancanza di principi generali di riferimento deriva da due elementi principali.

Il primo è rappresentato dal fatto, già evidenziato, che l’istituto in esame non può considerarsi un contratto di partenariato pubblico privato, e dunque ad esso non si possono applicare i principi che reggono tale modello generale.

¹⁸ Il ruolo della “prassi” è in concreto assai rilevante nel concreto e quotidiano operare delle pubbliche amministrazioni, anche locali, in Italia. E ciò nonostante la prassi non sia una fonte del nostro ordinamento amministrativo, e la violazione della prassi possa semplicemente rilevare, quando non accompagnata da una motivazione, come figura sintomatica dell’eccesso di potere, in quanto rivelatrice di una disparità di trattamento o comunque di una irragionevolezza nel comportamento della pubblica amministrazione agente. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., che colloca la prassi nell’ambito delle norme interne delle amministrazioni (94): «Una specie sui generis di norme interne è costituita dalla prassi amministrativa, cioè dalla condotta uniforme assunta nel tempo dagli uffici in relazione alle valutazioni compiute e alle decisioni prese in casi analoghi. Il principio di coerenza che presiede all’esercizio dell’attività degli uffici fa sì che i precedenti, una volta consolidatisi, acquistino in un certo senso una forza normativa. Infatti, essi devono essere tenuti in debito conto in occasione di successivi casi di svolgimento dell’attività e diventano vincolanti ove non sussistano ragioni particolari per discostarsene»; nonché le sempre precise indicazioni di A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 80, in cui si precisa che: «Sempre che sia legittima, l’Amministrazione non può tuttavia, senza incorrere in eccesso di potere, discostarsene in un singolo caso, né modificarla, se non in base a congrue ragioni giustificatrici».

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

Il secondo si sostanzia nella circostanza che dal 2008 ad oggi non si sono formati su questa norma principi giurisprudenziali, i quali sarebbero fondamentali per ricostruire in modo chiaro e completo tale disciplina¹⁹.

Da un esame delle banche dati di giurisprudenza, emerge una sola sentenza che si sia occupata di questo istituto, peraltro prima del suo inserimento nel Codice dei contratti pubblici.

Ci si riferisce alla pronuncia TAR Puglia, Bari, 5 dicembre 2013, n. 1642, nella quale il giudice amministrativo si è però concentrato sul rapporto tra il procedimento di approvazione del progetto previsto dalla norma speciale sui microprogetti in sussidiarietà e la disciplina generale del permesso di costruire, arrivando a configurare espressamente la procedura speciale come alternativa rispetto a quella del permesso di costruire²⁰.

La carenza di pronunce giurisprudenziali (e quindi di controversie) sull'applicazione di tale istituto, dopo ben dodici anni dalla sua entrata in vigore, induce a ritenere che ciò sia dovuto non ad una particolare completezza e chiarezza del testo (tale da non dare mai adito a contestazioni e dubbi interpretativi), quanto al semplice fatto che esso sia stato utilizzato di rado.

In altre parole, pare doversi ritenere che ad oggi, con riferimento alla costruzione di opere pubbliche di interesse locale, il «sicuro impatto sociale» di cui parla il Consiglio di Stato con riferimento all'art. 189, c. 2-5 non si sia concretizzato.

E una ragione di ciò va rintracciata anche nell'errato inquadramento sistematico della disciplina.

Infatti, è vero che nel disegno del legislatore statale, alla situazione di incompletezza e incertezza della normativa statale avrebbe dovuto porre rimedio l'apposito regolamento da adottare a livello locale, espressamente previsto dall'art. 189, c. 2. Ma è proprio in questo passaggio che si avverte

¹⁹ Cfr. L. Ferrara, *La frammentazione della disciplina della rigenerazione urbana, tra microinterventi di sussidiarietà orizzontale e grandi progetti nazionali*, in www-amministrativmente.it, fasc. 1-2/2018.

²⁰ Nel caso sottoposto al giudice amministrativo, l'amministratore e legale rappresentante di un Condominio-Villaggio Turistico a Foggia proponeva, «al fine di contribuire al completamento dei servizi del villaggio, la sistemazione di un'area scoperta nelle immediate vicinanze del Centro Commerciale con la realizzazione di uno spazio attrezzato da destinare alle riunioni condominiali a carattere generale e di uno spazio attrezzato da destinare a culto, entrambi delimitati da aiuole ed alberi e con vialetti di accesso, come da progetto allegato».

Il comune aveva approvato il progetto sulla base dell'art. 23, d.l. n. 185/2008, e l'opera era stata costruita, ma poi il comune stesso aveva ordinato la demolizione dell'opera perché ritenuta abusiva, in quanto carente del permesso di costruire. Il ricorso è stato accolto, dunque l'ordine di demolizione è stata annullato, e contro la sentenza il comune non ha proposto appello.

la mancanza di un quadro sistematico di riferimento: l'assenza di principi di riferimento sia legislativi sia giurisprudenziali rende infatti complessa e problematica proprio l'elaborazione del regolamento locale.

7. La necessità del regolamento locale e la difficoltà della sua elaborazione

A fronte di un quadro normativo come quello descritto nei paragrafi precedenti, l'elaborazione e approvazione a livello locale del regolamento volto a «disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma» si rivela il vero snodo della concreta applicabilità di questo istituto²¹.

Infatti, senza un'apposita disciplina regolamentare appare assai improbabile che – sulla base delle generiche prescrizioni contenute nell'art. 189 del codice e in assenza di sicuri principi generali – gli uffici degli enti locali e i relativi organi di governo approvino e deliberino l'affidamento a gruppi di cittadini organizzati della realizzazione di opere pubbliche di interesse locale.

Si deve anzitutto considerare, a questo riguardo, che per quanto la norma attribuisca la progettazione e realizzazione dell'opera a un gruppo di cittadini, comunque gli uffici amministrativi e gli organi di governo dell'ente locale sono pienamente coinvolti nell'operazione.

E non è difficile immaginare come sia il funzionario che deve svolge-

²¹ Il fatto che un regolamento locale sia imprescindibile è stato evidenziato, con argomentazioni applicabili anche all'istituto qui in esame, con riferimento all'attuazione della fattispecie generale dell'art. 3, c. 5, d.lgs. n. 267/2000 («I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»), dalla Corte dei conti, sezione di controllo della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, con deliberazione 3 agosto 2017, n. 54. In tale deliberazione, con riferimento alla possibilità per gli enti locali di assicurare a proprie spese cittadini volontari singoli, la Corte apre a tale possibilità subordinandola però alla approvazione di un regolamento comunale che ne definisca i limiti e le modalità: «L'art. 3 comma 5 del d.lgs. 267/2000 T.U. degli Enti locali, unitamente altri riferimenti citati, indurrebbe quindi a ritenere sussistente il fondamento normativo atto a legittimare un coinvolgimento in attività inerenti le funzioni istituzionali comunali dei cittadini volontari singoli, pur con tutte le limitazioni di cui si dirà, che parrebbero, peraltro, rendere imprescindibile un passaggio a livello di disciplina regolamentare disposta dal singolo Ente utilizzatore. In relazione infatti alle condivisibili preoccupazioni di delimitazione del fenomeno, desumibili dai pareri di altre Sezioni del Controllo, va data adeguata evidenza al fatto che l'art. 3, comma 5 fa esplicito riferimento alle attività che “possono essere esercitate adeguatamente dai cittadini” rendendo, quindi, evidente la necessità per il Comune di operare una delimitazione e regolamentazione della materia, che può trovare adeguata e naturale esplicitazione da parte del Comune nell'esercizio del proprio potere regolamentare».

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

re il ruolo di responsabile unico del procedimento sia l'organo di governo chiamato ad approvare e deliberare il progetto possano avere un certo timore delle possibili responsabilità (civili, penali e amministrative), legate a una modalità di realizzazione di un'opera pubblica così lontana dalla normativa e dalla prassi consolidate. È infatti evidente, ad esempio, che il responsabile del procedimento sarebbe comunque considerato responsabile del fatto che il gruppo di cittadini non abbia effettivamente e compiutamente acquisito tutti i permessi e i nulla osta richiesti dalla normativa, o di qualunque altra carenza istruttoria.

E tali responsabilità sono rese oggettivamente più preoccupanti dalla circostanza che qui si tratta di garantire che sia rispettata una normativa assai complessa qual è la normativa, anche tecnica, sulla realizzazione delle opere pubbliche.

Dunque, l'adozione del regolamento appare un passaggio necessario, non solo perché è espressamente previsto come tale dalla norma, ma soprattutto perché di una disciplina dettagliata di attuazione dell'art. 189 hanno necessità (oltre che i cittadini organizzati) i responsabili dell'ente locale, per chiarire il regime dei rapporti fra i vari soggetti coinvolti in questa complessa operazione (gruppo di cittadini organizzati, impresa realizzatrice dei lavori, RUP, altri uffici comunali, organi di governo) e le rispettive responsabilità.

Rimarcato quanto sia necessario per l'effettiva implementazione di questo istituto che gli enti locali si dotino del regolamento, si deve evidenziare altresì quanto sia estremamente impegnativo e difficoltoso elaborarlo.

Innanzitutto, il contenuto del regolamento deve rispettare la gerarchia delle fonti, e dunque i principi comunitari, le leggi statali, le leggi regionali.

Inoltre, scrivere una normativa di attuazione dell'art. 189 presuppone una corretta interpretazione di tale norma. Ma questa non è affatto semplice perché, se applichiamo ad essa lo schema dell'art. 12 delle preleggi, ci accorgiamo che: la lettera dell'art. 189 per molti profili è generica, e nelle definizioni dell'art. 3 del codice dei contratti pubblici non vi è alcun riferimento ai concetti dell'art. 189; assai difficile è l'applicazione del criterio dell'analogia, perché legislazioni o norme analoghe sulla sussidiarietà non ve ne sono; quanto ai principi generali, non appaiono applicabili quelli propri del partenariato pubblico privato.

E allora, dato il quadro di diritto positivo in essere, si deve giungere alla conclusione che l'unico riferimento al quale l'interprete può ricorrere per elaborare il regolamento è rappresentato dai principi fissati nell'art. 30 del codice degli appalti, ossia gli stessi principi che sono espressamente ritenuti applicabili dall'art. 20 all'istituto dell'opera pubblica realizzata a spese del privato.

8. Il regolamento locale di attuazione e i principi applicabili ai contratti esclusi ex art. 30 del codice

Nella redazione del regolamento di attuazione dell'art. 189, c. 2, gli enti locali possono utilmente ricorrere ai principi che l'art. 30 dedica ai contratti esclusi dall'applicazione del codice²².

Essi infatti sono coerenti anche con un intervento in sussidiarietà per la ragione fondamentale che i principi dell'art. 30 sono – prima di tutto – principi dell'azione amministrativa in generale (e per questo motivo hanno un ambito di applicazione assolutamente vasto, applicandosi ai contratti esclusi, ai contratti attivi, a tutti i contratti sottosoglia).

Tali principi, pertanto, possono essere applicati anche agli interventi in sussidiarietà, e la fonte regolamentare ha il ruolo fondamentale di adattare il loro significato alle specificità dell'art. 189.

Dunque, gli enti locali, con l'elaborazione del regolamento di loro competenza, devono svolgere una fondamentale opera di adattamento dei principi dell'art. 30, quali principi generali dell'azione amministrativa, alle particolarità di un istituto giuridico che implica sì la realizzazione di un'opera pubblica, ma non tramite un contratto a titolo oneroso, bensì tramite un intervento in sussidiarietà.

Il legislatore statale non ha saputo o voluto impegnarsi direttamente in questa difficile opera di adattamento, preferendo attribuire questo compito alle amministrazioni locali, conferendo loro una specifica potestà regolamentare.

Dunque, si tratta di operare una breve rassegna dei principi dell'art. 30 del codice, per verificare in concreto la loro utilizzabilità e utilità nella redazione del regolamento locale per le opere in sussidiarietà.

Innanzitutto viene in rilievo il principio della qualità delle prestazioni. Appare chiaro che anche negli interventi in sussidiarietà l'amministrazione deve garantire e verificare il profilo qualitativo in modo pieno. La circostanza che l'opera sia realizzata in sussidiarietà, infatti, non toglie che si tratti di

²² Ci si riferisce alla prima parte dell'art. 30, c. 1, ove si statuisce che «L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

un'opera pubblica e che sussista il cogente interesse dell'amministrazione alla sua corretta realizzazione, e dunque anche quello alla sua realizzazione operativa da parte di un soggetto qualificato professionalmente e dotato dei requisiti morali²³.

Quanto al principio di economicità, esso appare rispettato *in re ipsa*, in quanto le spese per la proposta e la realizzazione dell'opera sono tutte a carico dei cittadini proponenti. Sarebbe comunque opportuno precisare nel regolamento che le spese sostenute dai privati non vengono rimborsate neppure quando la proposta, pur avendo passato il vaglio tecnico degli uffici dell'ente locale, non sia stata accolta dall'organo di governo per ragioni di interesse pubblico: ciò per evitare che alcuno possa invocare il consolidarsi di un legittimo affidamento all'approvazione della proposta, e chiedere un risarcimento in relazione alla sua lesione.

Con riferimento al principio di tempestività, appare assai importante che il regolamento stabilisca che la proposta e il provvedimento di accoglimento prevedano tempi certi di esecuzione dell'opera, e contemplino conseguenze (quali penali) per il loro mancato rispetto. Anche per questo profilo, il regolamento locale potrebbe trovare utili riferimenti nella disciplina prevista nell'art. 20, dove si fa espresso riferimento, per il caso di inadempimenti del privato nella realizzazione dell'opera, a penali e a poteri sostitutivi²⁴.

Quanto al principio di correttezza, il regolamento dovrebbe richiamare i principi di correttezza e buona fede quali principi generali dell'azione amministrativa, che vincolano sempre e comunque l'amministrazione, anche quando essa interloquisce con un privato che opera in sussidiarietà. E nel regolamento potrebbe utilmente essere altresì ricordato che l'obbligo di correttezza e buona fede grava anche sul privato che interloquisce con l'amministrazione, e dunque in questo caso grava anche sui gruppi di cittadini organizzati che collaborano con l'amministrazione in spirito di sussidiarietà. In merito, si ricorda che il Consiglio di Stato, ad. plen., nella sentenza 4 maggio 2018, n. 5

²³ Quest'ultima osservazione è stata fatta dall'ANAC con riferimento all'art. 20, ma appare pienamente riferibile anche alla fattispecie di cui all'art. 189. Si ricorda che nell'art. 20 è previsto espressamente il «rispetto dell'art. 80» del codice, ma esso – per quanto non previsto a livello legislativo – dovrebbe essere inserito dal regolamento locale, proprio per assicurare il rispetto del principio della qualità delle prestazioni. La necessaria qualificazione del soggetto realizzatore è rimarcata anche dalla Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Veneto, nella deliberazione n. 313 del 2016.

²⁴ Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, cit., 19: «Il principio di sussidiarietà implica tuttavia sempre la possibilità di sostituirsi al privato qualora esso risulti non esercitare adeguatamente l'attività d'interesse generale».

sull'istituto della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, ha evidenziato che nell'ambito del procedimento amministrativo il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava quindi anche sul privato, che deve comportarsi verso l'Amministrazione con diligenza e in leale collaborazione. Così come può essere utilmente considerato nel regolamento il principio fissato dalla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850, secondo cui nelle gare pubbliche l'incompletezza delle dichiarazioni dovuta a consapevole omissione lede il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto influenza la possibilità di una celere e affidabile decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla procedura. Queste sentenze declinano principi che possono utilmente essere inseriti nei regolamenti locali, per evidenziare e chiarire come essi si applichino anche ai procedimenti di realizzazione di opere pubbliche in sussidiarietà.

È necessario quindi verificare quale spazio di operatività vi sia o vi possa essere nell'intervento in sussidiarietà per il principio di libera concorrenza. In realtà, in tale fattispecie non dovrebbero esservi questioni di tutela della concorrenza, proprio perché non siamo in presenza di un contratto pubblico, di un contratto oneroso, ma di un'azione in sussidiarietà. D'altra parte, l'art. 30, c. 1, espressamente riferisce il principio di concorrenza solo agli appalti e alle concessioni, prevedendo che «Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza ...».

Dunque nei regolamenti locali non vi è necessità che siano inserite norme a tutela della concorrenza.

Invece certamente uno spazio deve essere attribuito dai regolamenti locali al principio di trasparenza, quale principio generale fissato anche nell'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990.

Il regolamento locale dovrebbe prevedere che, tutte le volte in cui pervenga all'amministrazione una proposta di realizzazione di un'opera pubblica in sussidiarietà, vada pubblicato un avviso pubblico, in cui si segnala la proposta pervenuta. Non si può escludere che vi sia un interesse di altri a intervenire nel procedimento, anche mediante la presentazione di proposte migliorative per la realizzazione della medesima opera.

E sempre sotto il profilo del principio di trasparenza, il regolamento dovrebbe prevedere che, nel caso in cui la proposta non sia ritenuta realizzabile, o seppur realizzabile non di pubblico interesse, l'amministrazione debba comunque adottare un motivato provvedimento di diniego, preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10, l. n. 241/1990. Infatti, anche se nell'art. 189 questi obblighi non sono previsti, si ritiene che essi siano comunque imposti direttamente dai principi di motivazione e trasparenza.

la realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà

Dunque, in base a quanto finora evidenziato, negli interventi in sussidiarietà e quindi nella disciplina che deve essere dettata dai regolamenti locali, non trova un ruolo significativo né il principio di tutela della concorrenza né quello della necessaria predeterminazione dei criteri, fissato dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990 per tutti i casi in cui vengano attribuite agevolazioni pubbliche. Nell'intervento in sussidiarietà, infatti, non sono rinvenibili a vantaggio dei gruppi organizzati di cittadini né sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari, né l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere, e dunque il principio dell'art. 12 non si applica.

Si deve comunque sottolineare che all'intervento in sussidiarietà non si applica né il principio di concorrenza, né il principio di predeterminazione dell'art. 12, l. n. 241/1990 proprio e solo in quanto il privato non riceva, né direttamente né indirettamente, alcun contributo pubblico o corrispettivo o vantaggio economico di qualunque genere.

È ovvio che se, invece, vi fossero contributi pubblici, diretti o indiretti, attuali o posticipati, allora cambierebbe completamente il quadro normativo di riferimento, e rientrerebbero in gioco sia il principio di concorrenza sia quello di predeterminazione dei criteri²⁵. Ma allora, in quel caso, bisognerebbe anche verificare in concreto se l'intervento sia ancora considerabile effettiva espressione del principio di sussidiarietà²⁶.

²⁵ Tale aspetto è stato evidenziato, sia pure con riferimento diretto all'istituto del baratto amministrativo ma con argomentazioni perfettamente applicabili anche all'istituto dell'art. 189 c. 2-5, dalla Corte dei conti, sezione regionale di controllo per il Veneto, con la deliberazione 21 giugno 2016, n. 313, ove è stato evidenziato che «se è vero che il nuovo Codice ha inserito in modo esplicito il baratto amministrativo, è altrettanto vero che lo stesso non può essere utilizzato per eludere regole cogenti di evidenza pubblica, ovvero aggirare vincoli di finanza pubblica, né tantomeno infine acquisire beni o servizi in violazione di precisi e puntuali divieti stabiliti dalla normativa finanziaria anche di carattere quantitativo».

²⁶ La medesima pronuncia della Corte dei conti n. 313/2016, nell'escludere che il beneficiario delle agevolazioni ed esenzioni fiscali previste per il baratto amministrativo possa essere un'impresa, evidenzia che «la giurisprudenza del Consiglio di Stato (decisione del 20 marzo 2000 n. 1493, parere 2691/02 in Ad. 5-II-2003, parere 1440/03 in Ad. 25-VIII-2003), ha in ogni caso escluso che ... la sussidiarietà orizzontale possa essere "utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese", mettendo in risalto in particolare che "in questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale": escludendo così che possa rappresentare un'espressione di sussidiarietà orizzontale quella sorta di convergenza fra interessi dei soggetti imprenditoriali privati e interessi degli enti locali, e nel contempo allontanando il rischio – opportunamente sottolineato in dottrina – che imprese for profit "approfittino" indebitamente di esenzioni, riduzioni, agevolazioni e detrazioni che andrebbero applicate solo a chi persegue finalità sociali di solidarietà (che in tal modo solleva le istituzioni pubbliche dai suoi carichi)».

Abstract

The essay analyzes the institute provided by the current Code of Public Contracts for the realization, in subsidiarity, of public works aimed at the local interest. The analysis is of special interest for verifying “if” and “how” the principle of horizontal subsidiarity, dictated by art. 118 of the Constitution, can really and effectively operate in the field of public works for the benefit of local communities. The essay, after presenting the positive discipline envisaged for the institution, focuses on two elements. In the first place, to be analyzed is the collocation of the discipline in the Code of Public Contracts, highlighting its criticalities. Secondly, there is an in-depth study on the need for local legislation to be drawn up, with all the additional difficulties this entails.

EDOARDO NICOLA FRAGALE

IL PROBLEMA DEI CENTRI STORICI
TRA LE SFIDE POSTE DALLA *SHARING ECONOMY*
E LE NUOVE ISTANZE DI SALVAGUARDIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *L'home sharing*: fisionomia, esternalità negative e ruolo dei pubblici poteri. – 3. La disciplina regionale delle strutture ricettivo-turistiche: uno sguardo d'insieme. – 4. La spinta verso la liberalizzazione derivante dal diritto euro-unitario. – 5. I centri storici: un problema a crinale tra tutela dei beni culturali e disciplina urbanistica. – 6. Qualche considerazione finale.

1. Introduzione

Prima che la pandemia ridefinisse l'ordine delle priorità delle agende politiche, il tema della *sharing economy* si era prepotentemente imposto all'attenzione dei decisori politici, oltre che delle opinioni pubbliche. L'erompere del fenomeno delle c.d. locazioni brevi aveva, infatti, destato forti e crescenti preoccupazioni, legate per lo più all'osservazione delle esternalità negative sulla vita urbana. Il repentino declino del fenomeno, osservato in concomitanza con l'esplosione della pandemia, non ha, tuttavia, reso inattuale il problema, essendo ragionevolmente prevedibile un rilancio del settore man mano che la situazione evolverà verso una condizione di normalità. Non pare allora inutile riflettere su questo particolare tema anche in questa inedita congiuntura, che può consentire margini di recupero anche in contesti urbani che sembravano oramai definitivamente compromessi.

Ciò posto in premessa, v'è da osservare che la condivisione di spazi e beni comuni è da sempre vista come un fondamentale elemento della vita cittadina. L'avvento delle tecnologie ha, tuttavia, profondamente dilatato gli orizzonti dell'economia condivisa, proiettandoli su territori impensabili soltanto fino a quale anno fa. L'esplosione di questo fenomeno, ben visibile soprattutto nel settore della ricettività turistica, grazie soprattutto al successo

di *Airbnb* e di altre piattaforme simili, ha ridefinito in profondità il paesaggio e la vita di molte città¹.

In una rappresentazione positiva del fenomeno della *sharing economy*, in generale, e dell'*home sharing* in particolare, si è posto l'accento sulla sua capacità di stimolare il turismo, l'economia locale e, con essi, anche le opportunità di impiego e di occasioni di lavoro nei settori collegati². Man mano che il fenomeno prendeva piede, sono cominciate tuttavia ad emergere e a divenire chiare anche le esternalità negative del fenomeno, derivanti dall'affermazione – nei casi più estremi – di un modello di sviluppo di tipo asimmetrico o, comunque, non equilibrato, capace di produrre ricadute negative non solo all'interno dello stesso comparto produttivo – si pensi al ribaltamento nei rapporti di forza tra la ricettività associata alle piattaforme *on line* e quella tradizionale alberghiera – ma anche sull'economia in generale, incidendo sulla competitività di altri comparti produttivi. Non meno evidente è poi l'impatto del fenomeno sull'identità delle città e, in particolar modo, dei centri storici, nonché sul grado di attrattività/vitalità delle istituzioni culturali, che a loro volta contribuiscono a qualificare il volto di alcune importanti città³.

Il tema, come reso evidente da queste notazioni introduttive, si presta ad essere esaminato seguendo differenti direttrici. L'articolo cercherà di concentrarsi sulle ricadute del fenomeno dell'economia condivisa in ordine all'identità dei centri storici, articolando il ragionamento in tre differenti parti. La prima sarà dedicata alla ricostruzione del fenomeno, della sua fisionomia, delle esternalità negative prodotte sulla vitalità delle città d'arte e dei centri storici. L'analisi consentirà di cogliere le radici economiche e sociali del successo dell'*home sharing*, ma anche di apprezzare le sue ricadute negative, così da comprendere le motivazioni più profonde relative all'emersione di una domanda di maggiore intervento dei pubblici poteri nel governo del fenomeno. Nella seconda parte del lavoro, l'analisi abbandonerà la dimensione economica e sociale, per abbracciare quella più propriamente

¹ S. Cohen, *Sustainable urban living*, New York, Columbia University Press, 2018, 181.

² S. Sheppard e A. Udell, *Do Airbnb properties affect house prices?* Working paper Williams College Department of Economics, web.williams.edu/Economics/wp/SheppardUdellAirbnbAffectHousePrices.pdf, p. 5.

³ Il riferimento è alle città sedi di importanti istituzioni universitarie. Preoccupazioni in merito ai costi crescenti degli alloggi, e all'impatto di questo fenomeno sull'attrattività dell'istituzione universitaria cittadina, sono espresse per esempio nella relazione finale sul disagio abitativo in città, approvata dal consiglio comunale di Bologna nel novembre 2019 all'esito di una specifica istruttoria pubblica; su cui www.comune.bologna.it/media/files/relazione_finale_istruttoria_disagio_abitativo.pdf

il problema dei centri storici

giuridica. Lo studio ambisce cioè ad esaminare l'ambiente complessivo nel quale il fenomeno dell'economia condivisa ha potuto attecchire e prosperare. La terza parte del discorso sarà infine concentrata sul bisogno di tutela dei centri storici, oggi saldamente ricondotta entro coordinate normative più chiare, ma non meno problematiche. Questo consentirà di preparare il terreno per alcune considerazioni conclusive, nelle quali si cercherà proporre qualche soluzione con cui affrontare il fenomeno del sovra-sfruttamento dei centri storici.

2. L'home sharing: fisionomia, esternalità negative e ruolo dei pubblici poteri

Le piattaforme *on line* hanno creato un mercato prima inesistente, creando una categoria inedita di locatario: quella del turista, interessato ad un soggiorno assai breve. Si tratta di un fenomeno che interseca una domanda collocata a metà strada tra le ordinarie locazioni residenziali e la sistemazione nella tradizionale destinazione alberghiera⁴. L'ulteriore particolarità dell'*home sharing* è la sua dimensione globale, cioè la sua capacità di intercettare i flussi di offerta e di domanda su scala planetaria, funzionando da rete di interconnessione *peer-to-peer* tra proprietari o, comunque, soggetti aventi la disponibilità giuridica e materiale di appartamenti destinati ad uso residenziale e ospiti⁵. Fin da subito sono apparse chiare le potenzialità (anche distruttive) di questo modello di *business*, capace di porsi come seria alternativa all'industria alberghiera tradizionale⁶, alla quale ha via via eroso quote crescenti di mercato. Ma il mutamento di paradigma imposto dall'*home sharing* va ben oltre l'innesco di un fenomeno di cannibalizzazione delle vecchie industrie, involgendo trasformazioni più profonde e radicali nella vita delle città. All'origine di questi mutamenti v'è una modificazione sostanziale

⁴ D. Wachsmuth e A. Weisler, *Airbnb and the rent gap: Gentrification through the sharing economy*, in 50 (6) *Environment and Planning A: Economy and Space* (2018), 1147-1170, 1151.

⁵ A. Arias Sans e A. Quagliari Domínguez, *Unravelling Airbnb: Urban Perspectives from Barcelona*, in A.P. Russo e G. Richards (eds.), *Reinventing the local in tourism: producing, consuming and negotiating place*, Channel View Publications, Bristol-Buffalo-Toronto, 2016, n. 73, 209 ss.

⁶ M.A. Mody e C. Suess, X. Lehto, *The accommodation experiencescape: a comparative assessment of hotels and Airbnb*, in 29 *International Journal of Contemporary Hospitality Management* (2017), issue n. 9, 2377-2404. Sulla complessità dei rapporti, non riducibili ad una eccessivamente semplificante vicenda di netta cannibalizzazione, tra vecchia e nuova industria si veda D.A. Guttentag e S.L.J. Smith, *Assessing Airbnb as a disruptive innovation relative to hotels: Substitution and comparative performance expectations*, in 64 *International Journal of Hospitality Management* (2017), 1-10.

nello stesso comportamento dei viaggiatori⁷. Sono diverse le ragioni che inducono i turisti a prediligere la locazione breve, in luogo della tradizionale sistemazione alberghiera: certamente i costi più ridotti di questa soluzione, ma non solo; è stata presa in considerazione anche la possibilità di creare e mantenere relazioni sociali, di avere diretti contatti con gli *host* e, non per ultimo, di connettersi meglio con le comunità locali visitate, insomma di vivere un'esperienza unica, non replicabile in altra tipologia di struttura ricettiva⁸. Orbene, questo insieme di fattori, unitamente all'innovazione tecnologica e alla flessibilità organizzativa propria dei nuovi servizi⁹, ha non solo consentito alla nuova industria di acquisire un vantaggio competitivo rispetto a quella alberghiera, ma anche propiziato un allargamento del mercato. In altri termini, il modello non si è limitato ad intercettare e a intermediare preesistenti flussi di offerta e di domanda, ma è andato ben oltre alimentando e creando da sé la domanda¹⁰, in questo certamente aiutata dallo sviluppo di industrie complementari, come le compagnie aeree *low cost*.

Il dato per noi interessante è l'impatto prodotto sulle città dal successo dell'*home sharing*. In relazione a questo nodo problematico, negli ultimi anni si è assistito ad un fenomeno assai particolare, per cui molte abitazioni dei centri storici sono state via via sottratte alla loro funzione residenziale per essere destinate ad una finalità di ricettività turistica. Attratti dai maggiori tassi di rendimento del settore, i capitali privati sono stati incentivati ad indirizzarsi verso l'investimento immobiliare in funzione della ricettività turistica, innescando così un meccanismo di aumento dei prezzi¹¹ e di contestuale fuga dei residenti¹². Dal successo di questo fenomeno è derivato la

⁷ Z. Mao e J. Lyu, *Why travelers use Airbnb again? An integrative approach to understanding travelers repurchase intention*, in 29 *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, (2017), n. 9, 2218-2239.

⁸ I.P. Tussyadiah e J. Pesonen, in 55 *Impacts of peer-to-peer accommodation use on travel patterns*, in *Journal of Travel Research* (2015), n. 8, 1022-1040.

⁹ Profili su cui insistono particolarmente G. Zervas, D. Proserpio e J.W. Byers, *The Rise of the Sharing Economy: Estimating the Impact of Airbnb on the Hotel Industry*, in 54 (5) *Journal of Marketing Research*, 2017, 687-705.

¹⁰ Z. Mao e J. Lyu, *Why travelers use Airbnb again?*, cit., 2218-2239.

¹¹ Studi condotti sul mercato immobiliare della città di New York stimano che al raddoppio degli annunci su *Airbnb* corrisponda un aumento dei prezzi delle abitazioni compreso tra il sei per cento e l'undici per cento, così S. Sheppard e A. Udell, *Do Airbnb properties affect house prices?*, cit., 39.

¹² Il meccanismo che conduce alla fuga dei residenti è duplice: da un lato la riduzione delle abitazioni ad uso residenziale, dall'altra la maggiore redditività della destinazione turistica in luogo di quella immobiliare, che conduce verso una gentrificazione di intere aree abitative. Su questo duplice meccanismo D. Lee, *How airbnb short-term rentals exacerbate Los*

il problema dei centri storici

c.d. *gentrification*: l'aumento del costo di accesso all'abitazione, costringendo i residenti con più bassi livelli di reddito ad individuare sistemazioni presso aree diverse, ha contribuito in molti casi a ridefinire i caratteri essenziali di intere aree¹³. A livello globale questo fenomeno ha, peraltro, interessato in modo marcato i centri storici delle grandi città, stante la tendenza dei turisti a fare un uso selettivo della città, concentrando la loro presenza soprattutto nelle aree centrali¹⁴. L'Italia non è chiaramente rimasta estranea a questo fenomeno di portata planetaria: si consideri che i dati più recenti segnalano che il nostro Paese costituisce, con la pubblicazione di circa 320.000 annunci, il terzo mercato mondiale sulla piattaforma di *Airbnb* dopo gli Stati Uniti e la Francia¹⁵. Peraltro, l'Italia si segnala anche per una rilevante concentrazione del fenomeno nelle grandi città d'arte (Venezia, Firenze e Roma), con conseguente sovrautilizzazione di queste aree a discapito di altre¹⁶. In sintesi, l'erompere del turismo di massa, alimentato dall'ampliamento della ricettività intermediata dalle piattaforme *on line*, ha inciso fortemente sui processi di distribuzione della ricchezza, condizionando anche l'allocazione delle risorse negli investimenti immobiliari nelle aree centrali delle città: fattori questi che hanno a loro volta contribuito in modo determinante a trasfigurare l'identità dei centri storici delle più importanti città, divenute in diversi casi esangui rappresentazioni del loro passato¹⁷.

Il fenomeno finora descritto cela dietro di sé anche un evidente paradosso: tra le motivazioni che spingono i turisti a prediligere un alloggio in un appartamento privato, in luogo di una camera d'albergo, campeggia, tra le altre cose, anche la possibilità di immergersi con pienezza nell'autenticità della cultura locale. Ma il successo dell'*home sharing* sta anche minando l'identità dei luoghi, erodendo, paradossalmente, anche l'unicità dell'espe-

Angeles's affordable housing crisis: Analysis and policy recommendations, in 10 (1) *Harvard Law & Policy Review* (2016), 229-254.

¹³ Sul punto da ultimo N. Pica, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy. Il caso delle locazioni turistiche (cd. home sharing)*, in *Ist. fed.*, 2020, 893; anche M. Kennedy e P. Leonard, *Dealing with Neighborhood Change: a Primer on Gentrification and Policy Choices*, Brookings instit. Ctr. On urban & metro policy, 2001, 5.

¹⁴ J. Gutierrez, J.C. García-Palomares, G. Romanillos e M.H. Salas-Olmedo, *The eruption of Airbnb in tourist cities: Comparing spatial patterns of hotels and peer-to-peer accommodation in Barcelona*, in 62 *Tourism Management* (2017), 278-291.

¹⁵ I dati sono riportati dal Banca d'Italia, *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, in *Questioni di economia e finanza (Occasional paper)*, 2019, n. 505, 86.

¹⁶ Banca d'Italia, *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, cit., 10.

¹⁷ Sul punto N. Pica, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa*, cit., 893, che richiama il Laboratorio dati economici, storici, territoriali dell'Università di Siena (LADEST), *L'airificazione delle città. Airbnb e la produzione di ineguaglianza*, in www.che-fare.com.

rienza, elemento questo che ne ha decretato il successo¹⁸. Sulla tendenza dei proprietari degli alloggi ad assumere comportamenti da *free rider*, idonei a condurre verso la soglia di deperimento del bene sfruttato (l'unicità dell'esperienza) e sulla conseguente domanda di governo del fenomeno, si tornerà appresso. Per il momento conviene passare allo studio del problema, da una diversa prospettiva, quella del quadro giuridico nel quale il fenomeno economico, sociale e culturale poc'anzi illustrato ha potuto prendere radici.

3. La disciplina regionale delle strutture ricettivo-turistiche: uno sguardo d'insieme

L'esame della legislazione relativa alle strutture turistico-ricettive costringe a soffermarsi sulla regolamentazione regionale. È da rammentare, al riguardo, che nella sua formulazione originaria, l'art. 117 Cost. prevedeva nella materia del turismo e dell'industria alberghiera una competenza concorrente tra Stato e regioni. All'indomani della riforma del titolo V della Costituzione, l'assetto delle competenze in materia turistica si presenta in modo assai differente: gli elenchi delle materie demandate, rispettivamente, alla competenza esclusiva statale (c. 2) e alla competenza concorrente (c. 3) non prevedono più né il turismo né l'industria alberghiera, sì da sospingere questi oggetti nell'alveo della potestà legislativa residuale regionale ai sensi dell'art. 117, c. 4, Cost.¹⁹. È da aggiungere che in capo alle regioni permangono intestate anche competenze legislative in materia di commercio, materia anch'essa di potestà regionale generale-residuale *ex art.* 117, c. 4, Cost.²⁰ Si comprende allora perché, all'indomani della riforma del titolo V, l'adozione di un codice del turismo da parte del legislatore statale (il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79) abbia incontrato la ferma opposizione da parte di diverse regioni, restie ad accettare un riaccentramento delle funzioni legislati-

¹⁸ Sul punto sempre LADEST *L'airificazione delle città*, cit. *Si tratta del ben noto fenomeno della gentrificazione. Sui rapporti tra locazioni brevi e gentrification*, D. Wachsmuth e A. Weisler, *Airbnb and the rent gap: Gentrification through the sharing economy*, in 50 (6) *Environment and Planning A: Economy and Space* (2018), 1147-1170.

¹⁹ P.M. Vipiana, *Diritto pubblico del turismo*, Pisa, Pacini editore, 2017, 28 ss.; G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, Torino, Giappichelli, 2017, 14; D. Ponte, *Il riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni*, in *L'ordinamento del mercato turistico*, a cura di M. Borgo e R. Campione, Torino, Giappichelli, 2012; A. Cicchetti, *Il vincolo 'turistico-alberghiero': strumento di conservazione o trasformazione del territorio?* in *Riv. giur. ed.*, 2014, n. 4, 150. Sulla riconduzione del turismo nella competenza legislativa residuale delle regioni, tra le tante C. cost., 20 marzo 2009, n. 76; C. cost., 23 gennaio 2009, n. 13.

²⁰ G. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707.

il problema dei centri storici

ve in materia. Le istanze regionalistiche hanno, peraltro, trovato un'adeguata sponda innanzi alla Corte costituzionale, attraverso la dichiarazione d'incostituzionalità delle disposizioni statali relative, tra l'altro, alla disciplina delle strutture ricettive extralberghiere (artt. 12, 13 e 14), agli standard qualitativi dei servizi e alle semplificazioni amministrative (art. 16)²¹. È, dunque, alle legislazioni regionali che occorre specialmente guardare, onde approfondire il tema della disciplina delle strutture ricettivo-turistiche²².

L'esame non può che concentrarsi sulla legislazione delle regioni maggiormente interessate al problema della concentrazione dei flussi turistici nelle città d'arte, nelle quali cioè sembrano con più evidenza manifestarsi quei fenomeni di terziarizzazione dei centri storici in precedenza descritti²³. Entro questo ambito, assumono particolare rilievo le tipologie di strutture extralberghiere variamente denominate a livello regionale, ma comunque riconducibili ad alcuni archetipi, anche socialmente riconoscibili: il *bed and breakfast*, l'esercizio gestito dall'affittacamere e le case vacanze. In realtà, l'analisi dovrà essere estesa anche allo studio di alcune tipologie di struttura alberghiera, stante la tendenza all'ampliamento della ricettività verso formule collocate a metà strada tra quelle alberghiere e quelle residenziali. Esula, invece, dall'oggetto di questo studio l'esame delle strutture di tipo extralberghiero, destinate a soddisfare un tipo di domanda concentrata su aree differenti da quelle urbane²⁴. Occorre, altresì, aggiungere che in genere le discipline regionali si preoccupano di regolare tutto ciò che sta attorno

²¹ C. cost., 2 aprile 2012, n. 80. Secondo la Consulta, la norma impugnata avrebbe realizzato un accentramento di funzioni legislative che, in base alla competenza legislativa residuale delle regioni in materia di turismo, spettano in via ordinaria a queste ultime e il cui spostamento implica una variazione del riparto di competenze tra Stato e regioni, che esula dalla delega contenuta nella l. 28 novembre 2005, n. 246. Per una approfondita disamina della pronuncia, si rinvia a P.M. Vipiana, *Diritto pubblico del turismo*, cit., 32 ss.

²² L. Righi, *Le strutture ricettive*, in *Manuale di diritto del turismo*, a cura di V. Franceschelli e F. Morandi, Torino, Giappichelli, 2017, 152 ss. Sottolinea comunque lo stato di incertezza in materia, stante la presenza di esigenze di omogeneità sul territorio nazionale di alcuni profili, concernenti specialmente gli standard minimi nazionali per la classificazione. Sul punto anche P.M. Vipiana, *Diritto pubblico del turismo*, cit., 32 ss.; A. Cicchetti, *La disciplina dell'impresa turistica*, in *Diritto pubblico del turismo*, a cura di M. Gola e T. Groppi, Rimini, Maggioli, 2005, 140.

²³ Grande è infatti la diversità delle situazioni, anche a livello geografico, donde l'opportunità di trattazioni omologanti. Sia pure con dati relativi al decennio 2001-2010, il rapporto INCSA centri storici e futuro del Paese, www.ancsa.org/admin/contents/it/archivio/news-e-iniziative/95_doc.pdf.

²⁴ La dicotomia tra attività ricettive alberghiere ed extralberghiere è, a un tempo, radicata e risalente, avendo una rilevanza sociale e, perciò, necessariamente anche giuridica. Per un esame delle diverse formule ricettive, seppure imperniato sulla legislazione più risalente, v. A. Cicchetti, *La disciplina dell'impresa turistica*, cit., 142.

al rapporto (di matrice civilistica²⁵) tra struttura e cliente; relazione, questa, che appare riconducibile ad un contratto misto o atipico²⁶. Gli aspetti regolati dai legislatori regionali riguardano, dunque, gli standard e le dotazioni delle strutture ricettive, gli adempimenti amministrativi necessari per l'avvio dell'attività economica²⁷ nonché le caratteristiche tecniche e la destinazione d'uso necessarie affinché l'immobile possa essere utilizzato in funzione dell'attività turistica. Nella gran parte dei casi, i legislatori regionali circondano lo svolgimento dell'attività economica di limitazioni e condizioni: si va dalla previsione di limitazioni alla capacità ricettiva della singola struttura alla richiesta di svolgimento dell'attività in forme non imprenditoriali, con imposizione, in quest'ultimo caso, dell'obbligo di residenza nella struttura e/o di osservanza di intervalli minimi nello svolgimento dell'attività, fino ad arrivare alla previsione di obblighi di comunicazione di determinati dati informativi o statistici.

Fatte queste precisazioni, può essere utile evidenziare, per ciascuna delle tipologie ricettive prese in considerazione dalle leggi regionali, i profili di omogeneità e di differenziazione.

Con riguardo al *bed and breakfast*, le normative regionali partono in genere da una definizione assai simile dell'attività, identificandone l'oggetto nella fornitura di un alloggio in abitazione accompagnata dalla somministrazione della prima colazione²⁸. In coerenza con questa premessa definitoria, le legislazioni regionali non richiedono caratteristiche tecniche e destina-

²⁵ Quanto affermato dalla Corte costituzionale (C. cost., 6 marzo 2019, n. 84) a proposito degli adempimenti regolati dalla legge lombarda nella locazione ad uso turistico può essere replicato in riferimento alle altre fattispecie. I legislatori regionali non si preoccupano di regolare le situazioni giuridiche iscritte nel rapporto contrattuale tra le parti private, stante peraltro l'insistenza in tale ambito della competenza esclusiva statale relativa all'ordinamento civile. Su queste interferenze G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, cit., 17 ss. e C. cost., 14 gennaio 2016, n. 1.

²⁶ Quando la prestazione non si limiti alla messa a disposizione dell'alloggio ma comprenda pure servizi ulteriori. Quanto elaborato a proposito del contratto di albergo può essere replicato per alcune delle forme di ospitalità in strutture extralberghiere, come nel caso degli esercizi di affittacamere o i B&B, sebbene per quest'ultima tipologia di struttura il contenuto del rapporto sia contenuto al minimo. Si parla in proposito di contratto di ospitalità, *genus* nel quale rientrerebbero varie tipologie di strutture. Sul tema M.E. La Torre, *Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2009, n. 3, 105, G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, cit., 121.

²⁷ In genere riconducibili allo schema della segnalazione certificata di inizio attività *ex art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241*.

²⁸ La tipizzazione sul piano sociale di questa struttura è tale che le sue caratteristiche di fondo non sono mutate nel tempo. Basta estendere la disamina, per sincerarsene, al quadro ordinamentale pregresso, su cui si rinvia a A. Cicchetti, *La disciplina dell'impresa turistica*, cit.,

il problema dei centri storici

zione d'uso diverse dalla civile abitazione a scopo di residenza. Dove, invece, sembrano emergere elementi di differenziazione si ha quando i legislatori regionali si occupano del tema del carattere professionale o meno dell'attività, profilo in relazione al quale è possibile ricondurre la legislazione regionale a due differenti gruppi. Da un lato, si collocano le leggi regionali proclivi a limitare e, dunque, anche a imporre lo svolgimento dell'attività di *bed and breakfast* in forme non imprenditoriali. Queste discipline regionali si caratterizzano per la previsione di stringenti limitazioni, differenziate da regione a regione, sul numero delle camere e dei posti letto impiegabili, ma anche per l'esplicitazione di alcuni specifici obblighi, implicanti in genere la necessità di risiedere nella struttura, di impiegare nel servizio i soli soggetti appartenenti al nucleo familiare e di osservare alcuni periodi di interruzione, variamente quantificati, onde spezzare la continuità dell'attività, a comprova del carattere non imprenditoriale della stessa²⁹. Dall'altra si stagliano le leggi regionali più liberali, che *non* precludono lo svolgimento dell'attività di *bed and breakfast* in forma imprenditoriale³⁰, salvo, comunque, imporre limiti dimensionali alle strutture e l'obbligo di residenza³¹ o di domicilio³² *in loco* per il gestore. In alcuni casi, per la verità, un simile obbligo neppure è richiesto, sì che l'attività sembra non distinguibile da quella dell'affittacamere, stante peraltro la possibilità concessa di somministrazione di bevande e alimenti³³.

Con riguardo agli esercizi di affittacamere, si prevede normalmente che la singola struttura ricettiva non ecceda determinati limiti dimensionali, in termini di numero di camere³⁴. Non si esclude, invece, che il medesimo sog-

146. Per una disamina più recente, G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, cit., 66 e L. Righi, *Le strutture ricettive*, cit., 155.

²⁹ A questa prima categoria di leggi possono farsi ascrivere le seguenti leggi: l.rg. Lombardia, 1° ottobre 2015, n. 27, in particolare l'art. 29; l.rg. Emilia-Romagna, 28 luglio 2004, n. 16, in particolare l'art. 13.

³⁰ Così l'art. 56, c. 3, l.rg. Toscana 20 dicembre 2016, n. 86; art. 27, c. 2, lett. d), l.rg. Veneto 14 giugno 2013, n. 11.

³¹ Così l'art. 27, c. 2, lett. d), l.rg. Veneto 14 giugno 2013, n. 11; art. 9, reg. regione Lazio 7 agosto 2015, n. 8; art. 56, c. 3, l.rg. Toscana Legge regionale 20 dicembre 2016, n. 86.

³² Così l'art. 4, l.rg. Piemonte 3 agosto 2017, n. 13.

³³ Così l'art. 56, c. 3, l.rg. Toscana 20 dicembre 2016, n. 86, che prevede l'obbligo di residenza nell'abitazione nei soli casi di esercizio professionale e permette lo svolgimento dell'attività di B&B in non più di due strutture nello stesso stabile. Dal combinato disposto sembrerebbe, dunque, che il medesimo imprenditore possa essere titolare di tanti piccoli esercizi, sparsi sul territorio.

³⁴ Anche per questa tipologia di struttura si può parlare di tipizzazione sul piano sociale, che rende il fenomeno munito di certe caratteristiche costanti, pur al variare della legislazione.

getto possa risultare titolare di più strutture ricettive. Si tratta di attività che, seppure variamente denominate al livello regionale (per esempio si parla di foresterie lombarde in Lombardia, alloggi turistici in Veneto, *guest house* nel Lazio), presentano un oggetto non distinguibile da quello alberghiero, stante la possibilità di svolgere alcune attività complementari come la somministrazione di bevande ed alimenti, sì che il discrimine rispetto agli alberghi sembra essere, a ben vedere, solo di matrice quantitativa e dimensionale³⁵. In tale ambito, la differenziazione regionale sembra concentrarsi, in primo luogo, sul carattere imprenditoriale dell'attività, normalmente richiesta o presupposta³⁶, ma con alcune situazioni eccezionali nelle quali è prevista la possibilità di svolgimento anche in forma non imprenditoriale³⁷, con obbligo di svolgimento dell'attività nella casa di residenza³⁸. Altro elemento di differenziazione riguarda le caratteristiche dell'immobile, essendo in alcuni casi richiesta la destinazione ad uso residenziale³⁹, e in altri quella turistica⁴⁰.

Altra tipologia di struttura extralberghiera usualmente contemplata nella legislazione regionale è quella della casa vacanza⁴¹, fattispecie distinguibile dalle altre per avere ad oggetto la locazione di un'intera abitazione, con esclusione di servizi relativi alla somministrazione di bevande o alimenti o di natura, comunque, alberghiera⁴². In genere le leggi regionali esaminate ammettono che l'attività possa essere svolta anche in forma imprenditoriale, senza prevedere limiti particolari in ordine al numero di appartamenti o

³⁵ Tra le tante, Cass., sez. III, 10 marzo 1982, n. 1550.

³⁶ Così l'art. 27, c. 3, l.rg. Lombardia, n. 27/2015, art. 10, c. 1, l.rg. Emilia-Romagna n. 16/2004, art. 4, reg. regione Lazio n. 8/2015.

³⁷ Così l'art. 3m, l.rg. Piemonte n. 13/2017.

³⁸ Così l'art. 55, l.rg. Toscana n. 86/2016.

³⁹ Così l'art. 27, c. 3, e l'art. 38, c. 9, l.rg. Lombardia n. 27/2015, n. 27, secondo cui «per le strutture ricettive non alberghiere di cui agli articoli 23, 26, 27, 28 e 29 non è richiesto il cambio di destinazione d'uso per l'esercizio dell'attività e mantengono la destinazione urbanistica-residenziale», art. 10, c. 1, l.rg. Emilia-Romagna n. 16/2004, n. 16); reg. regione Lazio n. 8/2015, il cui art. 4, c. 3, prevede che gli appartamenti da destinare a *guest house* o affittacamere non sono soggetti a cambio di destinazione d'uso ai fini urbanistici. Anche l'art. 54, l.rg. Toscana n. 86/2016, prevede che «i requisiti strutturali e igienico-sanitari previsti per le case di civile abitazione, chiarendo che l'utilizzo delle abitazioni per le attività di cui alla presente sezione non comporta modifica di destinazione d'uso degli edifici ai fini urbanistici»; si veda pure il reg. regione Piemonte 8 giugno 2018, n. 4, art. 3.

⁴⁰ Così art. 27, c. 2, lett. d), l.rg. Veneto n. 11/2013; anche l'allegato A alla d.g.r. n. del 31 marzo 2015, 419, ed in particolare l'art. 4, che impone la destinazione d'uso turistico-ricettiva per tutte le strutture turistiche complementari diverse dai B&B.

⁴¹ A. Cicchetti, *La disciplina dell'impresa turistica*, cit., p. 146; L. Righi, *Le strutture ricettive*, cit., 157.

⁴² Così l'art. 57, l.rg. Toscana Legge regionale n. 86/2016.

il problema dei centri storici

unità abitative impiegabili a tale scopo⁴³. In alcuni casi, viene, invece, stabilita una soglia dimensionale oltrepassata la quale, unitamente ad altri elementi, insorgerebbe una presunzione in merito al carattere imprenditoriale dell'attività⁴⁴. A garanzia dello svolgimento dell'attività in forme non professionali, le leggi regionali impongono al gestore l'osservanza di determinati periodi di interruzione dell'attività⁴⁵. Non è sempre ben chiara quale sia la *ratio* del criterio discretivo della conduzione professionale; è plausibile ritenere che la differenziazione tra fattispecie sia posta in chiave strumentale rispetto alla dimensione fiscale del fenomeno, stante la possibilità concessa dall'art. 4 d.l. 50/2017 di riconoscere la c.d. cedolare secca a vantaggio esclusivo dei locatori che non svolgano attività imprenditoriale. Anche in questo caso, come in quello esaminato in precedenza, le scelte regionali presentano elementi di differenziazione in ordine alle caratteristiche degli immobili: la destinazione è in genere di tipo residenziale⁴⁶, ma con la significativa eccezione della regione Veneto che, con decorrenza dalla data di approvazione della nuova legge turistica regionale del 2015, pare richiedere una specifica destinazione turistica per tutte le strutture ricettive, salva la sola ipotesi del *bed and breakfast*⁴⁷.

Fuoriesce chiaramente dagli obbiettivi di questo lavoro esaminare il versante civilistico del fenomeno, ma è da segnalare un problema di coordinamento tra la disposizione del codice del turismo (l'art. 53) sulla locazione per uso turistico, applicabile alle sole fattispecie nelle quali sussista la mera messa a disposizione dell'alloggio, con esclusione di servizi aggiuntivi, e le classificazioni adottate dalle legislazioni regionali: è, infatti, dubbio se quella prevista dal codice del turismo costituisca fattispecie del tutto autonoma o sia, invece, sovrapponibile rispetto a quelle richiamate nelle leggi regionali,

⁴³ Così l'art. 26, l.rg. Lombardia n. 27/2015; art. 11, l.rg. Emilia-Romagna n. 16/2004; art. 57, l.rg. Toscana n. 86/2016; art. 27, c. 2, lett. b), l.rg. Veneto n. 11/2013; art. 7, reg. regione Lazio n. 8/2015; art. 6, l.rg. Piemonte 3 agosto 2017, n. 13.

⁴⁴ Così art. 26, l.rg. Lombardia n. 27/2015; artt. 11, 12, l.rg. Emilia-Romagna n. 16/2004; art. 7, reg. regione Lazio n. 8/2015; art. 3, l.rg. Piemonte n. 13/2017.

⁴⁵ Così art. 26, l.rg. Lombardia n. 27/2015.

⁴⁶ Così art. 26, l.rg. Lombardia n. 27/2015. Si v. d.g.r. Emilia-Romagna, prot. (TUR/07/139282), secondo cui l'utilizzo delle abitazioni per le attività di gestione di case e appartamenti per vacanze o per la locazione di alloggi a turisti non comporta la modifica di destinazione d'uso degli edifici ai fini urbanistici; parla di uso residenziale anche l'art. 54, l.rg. Toscana n. 86/2016; art. 7, reg. regione Lazio n. 8/2015; art. 3, reg. regione Piemonte n. 4/2018.

⁴⁷ Si v. l'allegato A alla d.g.r. regione Veneto del 31 marzo 2015, n. 419, ed in particolare l'art. 4 che impone la destinazione d'uso turistico-ricettiva per tutte le strutture turistiche complementari diverse dai B&B.

tutte le volte almeno che sia esclusa da queste la presenza di servizi complementari o aggiuntivi rispetto alla mera messa a disposizione dell'alloggio⁴⁸.

Con riferimento alle strutture alberghiere, si diceva che la tendenza della legislazione regionale sembra andare decisamente nella direzione della contaminazione con le strutture di natura residenziale. Da qui l'arricchimento della categoria che comprende oramai al proprio interno non solo gli alberghi in senso tradizionale e le residenze turistico-alberghiere, ove è prevalente la capacità ricettiva in abitazione, ma anche gli alberghi diffusi, ove la capacità ricettiva, in camera e unità abitative, si distribuisce tra due o più edifici separati e i c.d. *condhotel*, forma di ricettività questa introdotta di recente dal legislatore statale, allo scopo non già di ampliare l'offerta ricettiva alberghiera, ma di riqualificarla, consentendo alle strutture tradizionali, *già esistenti*, di lottare ad armi pari con la ricettività residenziale extralberghiera affermatasi negli ultimi anni⁴⁹. La caratteristica dei *condhotel* è, infatti, quella di fornire alloggi (ma anche servizi accessori ed eventualmente vitto) in camere destinate alla ricettività e, al tempo stesso, in forma integrata e complementare, in unità abitative a destinazione residenziale, dotate di servizio autonomo di cucina.

La peculiarità di tutte queste innovative forme di residenza di matrice alberghiera sta nel fatto che la quota di hotel composta da alloggi abitativi ha, in genere, una destinazione a carattere residenziale⁵⁰, salvo anche qui qualche eccezione⁵¹. Va altresì rammentato che per i c.d. alberghi diffusi la legislazione regionale sovente ne consente l'avvio esclusivamente nell'ambito dei

⁴⁸ Sul punto non pare esservi unanimità di venute neppure nella variegata legislazione regionale. La locazione ad uso turistico appare come fattispecie distinta da quelle regionali nell'art. 70, l.rg. Toscana n. 86/2016 e nell'art. 3, l.rg. Piemonte n. 13/2017, sì da non richiedere, ai fini dello svolgimento dell'attività di locatore, alcuna SCIA; mentre appare ricondotta allo schema della casa vacanza nella legge lombarda (art. 38, l.rg. Lombardia, n. 27/2015).

⁴⁹ Cfr. l'art. 31, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164. Per una disamina di questa tipologia di strutture v. G. Musolino, *Il condhotel o condominio albergo*, in *Riv. not.*, 2019, 1017; G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, cit., 65. L. Righi, *Le strutture ricettive*, cit. 155. In connessione con il problema delle competenze legislative anche A. Candido, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Giur. cost.*, 2016, 15.

⁵⁰ Così art. 19, l.rg. Lombardia n. 27/2015; per gli hotel diffusi e i *condhotel* si v. artt. 21 e 23, l.rg. Toscana n. 86/2016. Nel silenzio, si dovrebbe ritenere che analoga soluzione sia prevista negli altri casi; nel caso regolato dall'art. 3, c. 5, reg. regione Lazio n. 7/2015, sembrerebbe che tutte le unità destinate ad albergo diffuso non richiedano la destinazione alberghiera.

⁵¹ Tra queste si segnala la regione Veneto, si v. l'art. 5 dell'allegato A alla d.g.r., 12 agosto 2014, n. 1521, in riferimento agli alberghi diffusi e l'art. 5 allegato A alla d.g.r., 27 maggio 2014, n. 807, per le altre strutture ricettive alberghiere.

il problema dei centri storici

centri dei piccoli comuni o delle aree di montagna⁵², nella prospettiva di rivitalizzazione di questi centri minori⁵³. Alla luce di quanto finora osservato, sembra di poter affermare che la legislazione regionale non ponga rilevanti ostacoli all'ampliamento della ricettività *extralberghiera* (e non solo). Certo, in alcuni casi le limitazioni sono tali da escludere del tutto la possibilità di svolgimento in forma imprenditoriale di determinate attività (in specie, quella di *bed and breakfast*). Ma si tratta di restrizioni che, seppur censurabili in una prospettiva pro-mercato⁵⁴, sembrano trovare, anche nei pochi casi in cui sono previste, ampia compensazione nella particolare ricchezza delle formule di imprenditorialità turistica contemplate nella legislazione regionale. Sembra, anzi, che un apprezzabile grado di semplificazione discenda dalla scelta, operata da quasi tutte le leggi regionali, di qualificare in termini residenziali la destinazione d'uso delle unità impiegate dalle strutture turistico-ricettive *extralberghiere*. Il che può far insorgere qualche motivo di perplessità, dal momento che, con una certa torsione concettuale, la destinazione d'uso viene resa insensibile alla funzione concretamente impressa all'immobile, sì da esonerare il titolare della struttura dall'obbligo di munirsi di un nuovo titolo edilizio, richiesto, invece, quante volte il mutamento della destinazione avvenga (anche senza lavori edilizi) tra le diverse categorie di cui all'art. 23-*ter* del testo unico adottato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380⁵⁵. Può, anzi, sorgere il dubbio che il risultato voluto dai legislatori regionali – specie là dove venga escluso, con una sorta di *factio iuris*, il carattere “turistico-ricettivo” della destinazione – sia confliggente coi principi fondamentali della materia del governo del territorio, i quali precludono ai legislatori regionali di ignorare quei mutamenti di destinazione muniti di un'oggettiva rilevanza urbanistica. In questo senso sembra, infatti, deporre il terzo comma del citato art. 23-*ter* del t.u. edilizia, là dove richiama le regioni all'adeguamento della legislazione regionale ai principi sanciti all'interno dello stesso articolato normativo⁵⁶.

⁵² In questa direzione si collocano le leggi delle regioni Veneto e Toscana. Si rammenta che le limitazioni previste nella regione Lazio sono state travolte dalla sentenza TAR Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 5 febbraio 2016, n. 1761.

⁵³ A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: caratteri e tendenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 295 ss.

⁵⁴ Sul punto meglio *infra*, § 4.

⁵⁵ Sulla disciplina dei mutamenti delle destinazioni, si veda P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2020, 329 ss. A non differente risultato si perviene adoperando il criterio dell'uso prevalente: anche in tale caso, la destinazione urbanistica avrebbe dovuto seguire il carattere imprenditoriale dell'attività e, coerentemente, anche la funzione (turistica) prevalentemente assegnata alla struttura Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4174.

⁵⁶ Sulla natura di principio delle norme racchiuse nell'articolato normativo in com-

Ciò che più conta, sembra che la legislazione turistica regionale abbia inteso, *in parte qua*, rinunciare alla possibilità di governare l'uso del territorio attraverso una più oculata disciplina dei cambi d'uso degli immobili, regolazione questa che può, invece, svolgere un ruolo significativo nell'assicurare un più armonioso e sostenibile sviluppo economico-sociale dell'ambiente urbano, come si avrà modo di vedere⁵⁷. Le limitazioni dimensionali, pur previste dalle legislazioni regionali esaminate con riferimento alle singole strutture ricettive, non sembrano, infatti, aver sortito apprezzabili effetti in termini di contenimento del fenomeno, ma potrebbero semmai aver propiziato un effetto di polverizzazione delle strutture ricettive sul territorio urbano. Una osservazione, questa, che trova conferma nell'analisi empirica, che vede una minoranza di *host* gestire la gran parte degli annunci, sì che appare frequente che il medesimo soggetto imprenditoriale controlli un'articolata rete di strutture presenti sul medesimo territorio urbano.

Quale che sia il giudizio da riservare alla legislazione in esame, e al ruolo da questo svolto nello sviluppo dei fenomeni qui illustrati, vi è da rilevare che anche il mercato della ricettività turistica deve oramai essere riguardato alla luce dei processi di liberalizzazione delle attività economiche in atto da qualche anno anche nel settore dei servizi, il che impone di allargare ulteriormente lo spettro dell'indagine alla disciplina della concorrenza, a partire dalla sua dimensione euro-unitaria.

4. La spinta verso la liberalizzazione derivante dal diritto euro-unitario

mento si veda anche C. cost., 5 aprile 2018, n. 68. L'interpretazione dell'articolato normativo indicato nel testo non appare comunque agevole, essendo evidente la contraddittorietà tra l'*incipit* della disposizione, là dove rimanda a differenti scelte dei legislatori regionali e l'ultimo comma, inserito in sede di conversione del d.l. n. 133/2014, che prevede invece l'adeguamento delle regioni ai principi racchiusi all'interno dell'art. 23-ter. Sulla controversa interpretazione della disposizione v. M.A. Sandulli e P. Mantini, *Permesso di costruire*, a cura di M.A. Sandulli, *Testo Unico dell'Edilizia*³, Milano, Giuffrè, 2015, 297; R. Invernizzi, *Mutamento d'uso urbanisticamente rilevante*, *ivi*, 620 ss. Ci pare che la disciplina racchiusa nel citato art. 23-bis sia rimasta, almeno all'apparenza, indenne alle modifiche introdotte dall'ultimo intervento legislativo di "semplificazione" amministrativa (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120: sulle novità in materia di edilizia introdotte nel corso del 2020 si v. P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit.

⁵⁷ S. Villamena, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 117-157, specie 127. Sul carattere strategico delle destinazioni d'uso, come strumento di aggressione in chiave urbanistico, sia pure in riferimento alla tutela dei locali storici v. P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 190 ss.

il problema dei centri storici

All'interno della costituzione economica dell'Unione è fortemente radicata l'idea che le quattro libertà fondamentali riconosciute all'interno dei Trattati costituiscano la regola generale nell'ambito del mercato unico, sì che specifiche deviazioni dalle stesse possono bensì essere individuate dagli Stati, ma al solo ricorrere di determinati presupposti⁵⁸. Si deve, peraltro, alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE non solo l'elaborazione del principio della *primauté* del diritto unionale, ma anche il rafforzamento delle libertà economiche, attraverso una interpretazione estensiva dei divieti contenuti nei Trattati relativi alla creazione di barriere commerciali⁵⁹ e una

⁵⁸ La letteratura sul mercato unico è sterminata. Per tutti P. Craig e G. de Burca, *Eu law text cases and materials*⁶, Oxford, OUP, 2015. Per una più puntuale ricostruzione del rapporto tra libertà economiche e deroghe permesse dalla protezione di specifici interessi pubblici si veda anche A. McGee e S. Weatherill, *The evolution of the single market – harmonisation or liberalisation*, in 53 (5) *Mod. L. Rev.* (1990), 578 ss. secondo cui «Several of these fundamental Treaty provisions, which serve to open up the common market, contain derogations which in certain circumstances permit Member States to retain barriers to trade. Thus, the free movement of goods, of persons and of services are all subject to derogations on grounds on public policy, public security and public health. These derogations run contrary to the basic objective of establishing free trade within the common market and are consequently subject to a restrictive interpretation». In Italia, di recente tema si v. A. Negrelli, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 679.

⁵⁹ A partire da quelli relativi ai dazi, alle tassazioni discriminatorie e alle restrizioni quantitative di cui agli artt. 28, 110 e 34 TFUE, almeno con specifico riferimento alla libertà di circolazione delle merci. A tal riguardo, occorre rammentare la fondamentale pronuncia *Cassis de Dijon* (C. giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78 Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein). La sentenza muove dall'idea che la rimozione delle barriere discriminatorie sia di per sé insufficiente ad assicurare il mercato unico, stante l'esistenza di altre regolamentazioni nazionali bensì non discriminatorie, perché «indistinctly applicable», ma ugualmente produttive di barriere. Secondo la Corte, misure restrittive di questo genere sarebbero consentite solo «in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer». Nel momento in cui la giurisprudenza della Corte di giustizia estendeva la portata dei divieti contemplati nei Trattati nel modo appena visto, coniava anche i c.d. *mandatory requirements*, consistenti in ragioni collegate a specifici interessi che possono legittimare gli Stati all'introduzione di regolamentazioni restrittive interne. Si tratta di giustificazioni in grado per certi versi di temperare la ristrettezza delle deroghe espressamente previste nei Trattati all'art. 36, riferite peraltro dalla Corte di giustizia alle sole misure discriminatorie e non anche a quelle *indistinctly applicable*. Certo, il rapporto tra *mandatory requirements* e art. 36 TFUE rimane largamente controverso, sul tema P. Craig e G. de Burca, *Eu law text cases and materials*³, Oxford, OUP, 2003, 659 e P. Oliver e M. Martinez, *Free movement of goods*, in C. Barnard e S. Peers (eds.) *European Union Law*, Oxford,

migliore definizione dei presupposti legittimanti l'introduzione delle misure restrittive nazionali⁶⁰. L'applicazione delle sole norme dei Trattati si è, tuttavia, nel tempo rivelata insufficiente alla realizzazione del mercato unico, specie nell'ambito dei servizi, tanto da richiedere specifiche misure di armonizzazione (c.d. integrazione positiva⁶¹). L'adozione della dir. 2006/123/Ce (la c.d. direttiva *Bolkestein*) rispondeva, in effetti, proprio all'obbiettivo di creare il quadro giuridico necessario per rafforzare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri. L'ambizione della disciplina europea era di propiziare la soppressione delle misure restrittive della concorrenza, ove discriminatorie, ingiustificate e non proporzionate⁶². Gli

OUP, 2020, 382-383 e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici (in particolare *sub* nota 139). In ogni caso, la valutazione delle deroghe è condotta facendo applicazione del principio di proporzionalità. Una traiettoria simile a quella poc'anzi illustrata è stata seguita dalla Corte di giustizia europea anche con riferimento alla libertà di prestazione dei servizi, ove «The basic rule of the freedom to provide services, which is included in the Treaty Establishing the European Community (hereinafter referred to as ECT, Article 49), defines the prohibition of formal and covert discrimination in the area of freedom to provide services. The case law has extended this directly effective rule to the prohibition of indistinctly applicable measures. This means that the measures of the Member States, which do not formally discriminate between different service providers or between services recipients from different Member States, but the circumstances of the case nevertheless lead to discrimination, are not allowed either. The case law underwent its further development in the *Sger* case where it made a close approach to the rules on the free movement of goods (Article 28 ECT). It is not only about the indistinctly [sic] applicable measures that would imply actual discrimination, but following the model of the *Cassis de Dijon* decision, no indistinctly applicable measures taken by the Member States are allowed to make providing and receiving services less attractive (*weniger attraktiv machen*, less attractive) in the other Member State», come ben rileva R. Knez, *Freedom to provide of services in internal market and consumer protection*, in 12 (2-3) *Rev. Eur. Law* (2010), 59-76.

⁶⁰ Sulla centralità del ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella costruzione del mercato unico, specie in ordine alla migliore definizione delle deroghe alle libertà economiche fondamentali v. gli autori di cui alla nota precedente, ma anche M. Wealbroeck, *The role of the court of justice in the implementation of the single european act*, in 11 (3) *Mich. J. Int'l L.* (1990), 671 ss.; con particolare riferimento alla libera prestazione dei servizi anche J. Snell, *Freedom to provide services in the case law and in the Services Directive: Problems, Solutions and Institutions*, in U.B. Neergaard, L.M. Roseberry e R. Nielsen (eds.) *The Services Directive: Consequences for the welfare state and the European Social Model*, Copenhagen, DJOF Publishing, 2008, 171-197.

⁶¹ In generale, sull'integrazione tramite armonizzazione, seppure con specifico riguardo alla circolazione delle merci, v. J. Pelkmans, *The New Approach to Technical Harmonization and Standardization*, in 15 (3) *J. Common Mkt. Stud.* (1986), 249 ss.

⁶² Nella sua versione finale, la direttiva si presenta in forme meno ambiziose rispetto agli intendimenti iniziali (così J. Snell, *Freedom to provide services in the case law and in the Services Directive: Problems, Solutions and Institutions*, in U.B. Neergaard, L.M. Roseberry e R. Nielsen (eds.) *The Services Directive*, cit., 171-197. Ivi anche E. Bergamini, *Freedom of establishment under*

il problema dei centri storici

Stati membri venivano, pertanto, sollecitati a realizzare una revisione capillare non solo dei regimi autorizzatori di accesso al mercato, ma anche delle disposizioni, comunque, introduttive di limiti, contingentamenti, tetti massimi, distanze minime tra esercizi commerciali, specifici statuti giuridici in capo al prestatore, e a giustificarne l'esistenza in base alla presenza di ragioni imperative di interesse generale⁶³, cosa che il legislatore italiano ha fatto solo marginalmente⁶⁴. La girandola dei provvedimenti di trasposizione adottati agli inizi del decennio passato, frutto di un parossismo legislativo senza precedenti⁶⁵, avrebbe – secondo le voci più critiche – piuttosto privilegiato il ricorso a formule enfatiche o, comunque, generali, perciò prive di immediate ricadute pratico-operative, realizzando solo in parte una revisione dei singoli procedimenti di accesso e dei differenti regimi giuridici. Anche là dove una revisione di questo tipo è stata fatta, come nel caso dell'apertura delle strutture ricettivo-turistiche⁶⁶, il legislatore avrebbe sovente optato per una

the Services Directive, 149-169 anche K. Nicolaidis, S.K. Schmidt, *Mutual Recognition on "Trial": The Long Road to Services Liberalization*, in 14 (5) *J. Eur. Public Policy* (2007), 717 ss. La dottrina suole rammentare il ruolo decisivo esercitato dalle pressioni politiche che avrebbero annacquato portata e profondità iniziale del provvedimento. Pur riconoscendo i passi in avanti, secondo la dottrina il provvedimento avrebbe aggiunto poco, certamente meno di quanto inizialmente proposto, rispetto alle soluzioni già emerse nella giurisprudenza o codificate nei Trattati. Sugli effetti comunque positivi generati dalla direttiva nel consolidamento del mercato dei servizi, anche richiamando dati statistici elaborati dalla Commissione, si v. G.A. Oanta, *The Twentieth Anniversary of the European Union's Internal Market: Strengths and Weaknesses of the Freedom to Provide Services*, in *Conf. Int'l Dr.*, 2013, 84 ss.

⁶³ L'art. 16, par. 1, presuppone che le norme nazionali siano legittime, a meno che non violino uno dei tre principi, ossia non discriminazione, necessità e proporzionalità. Il principio di necessità prevede che qualsiasi requisito «deve essere giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente». I primi tre motivi erano già previsti dall'art. 46 CE; l'ultimo costituisce una novità, anche se relativa, posto che in precedenza figurava tra i requisiti imperativi creati dalla giurisprudenza della Corte, così J. Snell, *Freedom to provide services in the case law and in the Services Directive: Problems, Solutions and Institutions*, cit.

⁶⁴ Si rinvia alle osservazioni di B.G. Mattarella, *La S.C.I.A., ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1329 ss.; A. Argentati, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 337; N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 603 ss.

⁶⁵ Disposizioni di attuazione si ritrovano nei seguenti provvedimenti: d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27.

⁶⁶ In relazione ai quali il legislatore statale ha introdotto, in luogo del precedente sistema autorizzatorio, una segnalazione certificata di inizio attività (cfr. art. 83, d.lgs. n. 59/2011), attraverso una regolamentazione caratterizzata da cedevolezza, stante la presenza di specifici

soluzione di semi-liberalizzazione, conservando in capo alle amministrazioni penetranti poteri di controllo *ex post*. Proprio questa tecnica è divenuta il principale bersaglio polemico degli studiosi, in ragione del carattere sostanzialmente elusivo del recepimento, risoltosi ad uno sguardo d'assieme in una sorta di pseudo-liberalizzazione di dubbia efficacia⁶⁷. Certo, l'intervento del legislatore statale non poteva da solo esaurire la complessa opera di trasposizione della disciplina europea, dal momento che gran parte delle discipline incise dalla direttiva, tra cui anche quelle in materia di turismo, erano e (sono) di spettanza esclusiva delle regioni. Toccava, in effetti, ai legislatori regionali rivedere i regimi giuridici relativi non solo all'avvio, ma anche allo svolgimento delle attività ricettivo-turistico⁶⁸, eliminando una serie di restrizioni o limitazioni incidenti negativamente sul principio della concorrenza⁶⁹. Mentre con riferimento alla disciplina relativa all'*accesso* al mercato,

che prerogative regionali. La vicenda presenta non poche complessità: la disposizione statale venne, infatti, da lì a poco abrogata per effetto dell'art. 3, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (il c.d. codice del turismo) e sostituita da disposizione (l'art. 16) di identico tenore racchiusa nel medesimo decreto, dichiarata, però, a sua volta incostituzionale nel corso dell'anno successivo proprio a motivo della lesione delle competenze esclusive riconosciute dalla Costituzione in capo alle regioni in materia. Secondo la Consulta, la norma impugnata avrebbe realizzato un accentramento di funzioni legislative che, in base alla competenza legislativa residuale delle regioni in materia di turismo, spettano in via ordinaria a queste ultime e il cui spostamento implica una variazione del riparto di competenze tra Stato e regioni, che esula dalla delega contenuta nella l. n. 246/2005 (C. cost., 5 aprile 2102, n. 80).

⁶⁷ A. Argentati, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, cit.

⁶⁸ Sul punto *Id.*, *op.cit.*, Le prerogative regionali venivano in linea di principio salvaguardate dallo stesso legislatore statale che all'art. 84, d.lgs. 59/2010 prevedeva un'apposita clausola di cedevolezza delle previsioni racchiusa all'interno del medesimo decreto, fino all'adeguamento regionale. Identico meccanismo di adeguamento era previsto nell'art. 34, d.l. n. 201/2011 (si v. nota seguente).

⁶⁹ Si ponga mente al testo dell'art. 34, d.l. n. 201/2011, conv. con modificazioni dalla l. n. 214/2011, secondo cui: «Le disposizioni previste dal presente articolo sono adottate ai sensi dell'articolo 117, c. 2, lett. e) ed m), Cost., al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale. La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità. Sono abrogate le seguenti restrizioni disposte dalle norme vigenti: a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; c) il divieto di esercizio di

il problema dei centri storici

le scelte compiute dai legislatori regionali non si sono discostate da quelle fatte dal legislatore statale, imperniate sull'istituto della segnalazione di inizio d'attività⁷⁰, con riguardo alla revisione delle altre disposizioni normative, comunque incidenti sul contenuto delle libertà economiche fondamentali, i legislatori regionali sembrerebbero non aver fino in fondo adeguato le discipline regionali allo spirito della normativa europea: non sempre appare ben chiaramente percepibile la *ratio* delle, pur blande, limitazioni previste nella ricca legislazione regionale, stante la loro apparente inidoneità a preservare alcuno dei valori considerati dall'ordinamento europeo.

Di certo, l'insoddisfazione verso i processi di liberalizzazione tentati nei differenti settori nell'ultimo decennio è emersa in modo evidente nel corso del tempo, tanto che la legislazione più recente, adottata nel mezzo della crisi pandemica, ha nuovamente sollecitato una rivalutazione dei regimi autorizzatori. Rimane, dunque, da vedere se l'auspicio espresso dal legislatore statale porterà, almeno nel settore qui considerato, verso un significativo mutamento del quadro regolatorio di fondo⁷¹. V'è da aggiungere, per com-

una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi; g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta». Il successivo c. 7 obbligava le regioni ad adeguare la loro legislazione ai principi sopra illustrati. Si rammenti anche il testo dell'art. 1, d.l. n. 1/2012, che ha disposto l'abrogazione di qualsiasi norma di legge che consenta a strumenti di pianificazione e programmazione territoriale ed economica di porre limiti all'avvio di attività economiche private ovvero di alterare attraverso la previsione di controlli e programmi le condizioni di parità tra gli operatori privati.

⁷⁰ Si rammenta che la disposizione statale racchiusa nell'art. 16 del codice del turismo, introduttiva di forme di semi-liberalizzazione, venne dichiarata incostituzionale dalla Consulta nella pronuncia prima rammentata (C. cost. n. 80/2012), sebbene il contenuto sia stato fedelmente ripreso dalle diverse leggi regionali, così anche M.P. Vipiana, *Diritto pubblico del turismo*, cit., 96. Sul legame tra contenuto della legislazione regionale in esame e disciplina Ue sulla libera prestazione di servizi v. G. Grisi e S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, cit., 74. L'unica norma sopravvissuta è, in effetti, quella relativa allo sportello unico, racchiusa nell'art. 17 del codice, così L. Righi, *Le strutture ricettive*, cit., 148.

⁷¹ Si rammenta in proposito che l'art. 15, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120, introducendo un c. 1-bis al d.l. n. 90/2014, chiama Stato, regioni ed enti locali ad operare una ricognizione delle «a) le attività soggette ad autorizzazione, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e le attività soggette ai regimi giuridici di cui agli articoli 19, 19-bis e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero al mero obbligo di comunicazione; b) i provvedimenti autorizzatori, gli adempimenti e le misure incidenti sulla libertà di iniziativa economica ritenuti non indispensabili, fatti salvi quelli imposti dalla normativa dell'Unione europea e quelli posti a tutela di principi e interessi costituzionalmente rilevanti».

pletezza, che il legislatore ha nel tempo, comunque, cercato di propiziare anche in altro modo il rafforzamento dei processi di liberalizzazione, attraverso il potenziamento dei poteri intestati in capo all'autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi AGCM). Diversi sono gli strumenti adoperati dal legislatore per conseguire questo risultato: dal riconoscimento in capo all'Autorità antitrust della legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica lesivi delle norme poste a tutela della concorrenza (cfr. art. 34, d.l. n. 201/2011), al potenziamento della funzione di monitoraggio sulle iniziative regolamentari e legislative fino ad arrivare alla possibilità per la Presidenza del Consiglio dei ministri di raccogliere le segnalazioni delle autorità amministrative indipendenti aventi ad oggetto le restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato, anche al fine di esercitare le opportune iniziative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127, Cost. (cfr. *ex art.* 22, l. 10 ottobre 1990, n. 287, disposta dall'art. 4, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1). Come è stato ben osservato, traspare da queste disposizioni la volontà di elevare l'AGCM a guardiano dei processi di apertura dei mercati. L'Autorità ha, peraltro, inteso questo suo ruolo assai seriamente, sol che si considerino le diverse iniziative assunte nel tempo, anche in relazione alle misure adottate dalle regioni sulle strutture ricettivo-turistiche. Con riferimento ai pareri e alle segnalazioni, l'AGCM ha più volte denunciato l'ingiustificata restrizione della concorrenza derivante dall'introduzione, da parte di diverse leggi regionali, di disposizioni recanti limitazioni all'accesso e all'esercizio dell'attività ricettiva. In particolare, le obiezioni dell'antitrust si sono più volte appuntate sulle previsioni regionali volte ad imporre lo svolgimento dell'attività in forma esclusivamente non imprenditoriale, a richiedere l'osservanza di determinati intervalli nello svolgimento dell'attività, a contenere entro un determinato limite il numero delle camere e dei posti letto disponibili o ad escludere arbitrariamente la possibilità di somministrare alimenti e bevande. Secondo l'Autorità si tratterebbe di previsioni dirette a privare i titolari delle strutture del potere di organizzare liberamente la loro attività, a detrimento del principio di concorrenza tra i differenti operatori⁷².

⁷² Si vedano: AS1482 – regione Emilia Romagna – disciplina delle strutture ricettive dirette all'ospitalità del 5 marzo 2018; il parere – AS1380 – regione Lazio «Nuova disciplina nel Lazio delle strutture ricettive extralberghiere» del 28 aprile 2017; AS1542 – regione Piemonte – «Nuovo Regolamento per le strutture extralberghiere non imprenditoriali» dell'8 agosto 2018; obiezioni simili sono state mosse all'indirizzo anche di leggi diverse da quelle qui esaminate, recanti però disposizioni assai simili, cfr. in proposito AS1594 – regione Friuli-Venezia Giulia – Limitazione all'accesso e all'esercizio dell'attività di *bed and breakfast*, del 22 maggio 2019; AS1424 – regione Sardegna – Disciplina *bed and breakfast*, del 17 agosto

il problema dei centri storici

Il numero delle segnalazioni formulate dall'Autorità appare rilevante, sebbene possano avanzarsi dei dubbi in merito alla reale efficacia dello strumento: non risultano, in effetti, giudizi di costituzionalità promossi in via principale dalla Presidenza del Consiglio contro le leggi regionali, sulla scorta dei pareri resi dall'AGCM, mentre ripensamenti da parte degli stessi legislatori regionali sono veramente rari⁷³. Dove, invece, la funzione di guardiano svolta dall'antitrust è parsa maggiormente munita di effettività è stata nelle occasioni in cui la disciplina regionale dell'attività turistica era racchiusa in atti normativi a contenuto regolamentare, stante la possibilità concessa all'Autorità di impugnare direttamente l'atto innanzi al giudice amministrativo. Un esito di questo tipo si è, per esempio avuto nella regione Lazio, ove l'adozione di una disciplina maggiormente aperta alle ragioni del mercato è stata propiziata dall'accoglimento, con sentenza del 2016⁷⁴, del ricorso proposto dall'antitrust, volto a contrastare, tra le altre, le previsioni relative alla continuità dell'attività ricettiva e agli standard edilizi imposti alle strutture.

Ad uno sguardo d'assieme, ciò che può affermarsi è che il *favor* per la concorrenza mostrato non solo dalla dir. 2006/123/Ce, ma anche dall'ordinamento europeo generale, ha determinato una vera e propria blindatura del principio anche nel settore della ricettività turistica, sì da sollevare più di un dubbio in merito alla legittimità delle (pur blande) misure restrittive ancor oggi presenti nella legislazione regionale. Certo, l'usbergo posto dal principio europeo della concorrenza sui legislatori regionali non si pone in termini assoluti, dal momento che, come più volte rammentato, la regola della concorrenza può trovare delle eccezioni tutte le volte che si ponga la necessità di assicurare protezione adeguata verso altri interessi sensibili, tra cui anche quelli riferiti all'ambiente urbano, sempre che, beninteso, siffatte misure rispettino, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE e alla stessa dir. 2006/123/Ce, il principio di non discriminazione nonché i principi di necessità e di proporzionalità⁷⁵. Ciò nonostante, non

2017; AS1518 – regione Calabria – Svolgimento dell'attività di *bed and breakfast* e affittacamere in forma non imprenditoriale, del 9 maggio 2018.

⁷³ Si segnala il solo caso di as1518 s3273 regione Calabria – svolgimento dell'attività di *bed and breakfast* e affittacamere in forma non imprenditoriale, dall'esame dei documenti di monitoraggio pubblicati dall'AGCM emerge che spesso l'esito è negativo: così per as1424-s2959 regione Sardegna – disciplina *bed and breakfast*, per as1482 s3166b regione Emilia Romagna – disciplina delle strutture ricettive dirette all'ospitalità ed s3372 nuovo regolamento della regione Piemonte per le strutture extralberghiere non imprenditoriali.

⁷⁴ TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 13 giugno 2016, n. 6755.

⁷⁵ Si veda la dir. 2006/123/Ce agli artt. 4, 14.5 e 16, nonché il considerando n. 56. Sotto altro aspetto, va considerato che il principio di concorrenza e la direttiva *Bolkstein* possono bensì essere utilmente invocati quando si faccia questione di requisiti che influenzino

pare che i legislatori regionali abbiano finora saputo cogliere questa opportunità, pure concessa dal diritto unionale. Non è ben chiara quale sia la *ratio* sottostante alle condizioni e ai limiti talvolta presenti nella legislazione regionale: più che governare con reale efficacia il fenomeno, in funzione della protezione degli interessi prima illustrati, pare a volte viva la necessità di conformarlo in funzione di generiche esigenze di chiarezza fiscale⁷⁶ o, in alcuni casi, per soddisfare (improprie) esigenze di protezione di altri settori produttivi⁷⁷.

5. I centri storici: un problema a crinale tra tutela dei beni culturali e disciplina urbanistica

Quanto esposto ci consente di tornare nuovamente alla domanda posta in premessa, circa il bisogno di tutela dei centri storici contro le nuove forme di aggressione provenienti dalla *sharing economy*, e, in particolare, dalla *home sharing*. A ben vedere, l'interrogativo riguarda non tanto il "se", stante la pacifica ricomprensione dell'ambiente urbano tra i valori sensibili suscettibili di protezione rafforzata ad opera in primo luogo del legislatore, ma piuttosto "in che forma" una tutela di questo tipo possa essere introdotta nell'ordinamento giuridico a protezione di siffatti beni e interessi. Per offrire una risposta sufficientemente articolata è opportuno volgere lo sguardo al problema dei centri storici, nel tentativo di intercettare le riflessioni svolte, oramai da diversi decenni, da urbanisti, giuristi e sociologi, attorno al bisogno di tutela dei centri storici, onde riannodarle ai nuovi problemi emergenti nella realtà sociale, cercando di riassetare il tema su di un terreno più saldamente giuridico. Il percorso, ad un tempo culturale e giuridico, che ha consentito di fare acquisire al concetto di *centro storico* un'autonoma considerazione nell'ordinamento giuridico, anche fuori da una prospettiva meramente urbanistica, è stato certamente lento e complesso. Non è possi-

l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio, ma non, invece, quando si discorra di requisiti d'ordine differente che, essendo previsti per esempio da norme del codice stradale o dalla pianificazione urbana o dalle regolamentazioni edilizie, si impongono ai prestatori di servizi nello svolgimento della loro attività economica, in modo non diverso dei singoli che agiscono a titolo privato, si v. il considerando n. 9, dir. 2006/123/Ce.

⁷⁶ Questa argomentazione potrebbe valere per i limiti dimensionali e gli stacchi temporali chiesti a garanzia del carattere occasionale dell'attività.

⁷⁷ Cfr. TAR Lazio, Roma, n. 6755/2016, a proposito della irrazionalità degli standard richiesti ad alcune strutture.

il problema dei centri storici

bile qui soffermarsi diffusamente sulla genesi di questa categoria giuridica⁷⁸; ai nostri fini, sarà sufficiente richiamare i principali snodi attraverso i quali nuove concettualizzazioni giuridiche sono venute a maturazione⁷⁹.

Il problema dei centri storici è stato per moltissimo tempo ignorato dal legislatore. La legge 1° giugno 1939, n. 1089 (c.d. legge Bottai) non vi prestava attenzione, indirizzando ogni intervento di tutela sui singoli beni di interesse artistico, storico, archeologico o etnografico. Sfuggiva a questa originaria rappresentazione del fenomeno giuridico il *contesto* più ampio, irriducibile alla problematica della tutela sotto il profilo estetico del singolo bene⁸⁰. V'è ampio consenso nell'individuare nella Carta di Gubbio del 1960 un momento nevralgico, quanto meno nel discorso pubblico, nel segnare il passaggio da un orizzonte giuridico caratterizzato dalla tutela solo episodica o puntiforme dei beni culturali, racchiusa nella legge Bottai, ad un orizzonte ben differente e più ampio, schiuso alla salvaguardia e al risanamento dell'intero tessuto urbano⁸¹. La strumentazione tecnica ideata nel corso degli anni Trenta per assicurare il recupero e la manutenzione fisica degli immobili, si era, infatti, rivelata del tutto inadeguata a cogliere la complessità del problema: essa si indirizzava a intervenire sulla consistenza fisica dell'ambiente fisico, senza però riuscire ad intercettare e a influenzare l'insieme delle dinamiche sociali e comportamentali, i legami relazionali che si sviluppano nel centro storico, definendone l'identità⁸². Questo mutamento di prospettiva si consolida nei lavori della c.d. commissione Franceschini del 1967. Negli

⁷⁸ Sulle difficoltà di far acquistare ai "centri storici" la dignità di concetto giuridico già F. Benvenuti, *Introduzione*, a cura di G. Caia e G. Ghetti, *La tutela dei centri storici*, Torino, Giappichelli, 1997, 1 ss.

⁷⁹ Per una ricognizione in chiave anche storica ed evolutiva si vedano M. Bessone, *Pianificazione territoriale e difesa del centro storico. Materiali per una discussione*, *Il Foro it.*, 1974, n. 97, 133 ss.; G. D'Alessio, *I centri storici. Aspetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1983, 445, P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, in *giustamm.it*, 2009, n. 1.

⁸⁰ Per una lunga fase, i centri storici sono stati pertanto visti come contenitori di singoli elementi muniti di pregio culturale, ma non come beni in sé, così G. D'Alessio, *I centri storici. Aspetti giuridici*, cit., 445; M. Bessone, *Pianificazione territoriale e difesa del centro storico. Materiali per una discussione*, cit., 133 ss.; A. Perini, *La tutela dei centri storici: un excursus sulle discipline giuridiche*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 313 ss.; M. Sanino, *Discipline urbanistiche e centri storici*, in *La tutela dei centri storici*, cit., 72 ss.

⁸¹ Si veda in proposito la c.d. Carta di Gubbio, (dichiarazione di principi sulla salvaguardia ed il risanamento dei centri storici promossa dall'Associazione Nazionale Centri Storici Artistici (ANCSA) approvata all'esito del convegno del settembre 1960, visibile sul sito ancsa.org; si v. anche G. Severini, *Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali?*, in *Aedon*, 2015, n. 2; M. Sanapo, *I centri storici come beni culturali: un percorso difficile*, in *Aedon*, 2001, n. 2.

⁸² E.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, a cura di G. Caia e G. Ghet-

atti della commissione viene, in primo luogo, coniata la categoria dei beni culturali ambientali⁸³, nel novero della quale vengono fatti rientrare anche i centri storici. Si tratta di beni dei quali la commissione rileva non solo il pregio, in relazione al loro valore di civiltà, ma anche il carattere di “vitalità”, ciò che valeva a differenziarli dagli altri beni culturali. La vitalità costituisce, peraltro, non solo elemento costitutivo dell’identità culturale del “bene”, ma anche obiettivo verso cui devono tendere le iniziative incidenti sul tessuto urbano⁸⁴. Da qui l’attenzione mostrata non solo al mantenimento delle caratteristiche costruttive esistenti, ma anche alla realizzazione di interventi di consolidamento, restauro, risanamento igienico-sanitario, in grado di preservare la vitalità del bene⁸⁵. La commissione Franceschini individuava, infatti, proprio nei piani regolatori, seppure da coordinarsi con le scelte paesaggistico/ambientali, la sede privilegiata per l’attivazione della tutela dei centri storici⁸⁶.

Le suggestioni della commissione vengono solo parzialmente recepite dalla l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge-ponte). Certo, con questa legge si realizza il primo riconoscimento normativo dei centri storici, intesi oramai come «agglomerato urbano che riveste carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale», e si afferma, altresì, l’idea del valore dei centri storici, ricollegabile all’insieme urbanistico in sé, più che al singolo manufatto⁸⁷. Si stempera, però, il carattere di culturalità, venendo assunto a criterio discretivo di qualificazione della fattispecie la pregevolezza ovvero l’anzianità degli immobili siti in una certa area della città. Manca, altresì,

ti, *La tutela dei centri storici*, Torino, 1997, 41; L. Gulli e F. Talò, *Cinquant’anni di esperienze nella gestione dei centri storici in un caso esemplare*, in *Il capitale culturale*, 2012, n. 5, 41-61, 47.

⁸³ La categoria comprende le zone costituenti strutture insediative, urbane e non urbane, che, presentano particolare pregio per il loro valore di civiltà, rendendo necessaria la loro conservazione al godimento della collettività; si veda la dichiarazione XXXIX, racchiusa negli atti della commissione, su www.icar.beniculturali.it/biblio/pdf/Studi/franceschini.pdf.

⁸⁴ C. Videtta, *I centri storici al crocevia tra la disciplina dei beni culturali, disciplina del paesaggio e urbanistica: profili critici*, in *Aedon*, 2012, n. 3; secondo la dichiarazione XL racchiusa negli atti dei lavori della commissione: «In particolare sono da considerare Centri storici urbani quelle strutture insediative urbane che costituiscono unità culturale o la parte originaria e autentica di insediamenti, e testimoniano i caratteri di una viva cultura urbana».

⁸⁵ G. Severini, *Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali?* cit.

⁸⁶ C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit.; secondo la dichiarazione XL racchiusa negli atti dei lavori della commissione «A fini operativi, la tutela dei Centri storici si dovrà attuare mediante misure cautelari (quali la temporanea sospensione di attività edilizie ad essi inerenti), e definitive mediante Piani regolatori. Si applichino, in proposito, i principi della Dich. XLVI».

⁸⁷ Su cui v. A. Serra, *Riflessioni in tema di governo delle città d’arte: esigenze, obiettivi, strumenti*, in *Aedon*, 2008, n. 1.

il problema dei centri storici

ogni riferimento all'elemento della vitalità, vero nodo problematico nella disciplina di tutela dei centri storici⁸⁸. Il centro storico vede, insomma, svilita le sue specificità, recedendo a problema da affrontare in sede urbanistica, sì che anche la sua tutela recede a interesse da prendere in considerazione assieme ad altri nell'ambito delle scelte di piano⁸⁹. Ed è solo nella legislazione urbanistica degli anni successivi che comincia a germinare la possibilità di una regolamentazione differente, capace di incentivare anche forme di recupero, riuso e rivitalizzazione del centro storico, andando al di là della mera dimensione vincolistica⁹⁰. Occorre attendere il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, perché alcune delle intuizioni della commissione Franceschini trovasse emersione nel diritto positivo, specie in merito alla valenza culturale degli insediamenti urbani, attraverso il loro riconoscimento come beni ambientali. Il nuovo testo dell'art. 136 del codice dei beni culturali riconosce come bene paesaggistico i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri e i nuclei storici (lett. c). Si tratta di una novità di non poco momento, che si inserisce in un panorama oramai profondamente mutato, grazie soprattutto alle sollecitazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Con la convenzione europea del paesaggio approvata a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con l. 9 gennaio 2006, n. 14, si assiste ad un ripensamento radicale delle politiche paesaggistiche: mentre nella concezione originaria di paesaggio accolta dalla l. 29 giugno 1939, n. 1497, la tutela delle bellezze individue e d'insieme seguiva un giudizio di matrice estetico-formale, nella nuova concettualizzazione proveniente dalle fonti sovranazionali l'oggetto dell'intervento di tutela si dilata, al punto da inglobare in sé oramai anche i paesaggi della vita quotidiana, se non addirittura, i paesaggi degradati⁹¹. Come è stato efficacemente affermato, alla matrice estetica viene oramai a sostituirsi o ad affiancarsi una differente cifra distintiva, ancorata ad un'operazione di tipo intellettuale-culturale, volta ad esaltare il *carattere identitario e storico-testimoniale del bene*⁹². Al centro della scena si pone, dunque, il carattere

⁸⁸ Così C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit.; già F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, cit., 47, ove si rivela il carattere conservativo e vincolistico della disciplina urbanistica e M. Sanino, *Discipline urbanistiche e centri storici*, *ivi*, specie 75.

⁸⁹ Così F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, cit., 46; anche C. Videtta, *Centri storici al crocevia*, cit.; anche P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit., 253.

⁹⁰ Su cui F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, cit., 49.

⁹¹ E. Boscolo, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urb. e app.*, 2008, 797 ss.

⁹² *Id.*, *op. cit.*

identitario del bene, rispetto al quale la componente antropica esercita una vera e propria funzione poetica, tanto da divenire, unitamente agli agenti naturali, elemento essenziale nella definizione di paesaggio accolta nell'art. 131⁹³. La riformulazione dell'art. 136 del codice Urbani, e la definizione di centro storico come bene paesaggistico, sembra pertanto ricollegarsi armoniosamente a questa rinnovata (e dilatata) nozione di paesaggio⁹⁴.

In un orizzonte giuridico generale caratterizzato dal radicamento di una nozione antropizzata di ambiente⁹⁵, a sua volta tributaria dell'influenza esercitata dalle convenzioni internazionali sul paesaggio⁹⁶, la riconduzione dei centri storici nel novero dei beni paesaggistici sottende, pertanto, un recupero più profondo della *civitas*, in contrapposizione con l'*urbs*⁹⁷. Al fondo di questa trasformazione si cela anche la necessità che i centri storici non siano privati della loro vitalità, non siano cioè relegati a testimonianza *inanimata* di una certa fase dello sviluppo economico, sociale e culturale⁹⁸. Se il *centro storico* ha progressivamente acquisito un'autonoma considerazione nell'ordinamento giuridico nell'ambito della disciplina dei beni culturali e ambientali, non sono state, tuttavia, del tutto recise le radici che ne hanno segnato per molto tempo l'appartenenza alla dimensione *urbanistica*. La sovrapposizione tra queste differenti dimensioni pare in certa misura propiziata da un dato strutturale di fondo, dal fatto cioè che i diversi strumenti di pianificazione (paesaggistico e urbanistici), pur essendo portatori di istanze diversificate, vengono ad insistere sulla medesima porzione di territorio, sì

⁹³ Secondo l'articolato normativo in questione per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interazioni. Si veda in merito anche P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 387; C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit.; S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, in *Aedon*, 2015, n. 2.

⁹⁴ S. Civitaresse Matteucci, *La pianificazione paesaggistica: il coordinamento con gli altri strumenti di pianificazione*, in *Aedon*, 2005, n. 3, secondo cui «è paesaggio (in linea con la Convenzione europea) ogni luogo percepito dalla popolazione come contenente qualche tratto identitario della storia e della cultura di quella popolazione».

⁹⁵ Profilo peraltro già evidenziato da tempo in dottrina, a partire da M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 5 ss.;

⁹⁶ P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 50 ss. Si tratta di un dato diffusamente rilevato in dottrina, si veda anche M. Immordino e C. Cavallaro, *Art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*³, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2019, 1166 ss.

⁹⁷ P. Stella Richter, *La tutela dei centri storici: dall'urbs alla civitas*, C. Lamberti, *Considerazioni conclusive* al convegno «I centri storici tra norme e politiche», Gubbio, 6-7 giugno 2014, in *Aedon*, 2015.

⁹⁸ A. Serra, *Riflessioni in tema di governo delle città d'arte: esigenze, obiettivi, strumenti*, in *Aedon*, 1, 2008.

il problema dei centri storici

da imporre la necessità di far convivere i diversi, e sovente anche conflittuali, interessi⁹⁹. Questo spiega anche il carattere polisemico della nozione di centro storico, il suo essere cioè valore degno di considerazione paesaggistica ma anche spazio del territorio oggetto di regolazione urbanistica¹⁰⁰. Da un lato, si pone, infatti, la necessità di conservazione dell'esistente, di preservazione delle caratteristiche alle quali il centro storico deve gran parte del suo valore di esistenza e di lascito; dall'altra, si rende necessario guidare le trasformazioni, onde propiziare la valorizzazione dei centri storici, anche in funzione dello sviluppo economico¹⁰¹. Entrambe queste prospettive non sono scevre da rischi: di mummificazione dell'esistente, in caso di adesione a programmi troppo conservativi, o di terziarizzazione, in caso di adesione troppo entusiastica a piani di sviluppo, specie se di matrice esclusivamente turistica¹⁰². Un insieme di fattori conspira, dunque, al riconoscimento di una funzione non banale in capo agli strumenti di governo del territorio¹⁰³. Anche nel rinnovato quadro normativo l'attualità degli strumenti di pianificazione urbanistica si spiega, infatti, in ragione della complessità dei centri storici, ciò che sembra richiedere l'inserimento delle previsioni di tutela nella dinamica della vita della città, in una dimensione, di ottimizzazione degli usi e delle trasformazioni propria della funzione urbanistica¹⁰⁴. Il che reclama un'azione di governo del territorio in grado di porsi in rapporto di continuità/com-

⁹⁹ Tra le istanze di conservazione e quelle di trasformazione, come rileva P. Urbani, *Per una critica costruttiva dell'attuale disciplina del paesaggio*, in *Dir. econ.*, 2020, n. 1, 51. Parla di funzione in alcuni casi supplente della disciplina urbanistica P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati*, cit., 50 ss.; anche A. Bartolini, *Patrimonio Culturale e urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 3, 10 ss.

¹⁰⁰ G. Piperata, *Paesaggio*, in *Il diritto del patrimonio culturale*, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Scullo, Bologna, il Mulino, 2020, 266; S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, cit.; A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, in *I centri storici come parte del patrimonio culturale*, a cura di M. Malo, Bologna, il Mulino, 2020, 39 ss.

¹⁰¹ In relazioni alle quali L. Ferrucci, *Le potenzialità economiche dei centri storici*, in *Aedon*, 2015, n. 2.

¹⁰² A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: caratteri e tendenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 295-322, specie 297; più di recente, Id., *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit., 43; sulla tensione latente tra conservazione e imprenditorialità anche M. Spigarelli, *Il centro storico: ruolo, potenzialità e strumenti di valorizzazione*, in *Disc. comm. serv.*, 2004, 753 ss. e prima ancora G. D'Alessio, *I centri storici*, cit., 454 ss.

¹⁰³ P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati*, cit., 50 ss.

¹⁰⁴ Si è parlato anche di funzione di supplenza degli strumenti di urbanistici, chiamati talvolta a perseguire finalità di protezione ambientale, così P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati*, cit.; A. Serra, *Riflessioni in tema di governo delle città d'arte: esigenze, obiettivi, strumenti*, in *Aedon*, 2008, n. 1; parla di rapporto scalare di integrazione tra i differenti livelli di pianificazio-

plementarietà con le coordinate tracciate dal piano paesaggistico, di cui si postula, in ogni caso, l'indefettibilità¹⁰⁵.

La presenza di questi profili di indubbia complessità, derivanti dalla sovrapposizione tra i differenti piani, urbanistico e culturale, oltre che da una certa laconicità delle disposizioni del codice, ha probabilmente condizionato il dibattito attorno al concetto stesso di centro storico, alimentando un diffuso scetticismo attorno alla possibilità non solo di offrire una nozione giuridica unitaria di centro storico¹⁰⁶, ma anche di forgiare, specie sul versante paesaggistico/culturale, una definizione giuridicamente pregnante, assistita, cioè, da una adeguata e sufficiente capacità selettiva della fattispecie¹⁰⁷. Ulteriori dubbi sono stati affacciati anche in merito al regime di protezione dei centri storici edificato dal codice dei beni culturali, ritenuto ancora troppo incentrato sul versante vincolistico per poter efficacemente disimpegnare funzioni di salvaguardia e rivitalizzazione di un bene così eterogeneo e complesso qual è quello qui esaminato¹⁰⁸. Entrambe le critiche presentano indubbi profili di fondatezza. Con riferimento al primo versante, ne costituisce plastica dimostrazione la stessa tecnica legislativa adoperata dal codice: non solo vi si rinven-
gono concetti propri di altre scienze, ma la stessa scelta se riconoscere o meno al centro storico concreta rilevanza giuridica viene sostanzialmente rimessa ad una valutazione discrezionale, se non dichiaratamente politica, dell'amministrazione¹⁰⁹. Con riguardo al secondo nodo problematico, ne costituisce riprova la fioritura a livello regionale di discipline variegata, sovente animate dal perseguimento di priorità e interessi variegati¹¹⁰. Tuttavia, non pare che la norma del codice sia da giudicare del tutto inservibile allo scopo di identi-

ne E. Boscolo, *La nozione giuridica di paesaggio*, cit., 57 ss.; anche P. Marzaro, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici, ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, Giappichelli, 2011, 38-39.

¹⁰⁵ Così P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati*, cit.; di recente anche A. Cassatella, *Vicenza un centro storico tra dimensione nazionale e sovranazionale*, in *I centri storici come parte del patrimonio culturale*, a cura di M. Malo, cit., 161 ss.

¹⁰⁶ G. D'Alessio, *I centri storici*, cit., 444; sulla non coincidenza tra le due nozioni, urbanistica e paesaggistica-culturale, C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit.; P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit., 252.

¹⁰⁷ È già stato rammentato il pensiero di F. Benvenuti, *Introduzione*, cit., 1 ss. Analoghe considerazioni si ritrovano in A. Bartolini, *Patrimonio Culturale e urbanistica*, cit., 11, 26 ss.; G. Piperata, *Paesaggio*, cit., e anche in T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2017, 394.

¹⁰⁸ A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit., p. 39 ss.; C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit.

¹⁰⁹ Così S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, cit.

¹¹⁰ A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit., 41.

il problema dei centri storici

ficare il centro storico come porzione omogenea dell'agglomerato urbano caratterizzato da una spiccata valenza culturale¹¹¹, specie considerando gli sforzi profusi dalla dottrina più attenta, intesi a meglio definire la dimensione culturale di centro storico (si è parlato a più riprese, anche prima delle modifiche introdotte al codice, di *bene culturale atipico*¹¹²), cogliendone l'indefettibile carattere di *vitalità*, la natura cioè di bene culturale non relegato ad una inanimata testimonianza *del passato*¹¹³, ma, al contrario, animato da un fascio di relazioni e valori sociali ed umani per loro natura immateriali, al punto compenetrati con l'ambiente urbano da non consentire a questo di esistere senza quelli¹¹⁴. La collocazione del centro storico nel novero dei beni paesaggistici, specie se inquadrata nella scelta più generale di valorizzazione della componente antropica del paesaggio, offrirebbe una conferma di questa linea di tendenza, emersa in primo luogo nell'ambito delle riflessioni dottrinarie. Anche l'eventualità della tutela costituisce scelta che si presta ad opposta, e meno pessimistica, lettura: se è vero che il "problema amministrativo" costituisce residuo di quel problema che il legislatore non ha potuto o voluto risolvere integralmente, sì da lasciarne consapevolmente la risoluzione in capo all'amministrazione¹¹⁵, è da prendere atto che ciò di regola avviene proprio perché il legislatore a volte ritiene inopportuno risolvere, in modo generalizzato ed astratto, un problema che sottende, invece, l'adozione di valutazioni e scelte concrete ed individualizzate, da condurre necessariamente caso per caso¹¹⁶. Queste considerazioni paiono particolarmente pertinenti se riferite al bene "centro storico", in relazione al quale appaiono del

¹¹¹ Sul punto si sono, dunque, registrati indubbi passi in avanti, come registra A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici*, cit., 39 ss.

¹¹² A. Perini, *La tutela dei centri storici: un excursus sulle discipline giuridiche*, cit., 314.

¹¹³ A. Serra, *Riflessioni in tema di governo delle città d'arte*, cit.; C. Videtta, *I centri storici al crocevia*, cit. Parlano di centro storico come di «ambito di convivenza sociale» in cui la forte valenza identitaria dovrebbe «costituire il nucleo fondativo della sua rilevanza giuridica», A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit. e M. Malo, *Introduzione. I centri storici come parte del patrimonio culturale*, ivi, 20 s.

¹¹⁴ Ci sembra che questa componente ben possa ricavarsi proprio dal richiamo fatto dall'art. 136 del codice al valore «estetico e tradizionale» di questo particolare complesso di beni. In generale, sul tema dell'immaterialità, A. Bartolini, *Patrimonio Culturale e urbanistica*, cit., 11, 26 ss.; ID., voce *Beni culturali*, *Enc. Dir.*, ann., VI, 2013, 99. Sulle tendenze più generali dell'ordinamento anche L. Casini, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 2012, n. 1-2; G. Severini, *Immaterialità di beni culturali?*, in *Aedon*, 2014, n. 1; A. Galdani, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, n. 1.

¹¹⁵ F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni Ottanta*, Atti del convegno di Varenna, Milano, Giuffrè, 1987, 133.

¹¹⁶ In generale, sulla necessità che l'ordinamento giuridico sia completato dalla presenza di norme c.d. di mutamento, di norme cioè che attribuiscono poteri di produzione

tutto inopportune qualificazioni munite di astrattezza e generalità, di fronte alla variegata manifestazione della realtà fenomenica, che sembra piuttosto reclamare valutazioni il più possibile particolari e individualizzate¹¹⁷. Sotto altro aspetto, il regime specifico previsto per tale categoria di beni, seppure affetto da parzialità di vedute o da alcune inadeguatezze, ben può essere efficacemente funzionalizzato alla risoluzione di alcune rilevanti problematiche emerse nella contemporaneità.

Piuttosto allora che indulgere al diffuso scetticismo in ordine alla reale capacità selettiva della nozione paesaggistica di centro storico o unirsi a quanti (pur giustamente) esprimono insoddisfazione per la parzialità del relativo regime, pare forse operazione più utile e proficua quella di sfruttare fino in fondo le potenzialità dell'attuale disciplina paesaggistica sui centri storici, anche al solo scopo di fare emergere la ridondanza di soluzioni eventualmente ripiegate sullo strumento della legislazione speciale (anche regionale). Sembra, infatti, che – almeno con riferimento al nostro problema – la prospettiva di salvaguardia dell'ambiente urbano schiusa dal codice dei beni culturali, sia pure con le vischiosità testé illustrate, sia invece in grado di offrire alcuni utili punti di attacco onde calibrare una regolamentazione in grado di conciliare, secondo i principii europei di proporzionalità e necessità, la protezione dei segmenti centrali e più antichi della città col principio di concorrenza. È, dunque, giunto il momento di sviluppare qualche considerazione conclusiva, mettendo meglio a fuoco, col materiale sinora raccolto, alcune concrete proposte di tutela.

6. Qualche considerazione finale

L'analisi empirica ha rivelato la tendenza degli operatori economici operanti nel settore della ricettività turistica a sfruttare l'identità della città in una logica di *free riding*, fino alla soglia di deperimento del bene. Là dove si è manifestato con maggiore evidenza, il fenomeno è andato di pari passo con un processo di trasfigurazione volto a imprimere al tessuto produttivo dell'economia cittadina un carattere mono-dimensionale, in un orizzonte nel quale le attività economiche e, in via mediata anche quelle sociali,

giuridica atti a determinare modifiche nell'ordinamento, si v. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1961, 89, 93.

¹¹⁷ Con specifico riferimento alle scelte compiute dalla legislazione paesaggistica, condivisibilmente, P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, cit., 253.

il problema dei centri storici

vengono esclusivamente asservite al soddisfacimento della domanda turistico-ricettiva, alterando in questo modo la vita e l'identità del centro storico.

Il tema esibisce punti di contatto evidente con quanto preconizzato sin dagli anni Sessanta da Hardin¹¹⁸ a proposito dei c.d. *commons*¹¹⁹. In relazione a questa categoria di beni, comprendente principalmente le risorse ambientali, l'Autore parlava di vera e propria "tragedia", paventando il pericolo di un sovra-sfruttamento guidato dal perseguimento di logiche egoistiche. Tutto questo avrebbe un giorno posto il dilemma se optare per la privatizzazione del bene, con conseguente sottrazione al pubblico godimento, o per una più marcata pubblicizzazione, con contingentamento e programmazione nell'uso¹²⁰. La secca alternativa fra gestione statale e privatizzazione è, tuttavia, divenuta a sua volta bersaglio polemico della dottrina successiva, impegnata ad individuare una terza via sulla scorta dell'esempio offerto da alcune comunità, mostratesi particolarmente abili nell'introdurre forme istituzionalizzate di autodisciplina dell'uso di tali beni¹²¹. A ben vedere, il successo dell'*home sharing* ed il suo violento impatto sull'identità delle città dimostra, se si vuole, l'impraticabilità di questa terza via, stante l'incapacità delle comunità di auto-governare il fenomeno: lasciato a se stesso, in assenza di adeguate contropunte istituzionalizzate del tipo di quelle studiate da Ostrom, il mercato condurrebbe inesorabilmente verso una concentrazione dei vantaggi a beneficio di pochi, e ad una moltiplicazione delle diseconomie esterne in danno dei più, impoverendo alla lunga il tessuto urbano, la sua vitalità economica, sociale e, se si vuole, anche la sua matrice identitaria¹²². È, dunque, proprio la logica del *free rider* che sta dietro, guidandole, le scelte economiche delle strutture ricettive private a giustificare l'accostamento del nostro tema rispetto alla problematica dei *commons*: anche l'identità dei centri storici, al pari dei *commons*, costituisce bene suscettibile di deperimento, per effetto dello sfruttamento incontrollato del bene¹²³.

¹¹⁸ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in 162 (3859) *Science* (1968), 1243-1248.

¹¹⁹ È persuasiva l'idea che il concetto di bene comune possa estendersi anche agli insediamenti urbani, all'ambiente e al paesaggio, così V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *giustamm.it*, 2013, 1-33.

¹²⁰ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, cit.

¹²¹ E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, CUP, 1990.

¹²² G. Severini, *Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali?* cit.; M. Cammelli, *Città d'arte tra autonomia e regimi speciali*, *ivi*. In una logica di *commons* applicata ai beni ambientali R. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 439 ss.

¹²³ L'unicità dell'esperienza offerta dal centro storico deperisce man mano che all'identità originaria se ne sostituisce una nuova, legata alla terziarizzazione e alla turistizzazione del centro. Spunti in A. Bartolini, *Patrimonio Culturale e urbanistica*, cit., p. 26. Sugli effetti della

Al centro della scena si pone, dunque, il ruolo dei soggetti pubblici, la loro capacità di assicurare un equilibrato sviluppo della comunità e del territorio, in una prospettiva olistica, dominata dalla cifra distintiva della complessità, nel quale un posto centrale e irrinunciabile dovrebbe essere assegnato al rispetto dell'identità e della vitalità dei centri storici, specie nell'ambito delle città maggiormente esposte alle esternalità negative associate ai flussi turistici. Questo richiede una certa capacità delle istituzioni di valutare i costi potenziali ricollegabili al turismo e a ridisegnare le conseguenti strategie che permettano di coniugare la crescita turistica con la sua sostenibilità, in una prospettiva aperta alla considerazione di differenti interessi, non escluso quello alla concorrenza¹²⁴. Si profila, dunque, all'orizzonte uno scenario nel quale un intervento dei pubblici poteri può apparire opportuno¹²⁵, se non necessario, attraverso una più avanzata regolamentazione del principio di concorrenza, in grado di tener conto, tra le altre cose, anche della non omogeneità dei differenti contesti.

A ben vedere, è lo stesso principio europeo di proporzionalità a reclamare l'introduzione di una regolamentazione capace di riflettere mimeticamente la diversità delle situazioni locali, in funzione della realizzazione dell'obiettivo della preservazione della vitalità dei centri storici. Ben diverse appaiono, per esempio, le condizioni, i bisogni e, dunque, anche le politiche da adottare con riferimento ai centri storici delle piccole città rispetto a quelli delle grandi città d'arte¹²⁶. Nei primi, la risorsa turistica può essere riguardata positivamente, non solo quale irrinunciabile motore dello svi-

turistizzazione si rinvia anche P.L. Cervellati, *La chimera della rigenerazione e il popoloso deserto della città storica, Consumo di luogo Neoliberismo nel disegno di legge urbanistica dell'Emilia-Romagna*, a cura di I. Agostini, Bologna, Pendragon, 2017, 47 ss.; T. Montanari, *Tutela dei centri storici nel segno della civiltà*, in *I centri storici come parte del patrimonio culturale*, a cura di M. Malo, cit., 23 ss.

¹²⁴ Banca d'Italia, *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, in 505 *Questioni di economia e finanza (Occasional paper)* (2019), 9.

¹²⁵ Sull'opportunità di leggi speciali per il governo dell'esistente il dibattito è ampio. In genere, la dottrina rileva la necessità, per certi versi condivisibile, di politiche speciali più che di leggi speciali. Si veda in proposito G. Severini, *Centri storici: occorre una legge statale o politiche speciali?*, cit.; M. Cammelli, *Città d'arte e centri storici. Città d'arte tra autonomia e regimi speciali*, in *Aedon*, 2015, n. 2; A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *le Regioni*, 2016, 955 ss.

¹²⁶ Sulla non omogeneità delle diverse situazioni locali già F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, cit., 67; ma anche A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit., 47 ed ivi per i pertinenti riferimenti normativi alla legislazione regionale; seppure in diverso contesto anche, T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, cit., 386 ss.

il problema dei centri storici

luppo locale, ma anche quale strumento di preservazione del tessuto sociale, tanto da giustificare la previsione di regimi giuridici di più accentuato favore. Ne costituiscono testimonianza alcune previsioni regionali relative al c.d. albergo diffuso, di cui si prevede il radicamento nell'ambito dei centri storici dei piccolissimi centri urbani, a volte anche in deroga agli ordinari *standard* edilizi¹²⁷. Nei secondi, l'industria della ricettività turistica può costituire, al contrario, un'arma a doppio taglio, che può sortire, ove non adeguatamente regolata, fenomeni non desiderabili nel lungo periodo. Con ciò si vuole dire che la problematica esige un'opera di attenta ricucitura delle concrete regolazioni rispetto alle esigenze reali dei singoli contesti, ciò che si riflette inevitabilmente anche sulla scelta del *versante* dal quale aggredire il problema, quanto meno nei contesti nei quali i rischi di radicamento dell'economia monodimensionale paiono più evidenti.

Un primo lato di intervento è, senz'altro, quello *commerciale*, che guarda all'individuazione delle misure restrittive della concorrenza come ad uno strumento utile per conseguire la protezione del bene ultimo da proteggere. Un approccio di questo tipo sembrerebbe essere stato adottato dal d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, art. 1, c. 4 (c.d. "SCIA 2"), che ha introdotto il potere comunale, in deroga alle liberalizzazioni del commercio, di escludere dal centro storico alcune tipologie commerciali non coerenti¹²⁸. Analoga strategia di attacco è stata proposta da una recente dottrina, onde sterilizzare il rischio di "terziarizzazione" dei centri storici, proponendo di precludere lo svolgimento delle attività turistico-ricettive, tutte le volte che le stesse abbiano carattere di imprenditorialità¹²⁹. Si tratta di una proposta senz'altro da condividere che, però, potrebbe meglio essere affinata sul piano della tecnica legislativa, sollecitando una regolamentazione, anche di livello regionale, fatta di alcuni principi generali, in grado di assicurare il necessario margine di libertà alle amministrazioni locali, onde consentire loro di assumere scelte

¹²⁷ Si veda per esempio l'art. 5 del reg. regione Piemonte del 15 maggio 2017, n. 9, e il relativo Allegato A; sul punto anche A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici*, cit., 297 e Id., *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, cit., 54, (specie *sub* nota 54 ove si citano in particolare l.rg. Abruzzo n. 22/2013 e l.rg. Basilicata n. 5/2015).

¹²⁸ P. Carpentieri, *Valore culturale dei centri storici vs. concorrenza e mercato*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 425 ss.; C.P. Santacroce, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 97. Sulla possibilità che la disciplina del commercio costituisca strumento di protezione del centro storico anche G. Piperata, *Paesaggio*, cit. p. 266; S. Civitarese Matteucci, *Limiti all'iniziativa economica e tutela dei centri storici*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, 879 ss.

¹²⁹ Su cui P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 190 ss.; anche N. Pica, *Attività economiche sottoposte a regolamentazione amministrativa e sharing economy*, cit.

adeguate alle peculiarità delle diverse situazioni locali e alla natura dei differenti tessuti urbani¹³⁰.

Tuttavia, se il problema investe nel profondo le trasformazioni del *paesaggio urbano*, è allora su questo terreno, cioè quello paesaggistico e ambientale che la soluzione andrebbe più correttamente individuata. In questa seconda strategia di attacco, al centro del proscenio si colloca, in forme più *dirette e immediate*, la disciplina di tutela ambientale, elevata ad argine contro il rischio di terziarizzazione dei centri storici, attraverso l'impiego delle tecniche di conformazione dell'uso della proprietà privata¹³¹. Certo, questo dovrebbe reclamare l'adozione di specifiche misure, a partire dalla dichiarazione di notevole interesse pubblico, posto che i centri storici non sono qualificabili *ex lege* a stregua di beni paesaggistici: essi costituiscono bensì beni culturali d'insieme di notevole pregio paesaggistico, ma solo se sussiste un vincolo apposto dalla regione o dal Ministero, ai sensi dell'art. 138 d.lgs. n. 42/2004¹³². Solo in questo modo sarebbe consentito di individuare, ai sensi dell'art. 140 del codice, una specifica disciplina intesa ad assicurare la conservazione dei valori espressi dagli aspetti e caratteri peculiari del territorio considerato, produttiva di effetti conformativi *diretti* della proprietà¹³³. Ma non va sottovalutata la possibilità, specie con riferimento a contesti "altri" da quelli sottoposti direttamente a vincolo, che l'atto di pianificazione ambientale detti indirizzi e linee guida in grado di orientare, pur senza produrre effetti conformativi diretti, le scelte compiute in sede di pianificazione urbanistica, ai sensi dell'art. 145 del codice.

La strumentazione in esame non è, peraltro, ignota alla legislazione *urbanistica* regionale di ultima generazione. Facendosi carico della preoccupazione di assicurare (quasi in chiave supplente) adeguata protezione verso gli interessi ambientali¹³⁴, alcune leggi regionali sembrano, infatti, talvolta guardare all'incontrollato sfruttamento del centro storico come a una pos-

¹³⁰ Sul rapporto tra legge ed amministrazione, tra prevedere e provvedere si rinvia a M. Cammelli, *Città d'arte e centri storici*, cit.

¹³¹ P. Urbani, Per una critica costruttiva *dell'attuale disciplina del paesaggio*, in *Dir. econ.*, 2010, n. 1, 56, 60.

¹³² A. Angiuli, *La genesi urbanistica del centro storico: dalla "Carta di Gubbio" alle nuove problematiche del risanamento*, in *Aedon*, 2015, n. 2; S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, cit.; A. Morrone, *Il diritto nelle città e nei centri storici*, Napoli, Jovene, 2016, 68, 69.

¹³³ Sui c.d. vincoli vestiti P. Urbani, *Per una critica costruttiva dell'attuale disciplina del paesaggio*, in *Dir. econ.*, 2010, n. 1, 56, 60; sulla idoneità di siffatti vincoli a conformare la proprietà anche N. Aicardi, *I vincoli paesaggistici tra Codice e l.rg. 23/2009*, in *Ist. fed.*, 2010, 81-99.

¹³⁴ Sulla funzione supplente dell'urbanistica rispetto all'ambiente, v. in particolare *sub* nota 105.

il problema dei centri storici

sibile minaccia, sì da prevedere specifici dispositivi giuridici, facenti leva sull'introduzione, da parte degli strumenti urbanistici comunali, di una più restrittiva disciplina dei mutamenti della destinazione d'uso degli immobili¹³⁵. La medesima soluzione appare ripresa in alcune recenti proposte di legge¹³⁶, specificamente pensate per combattere la "terziarizzazione" dei centri storici attraverso l'introduzione di rigorose limitazioni al cambio d'uso dell'immobile. Si tratta di misure che, in ragione del loro obiettivo di tutela (l'ambiente urbano) ben potrebbero trovare, come prima illustrato, una più *pertinente e coerente* collocazione in sede di pianificazione paesaggistica regionale. Una simile strategia, imperniata sulla centralità degli strumenti di regolamentazione ambientale, pare oltretutto meglio attrezzata per assicurare, in ossequio al principio europeo di proporzionalità, l'aderenza delle misure di tutela rispetto all'effettiva necessità di protezione dell'ambiente urbano, considerato che l'intervento conformativo verrebbe dettato in ragione di valutazioni compiute caso per caso, in relazione a quei segmenti maggiormente meritevoli di intervento di salvaguardia e più direttamente esposti alle esternalità negative del fenomeno qui illustrato.

Certo, l'efficacia di questa strategia di contenimento andrebbe per un verso consolidata, mettendo necessariamente mano alla regolamentazione regionale delle attività turistico-ricettive, nella gran parte dei casi incentrata sulla (discutibile) indifferenza tra uso residenziale e turistico. Sotto altro aspetto, la funzionalità rispetto all'obiettivo di questa soluzione andrebbe testata anche sotto il profilo empirico, attraverso più approfondite e affinate indagini conoscitive, volte a verificare quanta parte del problema sia collegata all'offerta di singole stanze da parte di piccoli proprietari alla ricerca di una modesta integrazione al reddito e quanta, invece, sia ricollegabile alla presenza di strutture ricettive più articolate e professionali. Questo discrimine non è privo di rilievo, stante la difficoltà (e forse anche la non opportunità sotto il profilo giuridico) di individuare misure di contrasto nei riguardi delle attività turistico-ricettive consistenti nella messa a disposizione di una semplice stanza, considerato oltretutto che la forte promiscuità nell'uso della proprietà vanificherebbe anche il criterio selettivo della superficie utile impiegata¹³⁷. Ciò che si può dire è che i dati statistici attualmente a disposizione

¹³⁵ Si veda l'art. 4, l.rg. regione Puglia, 1° dicembre 2017, n. 48.

¹³⁶ Il progetto di proposta di legge presentato al convegno «Il diritto della città storica, Roma, 12 novembre 2018», cfr. in Atti del Convegno, www.bianchibandinelli.it/newsite/wp-content/uploads/2019/01/Il-Diritto-alla-Citta%CC%80-Storica.pdf. Riferimenti anche in A. Perini, *Verona del XXI secolo al bivio: riqualificazione del centro storico o creazione di un nuovo parco tematico?*, in *I centri storici come parte del patrimonio culturale*, a cura di M. Malo, 157.

¹³⁷ In relazione al problema della promiscuità negli usi, un elemento di chiarezza può,

evidenziano che la quota di annunci ricollegabili a piccoli proprietari appare, ovunque, quantitativamente minoritaria, il che sembrerebbe confermare la praticabilità delle proposte incentrate sulla conformazione del diritto di proprietà, stante la loro idoneità ad intercettare una parte quantitativamente significativa del fenomeno¹³⁸.

Va da sé che la strategia complessiva dei pubblici poteri non dovrebbe limitarsi ad una impostazione meramente difensiva, ma comprendere – ove possibile – anche un approccio di tipo *propositivo*, tramite l'adozione di altre, non meno importanti, politiche, come quelle relative all'edilizia residenziale pubblica, che storicamente hanno svolto un ruolo decisivo nella rivitalizzazione di significativi segmenti di importanti centri storici italiani¹³⁹.

Abstract

The author focuses on the new phenomena related to the shared economy, analyzing their effects on the identity of historic centers and identifying possible solutions on the ground of landscape planning.

infatti, essere fornito dall'adozione, quale criterio discrezionale, del parametro della superficie utile adoperata (criterio un tempo previsto dall'art. 23-ter del t.u. edilizia e diffusamente adoperato nella legislazione regionale), qualificando la concreta destinazione impressa all'immobile in base ad un criterio di prevalenza (in giurisprudenza v. per esempio TAR Toscana, sez. II, 3 febbraio 2004, n. 237; Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4174).

¹³⁸ Per la situazione in Veneto e Toscana si veda il rapporto di Banca d'Italia, *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, cit., 89; con riferimento alla situazione di Torino si v. I. Rubino, *Affitti brevi e trasformazioni nelle aree urbane: il caso di Torino*, in *Territorio Italia*, 1, 5, 2018, 91 ss.

¹³⁹ Si pensi all'esempio del centro storico di Bologna, su cui C. De Angelis, *Quarant'anni dopo. Piano PEEP Centro storico 1973. Note a margine, tra metodo e prassi*, in *in bo*, 2013, n. 6, 35 ss.; L. Gulli e F. Talò, *Cinquant'anni di esperienze nella gestione dei centri storici in un caso esemplare*, cit., specie 53; G. D'Alessio, *I centri storici*, cit., 475.

MARTINA CARDONE E DANIEL FOÀ*

LA VALORIZZAZIONE DEL PATRIMONIO INFORMATIVO NELL'AMBITO DELLE STRATEGIE DI DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Digitalizzazione della pubblica amministrazione: un obiettivo da perseguire. – 3. La digitalizzazione dei servizi pubblici nell'ambito dell'Unione Europea: il *Next Generation EU*. – 4. La rilevanza dei dati pubblici nei progetti di digitalizzazione. – 5. La circolazione interna alle amministrazioni dei dati: banche dati e interoperabilità. – 6. L'amministrazione *open* e il riutilizzo dei dati. – 7. La credibilità dei dati a terzi: un'occasione per la p.a.

1. Premessa

La digitalizzazione è ormai da anni un tema centrale delle politiche di riforma – sia a livello nazionale che sovranazionale – in quanto ritenuta prioritaria per il progresso e la crescita economica. Tale processo interessa anche (e soprattutto) la pubblica amministrazione, poiché l'impiego di soluzioni tecnologiche nell'esercizio dell'azione amministrativa può rivelarsi un volano di sviluppo economico, in quanto agevola la transizione digitale del Paese nel suo complesso¹ e consente di semplificare l'azione amministrativa e di valorizzare il patrimonio informativo detenuto dagli enti pubblici.

Proprio con la consapevolezza della necessità di perseguire tali rilevanti finalità, numerosi sono stati i piani per la digitalizzazione redatti in Italia negli ultimi anni. Questi, inseriti nell'ambito di più ampie iniziative promosse dall'Unione Europea (tra cui il piano di investimenti per l'Europa, *InvestEU*

* Dottorandi di ricerca in Diritto & Impresa presso l'Università LUISS Guido Carli. Benché il presente lavoro sia frutto di una riflessione congiunta degli autori, a Daniel Foà vanno attribuiti i paragrafi 1, 2 e 3, a Martina Cardone vanno attribuiti i paragrafi 4, 5 e 6. Il paragrafo 7 è comune.

¹ Al fine di far fronte alla situazione di ritardo nell'alfabetizzazione informatica del Paese, con decreto del 21 luglio 2020 del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione è stata adottata una «Strategia nazionale per le competenze digitali» che mira ad affrontare la problematica in modo strutturale.

e i più recenti progetti del *Next Generation EU* approvati in risposta alla crisi pandemica) spesso muovono dalla presa d'atto dell'insufficiente livello di implementazione delle soluzioni tecnologiche raggiunto dall'amministrazione, ribadendo l'indifferibile necessità di perseguire tale obiettivo.

L'implementazione degli strumenti digitali, inoltre, permetterebbe alle amministrazioni di impiegare meglio la grande quantità di informazioni raccolta nell'ambito della propria attività istituzionale, così eliminando lo sperpero di risorse pubbliche insito nella duplicazione di attività. Risulta fondamentale, in tal senso, anche aprire la strada al c.d. riutilizzo dei dati, ormai considerati non più come mero bene strumentale bensì come asset strategico².

Il presente lavoro, dunque, si propone di verificare la possibilità di sfruttare e valorizzare fino in fondo il patrimonio conoscitivo della pubblica amministrazione, anche considerando la possibilità di cedere i dati che la stessa detiene in cambio di un corrispettivo. A tal fine, viene anzitutto effettuata una ricognizione dello stato dell'arte della digitalizzazione dell'amministrazione pubblica (e delle relative implicazioni sulla semplificazione e trasparenza dell'azione amministrativa), anche alla luce delle rilevanti opportunità offerte dalle somme stanziare nell'ambito del *Next Generation EU* che considera la transizione digitale quale obiettivo prioritario. Successivamente, vengono approfonditi in particolare due ambiti: lo studio delle banche dati come strutture per conservare e gestire dati, l'interoperabilità tra queste e la condivisione di dati tra pubbliche amministrazioni come requisito necessario per l'attuazione della strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese; la c.d. filosofia dell'amministrazione *open* che ha quali corollari la utilizzabilità, la riutilizzabilità e la libera condivisione dei dati detenuti dalla p.a.

Tale analisi è propedeutica, pertanto, a verificare la possibilità per le amministrazioni di valorizzare le informazioni detenute, anche mediante la loro cessione verso corrispettivo a terzi. Più precisamente, si vuole verificare quali dati possano essere ceduti dalla pubblica amministrazione, compatibilmente con i principi di trasparenza, pubblicità e tutela dei dati personali, e quali difficoltà organizzative e giuridiche si potrebbe incontrare.

Lo studio circa la configurabilità di tale attività di cessione dei dati, inoltre, si giustifica in ragione del fatto che da questa potrebbero derivare numerosi benefici: non solo per l'amministrazione che incasserebbe un cor-

² Le Linee Guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID) evidenziano come i dati siano «leve di innovazione e di politica economica». Cfr. AGID, *Linee Guida nazionale per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico*, 2014.

rispettivo a fronte della cessione degli stessi, ma anche per tutti gli operatori economici che impiegando tali informazioni potrebbero meglio calibrare i propri servizi offerti sul mercato.

2. Digitalizzazione della pubblica amministrazione: un obiettivo da perseguire

Le più recenti iniziative in materia di digitalizzazione si inseriscono nell'ambito di una evoluzione ormai ventennale che negli ultimi anni è più che mai dinamica. Per meglio comprenderne i tratti caratterizzanti occorre ripercorrere brevemente le principali tappe del processo di transizione digitale dell'amministrazione, tenendo a mente che queste hanno sempre avuto il fine di favorire una maggiore trasparenza, oltreché semplificazione³, dell'azione amministrativa. Peraltro, è chiaro che l'implementazione delle tecnologie nella amministrazione – proprio perché consente di svolgere le attività procedurali in modo maggiormente standardizzato, tenendo inoltre traccia delle singole azioni poste in essere – tende a rendere possibile una maggiore *accountability* della p.a. e dei suoi funzionari nei rapporti con i cittadini, oltre a permettere la verifica del rispetto dei procedimenti, in funzione di contrasto alla corruzione.

Appare però evidente come non sia sufficiente dotare l'amministrazione di risorse tecnologiche al fine di realizzare l'auspicata digitalizzazione dei servizi pubblici, bensì occorre implementare precise strategie per tale transizione, accompagnate anche da iniziative di formazione continua dei funzionari⁴. È, quindi, imprescindibile che gli enti pubblici modifichino in modo sostanziale i propri modelli organizzativi al fine di poter diventare veramente digitali.

Nonostante già dagli anni Settanta del secolo scorso fosse iniziato il dibattito circa l'utilizzo delle tecnologie informatiche nell'amministrazione, solamente dagli anni Novanta si registrano i primi interventi legislativi sul tema⁵, che si possono ricondurre anzitutto a tre momenti fundamenta-

³ Al fine di realizzare una effettiva semplificazione, occorre anzitutto evitare che le procedure informatiche dell'amministrazione siano la mera trasposizione digitale delle prassi burocratiche già applicate in precedenza. Una siffatta prassi lungi dal realizzare una effettiva semplificazione finirebbe per rendere l'azione amministrativa più macchinosa.

⁴ Già M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722, evidenziava le problematiche collegate all'inefficienza nell'utilizzo degli strumenti tecnologici.

⁵ In particolare, dapprima fu introdotto il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si oc-

li⁶: 1) lo sviluppo delle reti civiche, finalizzate a mettere in collegamento i soggetti pubblici e i vari enti presenti sul territorio; 2) il c.d. *e-government*, inteso dapprima come mera applicazione delle tecnologie *Information and Communication Technology* (ICT) alle attività amministrative (*office automation*), evolutosi ricomprendendo anche l'offerta di servizi *on-line* ai consociati⁷; 3) l'*Open Government*, avente la finalità di favorire un potenziale accesso aperto alle informazioni, di modo da rendere possibile una maggiore interazione tra amministrazione e cittadini⁸.

Tali interventi prendono le mosse dalla constatazione delle potenzialità degli strumenti tecnologici nel rendere più rapida la comunicazione tra la p.a., le altre amministrazioni e gli amministrati, oltre a consentire l'analisi e l'utilizzo della grande quantità di dati che le amministrazioni detengono. L'evoluzione in questo ambito è stata continua – e ad oggi è più che mai dinamica – proprio in ragione della rilevanza della corretta valorizzazione dei dati.

Ebbene, accanto agli interventi normativi citati, fin dai primi anni Duemila sono stati adottati atti programmatici, volti a tracciare un percorso – legislativo e amministrativo – da intraprendere per digitalizzare la p.a. In particolare, il primo piano nazionale per l'*e-government* del 2000 si poneva

cupava dell'informatizzazione degli uffici pubblici, disciplinando le modalità di adozione degli strumenti tecnologici da parte degli uffici; poi, nel 1997, con la l. 15 marzo, n. 59, si è ulteriormente approfondito il rapporto della pubblica amministrazione con l'utilizzo della tecnologia, quale strumento di comunicazione con i cittadini in grado di semplificare la fruizione dei servizi pubblici, rendendo altresì più efficiente la macchina pubblica. Per un approfondimento F. Costantino, *Informatizzazione della P.A.*, in *Diritto online*, Treccani, 2015.

⁶ Cfr. L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa, Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, a cura di L. Donato, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 2020, 279 ss.

⁷ Giova precisare che per *e-government* si intendono tutti quegli utilizzi di tecnologie digitali finalizzati all'ottimizzazione dei processi interni dell'amministrazione e nei rapporti con i cittadini (rapporti *government to citizens* – G2C), con le imprese (*government to business* – G2B) e con le altre amministrazioni (*government to government* – G2G).

⁸ L'*Open government* si caratterizza per una apertura della p.a. ai cittadini finalizzata all'instaurazione di un rapporto collaborativo e di fiducia, che permetta all'azione amministrativa di essere maggiormente efficace. Un chiaro esempio di tale filosofia orizzontale nei rapporti tra amministrazione e cittadini è rappresentato dal c.d. accesso civico generalizzato, nell'ambito del quale agli amministrati è riconosciuto un ruolo proattivo nel perseguimento della trasparenza della p.a. Va evidenziato che – come verrà *funditus* analizzato nei paragrafi successivi – l'implementazione di questo aspetto della digitalizzazione dell'amministrazione si fonda sui dati aperti. Per un approfondimento sul tema dell'*Open government*, si veda la voce F. Constantino, *Open Government*, in *Digesto online*, Wolters Kluwer, 2015.

la valorizzazione del patrimonio informativo

quali obiettivi quelli di consentire la reperibilità *online* di tutte le informazioni pubbliche e di rendere accessibili i servizi pubblici *online* quando ciò fosse stato tecnicamente possibile⁹; al contempo, la digitalizzazione del patrimonio informativo detenuto dalle amministrazioni avrebbe dovuto permettere loro di scambiarsi in tempo reale le informazioni relative ai cittadini, realizzando un'evidente sburocratizzazione e semplificazione dei rapporti tra amministrazione e cittadino¹⁰. Difatti, come approfondiremo, mediante una effettiva comunicazione tra le banche dati delle singole amministrazioni sarebbe possibile evitare di domandare ai soggetti amministrati di fornire più volte le medesime informazioni e documenti.

Momento di svolta nell'evoluzione normativa in materia è rappresentato dall'approvazione del Codice dell'amministrazione digitale¹¹ (CAD) che costituisce la prima forma di disciplina organica dell'applicazione delle tecnologie informatiche nella pubblica amministrazione e nel rapporto tra l'amministrazione e gli amministrati¹². Occorre evidenziare che l'approvazione del CAD non ha rappresentato il punto di arrivo della disciplina della digitalizzazione della p.a., ma piuttosto l'avvio di un processo di continua trasformazione in cui il codice avrebbe dovuto rappresentare il *corpus* normativo di riferimento in materia. Difatti, fin dai primi anni dalla sua entrata in vigore, molte sono state le riforme e i correttivi che si sono susseguiti: il primo dei quali introdotto con il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, volto a modificare il CAD tenendo conto dei rilievi formulati dal Consiglio di Stato in sede

⁹ L'oggetto e le finalità dell'amministrazione digitale (*e-government*) sono ben delineate anche dalla Comunicazione della Commissione Europea «Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa», 26 settembre 2003 .

¹⁰ Con l'avvento dell'*e-government* negli anni 2000, il d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, ha previsto, nelle more di una piena interoperabilità tra le banche dati delle amministrazioni, la possibilità per il privato di fornire dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà per sostituire la produzione di certificati nei rapporti con con la p.a. La conferma che queste dichiarazioni sostitutive non siano state ancora pienamente superate dalla piena digitalizzazione dei sistemi informativi della p.a. si è avuta in tempi recenti, attesa la grande diffusione delle c.d. autocertificazioni nel periodo pandemico (anche se va evidenziato che tali strumenti sono talvolta stati utilizzati dal legislatore dell'emergenza anche per autodichiarazione di informazioni differenti rispetto a quelle contemplate dal d.P.R. n. 445/2000).

¹¹ Il codice è stato approvato con approvato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, in attuazione della delega contenuta all'art. 1, c. 10, l. 29 luglio 2003, n. 229).

¹² Come è stato osservato da G. Cozzolino, *Codice dell'amministrazione digitale*, in *Digesto online*, Wolters Kluwer, 2012 l'obiettivo principale di tale codificazione è stato quello di «assicurare la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

consultiva¹³; successivamente, nel 2010, un ulteriore adeguamento al CAD è stato necessario al fine di allineare la disciplina ivi contenuta alla rapida evoluzione tecnica degli strumenti digitali¹⁴. Più recentemente, con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179¹⁵ non solo è stato ampliato l'ambito applicativo del CAD ma si è inciso anche sulla *governance* della transizione digitale e sulle modalità di produzione di norme tecniche; le modifiche introdotte nel 2018 al CAD hanno invece posto le basi, tra l'altro, per l'introduzione del c.d. domicilio digitale, che rappresenta un chiaro esempio di semplificazione amministrativa attraverso l'adozione di soluzioni tecnologiche. Da ultimo, anche il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni) ha apportato modifiche al testo del CAD incidendo, tra l'altro, sulla disciplina dell'identità digitale, domicilio digitale e accesso ai servizi digitali.

Tale continua riforma del testo del codice è rappresentativa della rapida evoluzione della tecnica e della necessità che la normativa sia prontamente aggiornata e innovata, al fine di contemplare i nuovi fenomeni tecnologici emersi, nonché nuove modalità di razionalizzazione, riorganizzazione, trasmissione e conservazione dei documenti, informazioni e dati¹⁶. D'altra parte, i plurimi interventi legislativi in materia (tra l'altro, molto ravvicinati nel tempo) indicano la mancanza di una chiara ed univoca strategia per la digitalizzazione.

A tal riguardo, giova evidenziare che la gestione della fase di transizione digitale delineata dal CAD è affidata all'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), che costituisce il principale interlocutore per l'implementazione della di-

¹³ Cfr. Cons. St., sez. cons. per gli atti normativi, parere n. 11995/04 reso nell'adunanza del 7 febbraio 2005, che evidenziava, tra le altre cose, i difetti di sistematicità del CAD e il fatto che contenesse molte disposizioni meramente programmatiche (che necessitavano, dunque, di ulteriori atti di recepimento) e non precettive.

¹⁴ D.lgs. 30 dicembre 2012, n. 235, in attuazione della delega contenuta nell'art. 33 l. 18 giugno 2009, n. 69. Tale intervento si contraddistingue non solo per avere istituito meccanismi premiali e sanzionatori per rendere maggiormente effettive le previsioni del CAD, ma anche per avere esteso l'ambito applicativo dello stesso codice anche alle società interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato dalla pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT).

¹⁵ In attuazione della delega conferita dall'art. 1, l. 7 agosto 2015, n. 124, avente quale oggetto la carta della cittadinanza digitale. Per un approfondimento sulle modifiche apportate con tale riforma, si veda B. Carotti, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 7 ss. Sulle successive modificazioni di cui al d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, si veda B. Carotti, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 131 ss.

¹⁶ F. Cardarelli, *Il codice dell'amministrazione digitale*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017, 216.

la valorizzazione del patrimonio informativo

gitalizzazione delle p.a., tanto nel rapporto con la cittadinanza, quanto nei confronti delle altre amministrazioni. Difatti, all'AGID è attribuito il compito di favorire la diffusione dei sistemi e delle soluzioni dell'ICT nella p.a., attraverso la definizione di standard, l'elaborazione di regole tecniche e il coordinamento informatico dei progetti inseriti nell'agenda digitale italiana. Recentemente, con la finalità di rendere possibile una migliore pianificazione e monitoraggio della transizione digitale, il d.l. 76/2020 ha trasferito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la competenza del coordinamento informatico delle amministrazioni statali, regionali e locali, dapprima attribuita all'AGID¹⁷.

Rimane, invece, in capo all'AGID il compito di predisporre le linee guida di attuazione del CAD e la c.d. agenda digitale. Anche in tale settore, dunque, si è ritenuto di impiegare atti di *soft law*, idonei ad integrare la disciplina legislativa per quanto riguarda gli aspetti tecnici di maggiore dettaglio, anche in ragione delle più snelle procedure di approvazione (rispetto agli atti legislativi). Nonostante il carattere non vincolante delle linee guida, che potrebbe renderle uno strumento non particolarmente efficace, il valore aggiunto di tali atti è individuabile in una funzione normativa atipica, che permette di introdurre una autonoma disciplina in materie ad alto tasso di tecnicismo di cui l'AGID è competente, chiarendo la posizione dell'agenzia con riferimento a determinate problematiche e profili tecnici.

Con le linee guida viene, dunque, dettata una disciplina puntuale, anche con riferimento a quegli ambiti in cui all'AGID sono attribuiti poteri di vigilanza, rispetto ai quali vengono di fatto predeterminate le modalità di esercizio; d'altra parte, le linee guida hanno il pregio di fornire una regolamentazione tecnica specifica di una materia in costante evoluzione, rappresentando pertanto un importante punto di riferimento per gli operatori del mercato.

Il CAD poggia su alcuni capisaldi che pongono le basi per una più profonda digitalizzazione. Tra questi, indubbiamente centrale è quanto stabilito dall'art. 3 secondo cui sia i cittadini sia le imprese possono (*rectius*, hanno diritto di) richiedere ed ottenere che vengano utilizzate le tecnologie telematiche nelle proprie comunicazioni con le pubbliche amministrazioni. Ciò dovrebbe permettere di superare le resistenze opposte da talune amministrazioni all'utilizzo delle soluzioni telematiche. Allo stesso modo, l'art. 2, c. 1 del codice impone alla p.a. di utilizzare le tecnologie informatiche per assicurare

¹⁷ Cfr. P. Clarizia, *Il decreto n. 76/2020 per la semplificazione e l'innovazione digitale: la pandemia riuscirà dove tutti hanno fallito?*, in *Osservatorio sullo Stato digitale*, Istituto di ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 8 dicembre 2020.

«la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale».

Come verrà più approfonditamente esaminato nel prosieguo, nell'ambito della amministrazione digitale delineata dalle evoluzioni normative sin qui analizzate, sono evidentemente centrali i dati detenuti dalle amministrazioni, come evidenziato anche dall'art. 50 del CAD, che sancisce come gli stessi siano «formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione, alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati». L'art. 52 si occupa, invece, del profilo della riutilizzabilità dei dati, ad oggi sempre più rilevante nella prospettiva di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico.

Tali profili costituiscono certamente un passaggio nodale del discorso sulla digitalizzazione della p.a. e oggetto di specifica trattazione nei paragrafi successivi, dove meglio saranno analizzate le implicazioni della gestione e della conservazione dei dati da parte delle amministrazioni nonché le opportunità che ciò offre.

D'altra parte, però, l'implementazione delle tecnologie informatiche nell'attività amministrativa non è priva di profili problematici. In tal senso, può anzitutto evidenziarsi che nel contesto nazionale già la strategia per la crescita digitale 2014-2020 – constatando il mancato raggiungimento di standard sufficienti di digitalizzazione – sottolineava la necessità di predisporre infrastrutture trasversali per la prestazione dei servizi digitali che permettessero all'amministrazione di essere accessibile *online* e di erogare servizi in rete¹⁸, valorizzando così le risorse disponibili. Attraverso l'implementazione dei c.d. fattori abilitanti per la digitalizzazione si potrà quindi realizzare l'auspicato *digital change* nell'organizzazione amministrativa e nei rapporti con i cittadini.

È parimenti cruciale guardare all'organizzazione amministrativa per comprendere che, se in linea teorica per la realizzazione di tali infrastrutture si può far ricorso alla c.d. autoproduzione o all'*outsourcing*, concretamente, a causa della scarsa preparazione tecnica della maggioranza dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche con riferimento ai saperi dell'ICT, queste non possono fare a meno di esternalizzare tali servizi vitali per la propria attività¹⁹.

¹⁸ Si tratta di piattaforme e tecnologie che consentono la transizione digitale. Tra le più rilevanti vi sono: il Sistema pubblico di connettività, la razionalizzazione del patrimonio informatico della p.a., il consolidamento dei data center e dei *cloud*, la sicurezza digitale della p.a., il servizio SPID, il servizio PagoPA.

¹⁹ Ciò è dovuto anche al fatto che l'età media dei funzionari amministrativi è parti-

la valorizzazione del patrimonio informativo

Difatti, le competenze informatiche sono necessarie per comprendere i fenomeni di digitalizzazione, ancora prima che per governarli, ed è dunque ormai indifferibile l'esigenza di rendere tali conoscenze tecniche diffuse tra i funzionari dell'amministrazione di modo che questi possano partecipare attivamente alla transizione digitale, ben consapevoli delle opportunità e dei rischi che comporta²⁰. La formazione, quindi, è fondamentale nel diffondere nell'organizzazione amministrativa gli strumenti tecnici necessari per permettere ai funzionari di operare nell'ambito di un'amministrazione digitale²¹.

L'esternalizzazione di tali funzioni informatiche ormai essenziali per la p.a. – che potrebbe sembrare una scelta organizzativa neutra – non è però priva di criticità. Come emerge dal *report* della Corte dei Conti del 2019²², le amministrazioni appaltanti, proprio perché prive delle competenze tecniche necessarie, si trovano costrette a fare ricorso a forme di *outsourcing*, spesso rimanendo di fatto ostaggio degli appaltatori, consapevoli della posizione contrattuale di forza e delle asimmetrie informative di cui godono²³. La scarsa competenza tecnica delle strutture interne fa sì, poi, che vi sia una scarsa capacità dell'amministrazione di controllare la qualità della propria spesa ICT,

colarmente elevata e vi sono ancora ben pochi funzionari aventi una specifica competenza tecnica.

²⁰ La necessità che sia promossa una specifica formazione dei funzionari amministrativi, che consenta loro di utilizzare al meglio gli strumenti digitali, è stata evidenziata da molti. Si v., *inter alia*, G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, 249 ss.

²¹ Per un maggiore approfondimento si v. P. Monda, *Lavoro pubblico e trasformazione digitale*, in *Rivista quadrimestrale dell'Inapp*, 2020, n. 1, 121.

²² C. Conti, sez. riun. in sede di controllo, *Referto in materia di informatica pubblica*, novembre 2019.

²³ Va segnalato, a fini di completezza, che molte sono le inefficienze riscontrate nella gestione dei contratti pubblici, in particolare quelli aventi ad oggetto servizi tecnologici ma non solo (in particolare quando tali procedure sono gestite da stazioni appaltanti di dimensione ridotta). Anche per questa ragione, il legislatore ha favorito l'applicazione delle tecnologie digitali al *public procurement* al fine di permettere una più ampia partecipazione alle procedure di selezione del contraente aumentandone la concorrenzialità. Proprio in ragione della centralità degli appalti pubblici e della loro digitalizzazione al fine di realizzare un compiuto *e-government*, nell'ambito del programma europeo per l'innovazione e la competitività è stato lanciato un importante progetto europeo per gli appalti elettronici – il *Pan-European Public Procurement On-line* (PEPPOL) – che fornisce una infrastruttura utilizzabile da parte delle Amministrazioni pubbliche e dai privati per l'espletamento di gare, anche al fine di favorire l'interoperabilità dei servizi di *e-public procurement* a livello europeo.

Anche a livello nazionale all'*e-procurement* è riconosciuto un ruolo primario nel processo di digitalizzazione come emerge dal piano triennale che lo colloca tra le piattaforme abilitanti tra la trasformazione digitale.

che si ripercuote peraltro nella difficoltà nella misurazione del raggiungimento dei risultati nella digitalizzazione²⁴.

Quanto, invece, all'impatto di tali tecnologie, queste non dovrebbero essere impiegate solamente quali strumenti per lo svolgimento delle attività amministrative tradizionali, ma anche per re-ingegnerizzare i processi e le strutture dell'amministrazione, oltre che migliorare i servizi forniti all'utenza²⁵. La riprogettazione dei procedimenti amministrativi mediante gli strumenti digitali è di certo l'utilizzo più opportuno e fruttuoso delle tecnologie nell'attività amministrativa. Difatti, la vera digitalizzazione è solamente quella in cui l'intero ciclo delle informazioni e documenti avviene – fin dall'inizio – con modalità native digitali; la mera trasformazione di documenti analogici in digitali rappresenta, invece, soltanto una forma di dematerializzazione. Adottando l'approccio (quantomeno) *digital first*²⁶ non solo si realizzerà un sistema più efficiente, ma sarà possibile “avvicinare” le amministrazioni pubbliche agli amministrati, in un'ottica di massima collaborazione. Quanto invece all'approccio *digital only* – pur rimanendo l'obiettivo ultimo da raggiungere una volta giunti in una fase avanzata della transizione digitale – rischia ad oggi di ottenere l'opposto risultato di allontanare i cittadini dalla p.a. a causa del noto *digital divide* esistente nel Paese. Pertanto, allo stato attuale, un approccio *digital only* potrebbe essere promosso nell'ambito delle attività di *back office*, ma mantenendo talune eccezioni nei rapporti esterni.

Orbene, è dunque chiaro che la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche costituisce una enorme opportunità di crescita, ma è anche foriera di grandi rischi. È, quindi, essenziale porre la massima attenzione ai profili attinenti alla sicurezza informatica (di cui si occupa anche l'art. 51 CAD che impone di individuare le soluzioni tecniche idonee a garantire la protezione, la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità e la riservatezza dei dati e la continuità operativa dei sistemi e delle infrastrutture²⁷) al fine di preservare le

²⁴ Sul tema si veda anche Associazione italiana per l'informatica e il calcolo automatico, AICA: *L'ignoranza informatica nella Pubblica Amministrazione Locale costa oltre 205 milioni di euro*, maggio 2011.

²⁵ Cfr. C.M. Arpaia, P. Ferro, W. Giuzio, G. Ivaldi e D. Monacelli, *L'e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, 2016, 6 ss.

²⁶ Il principio *digital first* (anzitutto digitale) impone alle amministrazioni di prediligere gli strumenti tecnologici nell'organizzazione e nell'attività amministrativa, pur non essendo preclusa la possibilità di utilizzare strumenti e modalità analogiche. Queste ultime non sono, invece, utilizzabili nell'ambito di un sistema *digital only*. Per un approfondimento sul tema si v. G. Pesce, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Contributi di Diritto amministrativo – Studi e Monografie, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

²⁷ A tal riguardo, spetta all'AGID attuare il quadro strategico nazionale per la sicurezza

la valorizzazione del patrimonio informativo

infrastrutture tecnologiche e il patrimonio informativo della p.a. da possibili attacchi in grado di interromperne l'operatività o addirittura di sottrarne informazioni.

Con lo scopo di porre rimedio alle criticità emerse nel processo di transizione digitale, anche relativo ai profili di *cybersecurity*, i più recenti interventi programmatici, tra cui il piano triennale 2019-2021 per la trasformazione digitale del Paese e della p.a., valorizzando il profilo della responsabilizzazione, provvedono all'individuazione di un soggetto – il responsabile per la transizione digitale – a cui è demandato il compito di curare gli adeguamenti necessari (nella singola amministrazione interessata) per l'implementazione degli scopi del piano. A tale soggetto, che nel disegno del legislatore dovrà essere l'“*e-leader*” della digitalizzazione delle strutture amministrative, spetterà anche il compito di promuovere le iniziative formative e i progetti necessari a garantire un'adeguata preparazione tecnica dei dipendenti dell'amministrazione²⁸. In tal modo, potrebbe finalmente essere realizzata l'auspicata responsabilizzazione di un soggetto nella amministrazione, a cui è affidato un ruolo decisamente proattivo, chiamato a rispondere dei successi e insuccessi della digitalizzazione.

3. La digitalizzazione dei servizi pubblici nell'ambito dell'Unione Europea: il *Next Generation EU*

Nonostante i numerosi tentativi normativi finora esaminati, gli indicatori *Digital economy and society index (DESI)* elaborati dalla Commissione Europea, nella rilevazione del 2020, collocano l'Italia al venticinquesimo posto tra i Paesi dell'Unione Europea quanto al grado di trasformazione digitale dell'economia²⁹, mentre la situazione è solo poco migliore se si prende quale

dello spazio cibernetico e il piano nazionale per la sicurezza cibernetica e la sicurezza informatica.

²⁸ Il Piano che il responsabile per la transizione digitale è dunque chiamato ad attuare costituisce applicazione della strategia per il triennio si caratterizza per il perseguimento delle seguenti finalità: favorire lo sviluppo di una società digitale, dove i servizi mettono al centro i cittadini e le imprese, attraverso la digitalizzazione della pubblica amministrazione che costituisce il motore di sviluppo per tutto il Paese; promuovere lo sviluppo sostenibile, etico ed inclusivo, attraverso l'innovazione e la digitalizzazione al servizio delle persone, delle comunità e dei territori, nel rispetto della sostenibilità ambientale; contribuire alla diffusione delle nuove tecnologie digitali nel tessuto produttivo italiano, incentivando la standardizzazione, l'innovazione e la sperimentazione nell'ambito dei servizi pubblici.

²⁹ Commissione europea, *Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI)*, 2020, Italia, 3 e 14. L'indice DESI prende in considerazione cinque elementi in particolare:

riferimento la digitalizzazione della sola pubblica amministrazione (collocandosi l'Italia al diciannovesimo posto tra i Paesi europei). Tali dati sembrano, dunque, certificare l'insuccesso dei piani e progetti che si sono susseguiti negli anni per tentare di dare una spinta al processo di digitalizzazione³⁰. Gli scarsi risultati fin qui ottenuti sembrano imputabili, anzitutto, alla mancanza di strategie chiare e coerenti³¹ che impedisce alle organizzazioni pubbliche di beneficiare dei vantaggi insiti nella transizione digitale³².

L'adeguamento tecnologico della p.a. è ad oggi nuovamente al centro delle priorità del legislatore europeo³³, che ha inserito la digitalizzazione tra

connettività e competenze digitali, utilizzo di internet, digitalizzazione delle imprese e digitalizzazione dei servizi pubblici. Quest'ultimo indicatore si suddivide, a sua volta, in *e-government* e *e-health*. Sono le categorie che compongono l'*e-government* ad essere particolarmente rilevanti nell'ambito dell'analisi che si intende svolgere in questa sede: utenti *e-government*, moduli precompilati, livello di completezza dei servizi *online*, servizi digitali pubblici per le aziende, *open data*. Sul punto si v. anche A. Banfi e G. Galli, *La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, 6 gennaio 2020.

³⁰ Recentemente, a livello nazionale è stato formato un team per la trasformazione digitale a cui è stata attribuito il compito di curare la predisposizione strumenti digitali per l'erogazione di servizi pubblici ai cittadini e alle imprese. Tra gli strumenti elaborati dal team, si segnala la App Italia Online (ancora in via di sperimentazione) che permetterà ai cittadini di avvalersi degli strumenti della cittadinanza digitale attraverso il proprio smartphone.

³¹ Proprio perché i risultati ottenuti da tali piani di digitalizzazione non sempre sono stati all'altezza delle aspettative, il legislatore ha negli ultimi anni sostituito all'approccio programmatico – che si limita ad auspicare ed incentivare un maggiore utilizzo delle tecnologie ICT – una tecnica normativa precettiva presidiata da sanzioni (ciò avviene anzitutto per imprese e professionisti i quali sono tenuti a dotarsi delle tecnologie necessarie per comunicare con le amministrazioni pubbliche esclusivamente in via telematica). Si pensi, tra gli altri, all'art. 5-*bis*, c. 1, CAD, il quale afferma che «La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese». Rimangono, ad ogni modo, molte norme che si limitano ad incentivare il ricorso da parte dell'Amministrazione a mezzi informatici. Si pensi, tra gli altri, all'art. 3-*bis* della legge generale sul procedimento amministrativo secondo la quale «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».

³² Cfr. Deloitte, *La trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione*, 11 gennaio 2019, 9 ss.

³³ Tra gli altri atti dell'Unione rilevanti in tal senso, si veda la Comunicazione «EU eGovernment Action Plan 2016–2020», COM (2016) 179 del 19 aprile 2016 che fissa gli obiettivi per gli Stati membri riconducibili ad alcuni principi: *digital first* e *digital by default*, *once only*, *digital identity only*, *cloud first*, inclusività e accessibilità dei servizi, apertura e trasparenza dei dati dei procedimenti amministrativi, transfrontaliero per definizione, interoperabile

la valorizzazione del patrimonio informativo

i principali obiettivi da perseguire nell'ambito del *Digital Single Market*³⁴. La creazione di un unico mercato dei dati a livello europeo, con *framework* normativo omogeneo si inserisce nel contesto della strategia europea dei dati e rappresenta un obiettivo prioritario dell'Unione che permetterebbe di valorizzare i dati detenuti dai vari *players*. Difatti, nell'ambito dell'agenda digitale per l'Europa vi sono sette aree che i legislatori nazionali sono tenuti a perseguire e tra questi (accanto al mercato unico digitale) si annoverano l'interoperabilità dei dati, l'uso di standard, il miglioramento della sicurezza *online*, l'aumento della velocità di accesso alla rete, il potenziamento degli investimenti per la ricerca e lo sviluppo, il miglioramento dell'alfabetizzazione digitale, il superamento del *digital divide* e la maggiore applicazione delle tecnologie informatiche³⁵. Inoltre, tra le priorità dell'Unione per il quinquennio 2019-2024 è stata ricompresa la strategia «*A Europe fit for the Digital Age*» che sostiene che il rafforzamento digitale dell'Europa costituisca un obiettivo non rinviabile: in tal senso, il futuro digitale sarà in grado di determinare la fisionomia dell'Europa. Tale strategia, dunque, evidenzia l'esigenza di rendere la tecnologia strumento per migliorare le modalità di azione dell'Amministrazione, anche mediante la semplificazione della burocrazia.

Peraltro il *Digital services act package*, pubblicato il 16 dicembre 2020, mostra chiaramente l'intenzione della Commissione UE di fornire un *framework* normativo sistematico con riferimento ai servizi digitali³⁶: è di fatti evidente come in considerazione della crescente rilevanza dell'utilizzo dei dati e dell'interoperabilità delle banche dati, soprattutto per l'impatto che questi hanno sull'attività degli operatori economici e sulla vita dei cittadini dell'UE, si renda necessario un intervento del legislatore europeo volto a fornire una chiara ed adeguata regolazione di tali nuovi mercati digitali.

per definizione, fiducia e sicurezza. Tali obiettivi sono stati ribaditi – in ambito nazionale – nel Piano triennale per l'informatica nella p.a. 2020-2022.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *Una strategia europea per i dati*, 19 febbraio 2020.

³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'agenda digitale europea*, 26 agosto 2010, COM/2010/0245 f/2.

³⁶ In data 15 dicembre 2020, la Commissione europea ha annunciato due rilevanti proposte legislative in materia di regolamentazione dei servizi e del mercato digitale: proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital markets act*), COM(2020)842 *final*; proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital service act*), che modifica la dir. 2000/31/Ce, COM(2020)825 *final*.

Quanto, poi, alla risposta alla crisi pandemica, il piano *Next Generation EU* (NG-EU) elaborato dall'Unione Europea ha nella digitalizzazione (anche delle amministrazioni pubbliche) uno dei principali *focus*, perché ritenuta strategica nella realizzazione dello sviluppo dei Paesi membri, ed ha quindi previsto lo stanziamento di consistenti fondi da investire in tale transizione.

In particolare, nell'ambito di tale piano, proposto dalla Commissione Europea ed oggetto della delibera del Consiglio Europeo del luglio 2020 in risposta alla crisi pandemica da COVID-19³⁷, è prevista tra le altre fonti di finanziamento agli Stati membri la c.d. «*Recovery and Resilience Facility*», alla quale è destinato il novanta per cento circa delle ingenti risorse complessive stanziate per far fronte alla situazione emergenziale³⁸.

Tra le finalità considerate prioritarie dall'Unione – da perseguirsi con le risorse previste nell'ambito di tale piano – la digitalizzazione assume pertanto un ruolo centrale.

Questa iniziativa si caratterizza per la sua attitudine (quantomeno potenziale) a dar slancio ad una stagione di riforme e crescita a livello europeo, purché gli Stati membri colgano tale occasione proponendo progetti lungimiranti, in grado di dar vita ad una concreta svolta favorendo lo sviluppo.

Quanto alle tempistiche di presentazione dei progetti finanziabili con tali risorse, è previsto che i Paesi propongano alla Commissione europea entro aprile 2021 (con la previsione, però, della possibilità di presentare il piano già nell'autunno 2020) un piano³⁹ che indichi le riforme in programma e un'agenda sugli investimenti da realizzare nel triennio 2021–2023⁴⁰, che dovrà essere approvato dalla stessa Commissione – entro i successivi due mesi – valutando il rispetto delle raccomandazioni del semestre europeo e dell'impatto su crescita, transizione verde e digitale. Tale valutazione dovrà poi essere approvata dal Consiglio Europeo a maggioranza qualificata.

³⁷ Successivamente, in data 10 novembre 2020, il Parlamento europeo e gli Stati membri hanno raggiunto, in sede di Consiglio dell'Unione europea, un accordo avente ad oggetto il bilancio a lungo termine dell'UE e il *NextGeneration EU*.

³⁸ Giova precisare che le risorse complessivamente stanziate dall'Unione per gli anni a venire sono particolarmente ingenti, in quanto a quelle stanziate nell'ambito del *Next Generation EU* (circa settecentocinquanta miliardi di euro) si sommano quelle già previste nell'ambito del bilancio pluriennale europeo 2021–2027.

³⁹ Tale piano dovrà seguire le linee guida per la definizione del piano nazionale di ripresa e resilienza presentate dal Comitato interministeriale per gli affari europei il 9 settembre 2020.

⁴⁰ Le somme previste nell'ambito della *Recovery and resilience Facility* dovranno essere spesi entro il 2023. Quanto al rimborso delle somme oggetto del finanziamento, questo dovrà essere concluso entro il 2058. Per un approfondimento, si veda A. Sandulli, *Il rebus del Recovery Fund: spendere velocemente ed evitare fronti*, in *LUISS Open*, 6 febbraio 2021.

la valorizzazione del patrimonio informativo

Va sottolineato che l'effettiva erogazione delle risorse sarà, però, subordinata alla verifica del concreto conseguimento degli obiettivi e, durante la fase di monitoraggio, la Commissione richiederà anche il parere del Comitato economico e finanziario (ECOFIN) essendo chiamata a decidere, di volta in volta, sull'approvazione dei pagamenti.

Sono previsti, poi, degli strumenti con i quali gli Stati membri potranno sollecitare ulteriori verifiche sull'effettivo utilizzo delle risorse. Infatti, qualora uno Stato ritenesse che le risorse siano state impiegate in modo improprio (discostandosi così dal *target* fissato), potrà attivare il c.d. freno d'emergenza chiedendo al Presidente del Consiglio Europeo di riferire al Consiglio stesso sul tema e, in tal caso, la Commissione potrà procedere con l'erogazione delle somme solo dopo che il Consiglio si sia pronunciato⁴¹.

Tale articolato meccanismo è finalizzato a favorire una gestione virtuosa dei fondi, che preveda un controllo da parte dell'Unione e che prevenga l'impiego di risorse in ambiti estranei rispetto a quelli contemplati dal NG-EU o la realizzazione di progetti che risultino inidonei a realizzare un effettivo sviluppo dei Paesi coinvolti. Ciò significa che il controllo operato da parte del Consiglio europeo si estende anche a valutazioni sul merito dei progetti presentati e sull'attitudine di questi a raggiungere gli obiettivi che l'Unione intende perseguire.

Quanto all'allocazione delle risorse così ottenute per il perseguimento di obiettivi, come detto, ciascuno Stato membro è tenuto a redigere un Piano nazionale di *recovery and resilience* (PNRR) volto ad individuare le riforme ed investimenti che si intenderà realizzare con tali risorse.

A livello nazionale deputato alla predisposizione del piano è il Comitato interministeriale per gli affari europei (CIAE)⁴² il quale è chiamato ad individuare i progetti strategici da finanziare, auspicabilmente evitando di riproporre vecchi progetti accantonati per mancanza di fondi, ma formulando proposte che tengano in debito conto gli scenari attuali e che tendano concretamente allo sviluppo dei Paesi dell'Unione⁴³. D'altra parte, è anche

⁴¹ Come osserva L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid-online.it*, 10 novembre 2020, 3, il meccanismo dell'*emergency brake* attribuisce al Consiglio europeo un potere di ritardare la decisione della Commissione europea sull'erogazione dei fondi, ma non un vero e proprio potere di veto. Pertanto, a prescindere dalle determinazioni del Consiglio, la Commissione rimarrebbe il soggetto competente a decidere sull'erogazione.

⁴² A tale Comitato possono prendere parte anche i ministri, il presidente della Conferenza delle regioni, il presidente dell'ANCI e il presidente dell'UPI.

⁴³ Il governo Italiano ha già destinato 65,7 miliardi di euro che rappresentano la quasi totalità delle sovvenzioni a fondo perduto, a copertura di politiche e specifici progetti già

necessario assicurarsi che i progetti finanziati con tali fondi non restino bloccati per anni in ragione di procedimenti autorizzatori particolarmente complessi e articolati. In data 12 gennaio, il Consiglio dei Ministri ha approvato una proposta di PNRR, che rappresenta la base per la successiva discussione parlamentare. Tale documento contiene un elenco di progetti pertinenti con gli obiettivi fissati dall'Unione, ma taluni ancora non sembrano sufficientemente concreti e dettagliati⁴⁴, posticipando di fatto il problema della più puntuale individuazione delle iniziative da implementare ad un momento successivo⁴⁵; occorre, però, tenere in considerazione che le vicende relative alla crisi di Governo potranno avere un impatto sulla struttura del PNRR e sulle tempistiche della discussione sui contenuti dello stesso.

Con riferimento alle modalità di gestione dei progetti del Piano, è stato recentemente osservato in modo pregnante che «invece di ridisegnare l'amministrazione per gestire le risorse del RRF, [bisognerebbe] utilizzare il RRF per (cominciare a) ridisegnare l'amministrazione. Il RRF si esaurirà in pochi anni, ma il sistema amministrativo resterà e se invece di procedere in via di eccezione si provasse a costruire nuove regole e nuovi strumenti per la realizzazione del piano, nel caso in cui avessero successo si potrebbero successivamente estendere al sistema nel suo complesso, con gli aggiustamenti necessari sulla base dell'esperienza»⁴⁶. Tra l'altro, è previsto che un importo pari almeno al 20 per cento delle somme stanziare sia impiegato in progetti volti a favorire la transizione digitale⁴⁷. La digitalizzazione – assieme agli obiettivi *green* – sono considerati infatti dal legislatore europeo come impieghi aventi valenza strategica, in grado di impattare in modo determinante sullo sviluppo futuro del Paese: pertanto la valorizzazione dei dati da parte della p.a., mediante l'utilizzo degli strumenti digitali di cui dispone, si porrebbe in linea con tale obiettivo di sviluppo.

Al fine di sfruttare la storica occasione rappresentata dalla RRF, pare auspicabile che ciascuna amministrazione individui al suo interno un re-

posti in essere. L. Monti, *L'Italia non guarda al futuro. Nel Recovery Plan i grandi assenti sono i giovani*, in *LUISS Open*, 31 gennaio 2021.

⁴⁴ Difatti, la proposta di PNRR si limita a individuare taluni obiettivi da perseguire, ma non è sufficientemente dettagliato nel chiarire quali siano gli strumenti da impiegare per raggiungerli. In questo senso, si veda T. Monacelli, *Nella versione 2 del Recovery Plan manca l'economia*, in *lavoce.info*, 14 gennaio 2021.

⁴⁵ Al contrario, i Piani redatti da alcuni Paesi membri – tra cui la Francia – si caratterizzano per l'individuazione puntuale degli obiettivi da perseguire e un maggiore dettaglio circa le iniziative che verranno intraprese per realizzare tali scopi.

⁴⁶ Così L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 5.

⁴⁷ Per gli investimenti *green* – che costituiscono l'altro caposaldo del *Next Generation EU* – è prevista una soglia minima di risorse da allocare pari al trentasette per cento.

la valorizzazione del patrimonio informativo

sponsabile della gestione della RRF, soggetto a cui potrebbero essere attribuiti compiti sia nella fase preliminare di individuazione dei progetti e delle riforme meritevoli di essere finanziate nell'ambito di tale iniziativa, sia nella successiva fase di gestione delle risorse.

Atteso che ad oggi il testo disponibile di PNRR italiano è una mera proposta (dunque modificabile), prima di finalizzare il documento occorrerebbe valutare se, nella redazione del piano da finanziarsi con la RRF, sia opportuno far confluire gli obiettivi relativi alla digitalizzazione già propri del Piano triennale per l'informatica nella p.a. 2020-2022 o se sia invece auspicabile ridefinire nuovi progetti, che meglio si inseriscono nel contesto complessivo del NG-EU e tengano conto anche dei più recenti sviluppi legati alla pandemia (che hanno indubbiamente determinato una digitalizzazione "forzata" di alcuni servizi).

In qualche modo, si può ritenere che già il decreto «Semplificazione e innovazione digitale» convertito in legge nel settembre 2020 costituisca un provvedimento che si pone nel solco degli obiettivi da realizzare nell'ambito del NG-EU, in quanto getta le basi normative per velocizzare il processo di trasformazione digitale. Nell'ambito di tale testo normativo un evidente segno della svolta digitale che si intende imprimere è rappresentato dall'individuazione del termine del 28 febbraio 2021 affinché le amministrazioni avvino i propri processi di digitalizzazione⁴⁸. Ciò permetterebbe di valorizzare il patrimonio informativo pubblico e la condivisione dei dati tra amministrazioni e con i cittadini.

Alla luce di tali premesse, si deve anzitutto evitare di ripetere gli errori del passato. È pertanto necessario che sia definito un numero limitato di progetti, rispetto ai quali siano correttamente determinati e stanziati i fondi necessari per la piena implementazione, definendo altresì quali di questi siano prioritari⁴⁹. Individuare troppe priorità, che sono di fatto in contrasto

⁴⁸ In particolare, l'art. 24, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, modifica il testo del CAD prevedendo che «Fatto salvo quanto previsto dal c. 2-*nonies*, a decorrere dal 28 febbraio 2021, i soggetti di cui all'articolo 2, c. 2, lett. a), utilizzano esclusivamente le identità digitali e la carta di identità elettronica ai fini dell'identificazione dei cittadini che accedono ai propri servizi (in rete). Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione è stabilita la data a decorrere dalla quale i soggetti di cui all'articolo 2, c. 2, lett. a), utilizzano esclusivamente le identità digitali per consentire l'accesso delle imprese e dei professionisti ai propri servizi (in rete)».

⁴⁹ Un importante interrogativo che si pone è quello di individuare il livello di governo territoriale ottimale che si dovrà occupare dell'implementazione dei progetti di transizione digitale finanziabili con la RRF. Quanto alle regioni, le quali non sono dotate di potestà legislativa in materia di implementazione della digitalizzazione della p.a. (rientrando queste nell'ambito delle competenze statali esclusive in base all'art. 117, Cost.), l'art. 14 del CAD

le une con le altre potrebbe altrimenti determinare una barriera alla corretta realizzazione degli obiettivi perseguiti⁵⁰. In tal senso, appare opportuno aggiornare l'Agenda digitale tenendo conto delle succitate esigenze.

La redazione di una chiara e completa strategia digitale – da parte di ciascuna amministrazione – è imprescindibile per realizzare una ordinata transizione digitale: dovrebbero, quindi, essere in primo luogo le stesse amministrazioni a farsi parte attiva nel processo di transizione digitale, in quanto troppo spesso le strategie di digitalizzazione sono elaborate dal legislatore senza il contributo dei diretti protagonisti. In considerazione delle riscontrate carenze di conoscenze informatiche tra i dipendenti delle amministrazioni, è auspicabile poi un massiccio processo di formazione del personale, accompagnato dall'assunzione di funzionari in grado di colmare tale *vulnus* della macchina amministrativa, portatori della cultura digitale e con specifiche competenze tecniche in materia ICT.

Guardare alle *best practices* internazionali consente di formulare strategie più efficaci. Un possibile esempio è rappresentato da quanto fatto dal dipartimento del tesoro degli Stati Uniti d'America il quale ha provveduto a redigere un piano d'azione dettagliato con riferimento a ciascuna tappa e passaggio previsto nella strategia digitale del governo⁵¹. A ciò è stato affiancato un meccanismo volto a monitorare in modo puntuale i progressi conseguiti con riferimento a ciascun ambito della strategia. Tale modello risulta particolarmente efficace anche perché non è amministrazione-centrico⁵², ma colloca i cittadini al centro della sua strategia digitale, puntando

attribuisce loro il compito di promuovere sul territorio la realizzazione della digitalizzazione dell'azione amministrativa in coordinamento con le altre autonomie locali. Spetta invece alla Conferenza unificata adottare gli indirizzi utili per realizzare gli obiettivi dell'agenda digitale europea e nazionale e realizzare un processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa coordinato e condiviso per l'individuazione delle regole tecniche. Dunque, il CAD riconosce alle regioni il ruolo di promuovere sul territorio la digitalizzazione dell'azione amministrativa, mentre tutti gli altri enti locali sono chiamati ad implementare tali strategie digitali. L'esigenza che la trasformazione digitale sia un percorso condiviso dai vari livelli territoriali è avvertita anche dall'attuale legislatore che ha predisposto – accanto ad una cabina di regia a cui partecipano i vari Ministeri – anche tavoli di coordinamento con gli enti locali, le agenzie centrali e locali e i privati interessati. Tale articolato riparto di competenze dovrà essere rispettato anche nella predisposizione e implementazione dei progetti di digitalizzazione da realizzarsi nell'ambito del *Next Generation EU* anche se è evidente che occorrerà trovare una sintesi tra le esigenze di centralizzazione del processo e le istanze locali. Cfr. S. Rossa, *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione Piemonte*, in *Dir. inform.*, II, 2019, 1127.

⁵⁰ Cfr. Deloitte, *La trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione*, cit., 17 ss.

⁵¹ *Id.*, op. cit., 27.

⁵² Per amministrazione-centrico si intende il fatto che in taluni ordinamenti le scelte

la valorizzazione del patrimonio informativo

al loro massimo coinvolgimento e basandosi – nelle scelte circa l’attuazione del processo di digitalizzazione – anche sui loro *feedback*.

L’adozione di un modello di questo tipo aumenterebbe il livello di implementazione delle tecnologie nell’attività amministrativa, incentivando l’interlocuzione con i cittadini, che sarebbero portati ad impiegare gli strumenti digitali anche al fine di esprimere le loro critiche o soddisfazione.

È, peraltro, indubbio che a fronte di maggiori investimenti nella digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e della realizzazione delle infrastrutture digitali abilitanti i dati detenuti dalle amministrazioni diverranno maggiormente fruibili e potranno così essere valorizzati.

La *governance* dei dati pubblici rappresenta, perciò, un naturale oggetto di attenzioni nell’ambito dell’implementazione delle nuove tecnologie nella macchina pubblica, così come auspicato anche in sede europea.

4. La rilevanza dei dati pubblici nei progetti di digitalizzazione

Come ampiamente illustrato sinora, la digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta una delle principali strategie per l’innovazione del Paese e modernizzazione dell’amministrazione, volta a rendere l’azione amministrativa più efficiente, efficace, economica e trasparente.

L’evoluzione tecnologica ha condotto l’amministrazione verso l’attuazione di modelli *open*, permettendo di provvedere alla riorganizzazione dei dati e alla pubblica condivisione di questi, in un’ottica di trasparenza, riutilizzo e interoperabilità.

Proprio la centralità dei dati nell’ambito dei progetti di digitalizzazione impone di soffermarci in questa sede su alcune delle caratteristiche fondamentali dei c.d. dati pubblici. I progetti da includere nel PNRR, da finanziarsi con le risorse stanziato nell’ambito del NG-EU, nel perseguire l’obiettivo della transizione digitale, non potranno che prendere le mosse dall’esigenza di valorizzazione del patrimonio informativo a disposizione della p.a.⁵³.

I dati, infatti, secondo la Commissione UE costituiscono la linfa vitale

operate dalle amministrazioni prescindono del tutto dal riscontro dei cittadini circa l’effettività delle misure adottate. In altri, invece, l’opinione dei cittadini-utenti dei servizi è ritenuta fondamentale nella valutazione delle politiche da perseguire.

⁵³ Nella bozza del piano nazionale di ripresa e resilienza del 12 gennaio 2021, in particolare nella prima missione riguardante la digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, si precisa come debba essere sviluppato un «Programma di innovazione strategica della PA» che miri a completare il percorso delle riforme della p.a. realizzando un cambiamento strutturale per rafforzare la p.a. italiana, in maniera organica e integrata, tenendo conto

dello sviluppo economico e sono ormai la base di numerosi servizi: generano guadagni in termini di produttività, permettono uno sfruttamento più efficiente delle risorse e apportano un miglioramento del processo di elaborazione delle politiche e un potenziamento dei servizi pubblici⁵⁴.

Orbene, il dato è, in gergo informatico, un valore grezzo inserito in un determinato contesto e dotato di significato sulla base del quale è possibile ricavare un'informazione. I dati possono presentarsi sotto diverse forme: numeri e lettere dell'alfabeto (testo), immagini statiche (grafici, disegni, tratti) o in movimento (video), formati sonori (audio) o altro. L'insieme di più dati, nei sistemi informatici, è conservato all'interno di *file* o di basi di dati (c.d. banche dati), memorizzati in appositi *hardware* ed organizzati all'interno di archivi informatici, al fine di poterli elaborare e renderli facilmente reperibili⁵⁵. La pubblica amministrazione risulta essere una delle più grandi detentrici di informazioni e generatrice di dati⁵⁶. Infatti, possiede e gestisce molteplici tipologie di dati tra cui quelli pubblici, alcuni dei quali sono pienamente accessibili da terzi, e i dati personali, fra cui rientrano anche i dati sensibili e giudiziari.

Anche alla luce della crescita esponenziale dei dati generati in qualsiasi settore, compreso quello pubblico⁵⁷, si è avvertita l'esigenza di rendere sempre più conoscibili ed accessibili quelli detenuti dalla pubblica amministrazione. Tale intenzione costituisce altresì un modo per garantire il principio di trasparenza, inteso come capacità dell'amministrazione di rendere pienamente intellegibile le modalità dell'esercizio del potere amministrativo ai consociati che, a partire dalla seconda metà del Novecento, diviene una delle fondamentali frontiere di riforma dell'amministrazione⁵⁸.

dei diversi livelli di governo, attraverso una amministrazione capace, competente, semplice e smart, in grado di offrire servizi di qualità ai cittadini e alle imprese.

⁵⁴ Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una strategia europea per i dati, del 19 febbraio 2020.

⁵⁵ Dato, Enciclopedia Treccani. Sul significato di dato, si v. anche S. Agostinelli e P. Zilio, *Formati aperti*, in *Formez PA – Dipartimento della Funzione Pubblica*, Ottobre 2015, n. 3. Invece per un approfondimento su come l'informatica giuridica si occupa di studiare il rapporto tra le nuove tecnologie e il mondo del diritto, si v.: G. Buonomo e G. Ciacci, *Profili di informatica giuridica*, Padova, Cedam, 2018, 45.

⁵⁶ Un dato per essere certo e affidabile deve essere dotato di determinati requisiti, quali la completezza, accuratezza, coerenza e attualità (intesa come tempestività di aggiornamento). In tal senso, i dati sono diventati il quarto fattore della produzione insieme a terra, capitale e lavoro. P. Ghezzi, *La sfida dei big data*, su *Forbes*, aprile 2020.

⁵⁷ Considerando n. 5, dir. 2013/37/UE.

⁵⁸ I.A. Nicotra., *La trasparenza e a tensione verso i nuovi diritti di democrazia partecipativa*,

la valorizzazione del patrimonio informativo

A conferma dell'importanza del processo di digitalizzazione che sta investendo sempre di più la macchina pubblica, il passaggio da un'amministrazione chiusa ed opaca ad un'amministrazione trasparente, propria della cultura dell'*open government*, è stato reso più facile con l'implementazione delle ICT⁵⁹. Queste, da una parte, permettono al cittadino, tramite *internet*, di accedere ad una grande quantità di informazioni (detenute dalle pubbliche amministrazioni); dall'altra, rendono possibile la raccolta e la gestione di un enorme patrimonio di dati, funzionale all'azione pubblica e suscettibile di essere riutilizzato⁶⁰.

È pacifico, dunque, affermare che oramai la valorizzazione del patrimonio informativo costituisce un obiettivo strategico per la pubblica amministrazione⁶¹.

I dati quindi hanno sia una rilevanza esterna, sia interna alla p.a.: questi rappresentano la principale miniera di informazioni per gli uffici pubblici e la loro condivisione permette di velocizzare e ottimizzare i processi di erogazione di servizi e di amministrazione del territorio⁶². A tal fine risulta necessario, per affrontare il tema della *data governance*, soffermarsi su come i dati sono organizzati ed archiviati nella pubblica amministrazione, quanto l'interoperabilità delle banche dati sia fondamentale per lo sfruttamento del valore degli stessi e come l'implementazione degli strumenti tecnologici abbia condotto ad assicurare non solo la disponibilità, la conservazione e la

in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione, tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016, 147.

⁵⁹ Secondo il dizionario di Economia e Finanza della Treccani, le *Information Communication Technologies* (ICT) sono tecnologie riguardanti i sistemi integrati di telecomunicazione (linee di comunicazione cablate e senza fili), i computer, le tecnologie audio-video e relativi software, che permettono agli utenti di creare, immagazzinare e scambiare informazioni. La stretta interrelazione tra le ICT, come strumento di sviluppo economico degli stati e la diffusione dell'*open government* è specificamente approfondita in M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, Testo della relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione – Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, 1 ss.

⁶⁰ E. Carloni, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 21.

⁶¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *Una strategia europea per i dati*, del 19 febbraio 2020.

⁶² Art. 1, c. 2, d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, recante norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche, recita che «l'utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati di cui al c. 1, risponde alle seguenti finalità: a) miglioramento dei servizi; b) trasparenza dell'azione amministrativa; c) potenziamento dei supporti conoscitivi per le decisioni pubbliche; d) contenimento dei costi dell'azione amministrativa».

gestione interna di una grande mole di dati, ma anche l'accessibilità e la fruibilità dell'informazione in linea con il principio di trasparenza, che ormai permea l'intera attività amministrativa.

5. La circolazione interna alle amministrazioni dei dati: banche dati e interoperabilità

Alla luce di quanto poc'anzi accennato, i dati – intesi nella loro accezione più ampia che ricomprende anche documenti e informazioni – hanno ormai un ruolo fondamentale sia per assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, sia per semplificare l'attività stessa. A tal riguardo, con particolare riferimento alla conoscibilità e condivisione dei dati detenuti dalla p.a., occorre distinguere tra quelli resi direttamente pubblici dalle amministrazioni⁶³, quelli a cui è possibile richiedere l'accesso⁶⁴ e quelli che invece circolano internamente tra le diverse amministrazioni. Lo scambio di dati tra pubbliche amministrazioni, nel rispetto del principio di buon

⁶³ Per pubblicazione, secondo l'art. 2, c. 2, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, si fa riferimento alla messa a disposizione dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Per un approfondimento sul regime di pubblicità, inteso come meccanismo della trasparenza c.d. attiva, la cui attività di diffusione è imposta per legge a carico delle singole amministrazioni, si veda F. Caporale, *La parabola degli obblighi di pubblicazione: dall'accessibilità alla comprensibilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, in corso di pubblicazione.

C. Cudia, *Pubblicità e diritto alla conoscibilità*, in *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, 93.

⁶⁴ Nel nostro ordinamento sono previsti tre diversi istituti di accesso: documentale, civico semplice e generalizzato. La l. 7 agosto 1990, n. 241, disciplina il diritto d'accesso documentale, secondo il quale la p.a. rende accessibili i documenti, previa motivata istanza da parte di quei soggetti che dimostrano di avere un interesse diretto, concreto e attuale in relazione al documento di cui si richiede l'accesso. La caratteristica principale è che questo tipo di accesso è individuale, concesso solamente ad un interessato che per strategie difensive richiede di «prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi». L'accesso civico semplice, invece, è previsto dall'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, e consiste nel diritto di chiunque di richiedere i documenti, le informazioni o i dati per cui vi è un obbligo di pubblicazione, espressamente previsto dalla legge, da parte della p.a.. Tale accesso, dunque, nasce come strumento di controllo nei confronti della p.a. nel caso in cui violi gli obblighi di pubblicazione. L'accesso civico generalizzato, infine, introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, ha lo scopo di favorire forme diffuse di controllo e prevede che chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.

la valorizzazione del patrimonio informativo

andamento⁶⁵, permette una maggiore collaborazione tra le stesse, consentendo inoltre di velocizzare l'attività delle amministrazioni e di snellire il carico di lavoro dei dipendenti pubblici⁶⁶. A tale riguardo, giocano un ruolo strategico le banche dati: queste hanno acquistato una importanza crescente proprio a seguito dello sviluppo della c.d. società dell'informazione che ha portato alla creazione di enormi masse di dati, non più ancorate ad un supporto cartaceo, ma prodotte in formato digitale e quindi non possono che essere contenute in strutture che ne permettano lo *storage*⁶⁷.

Tali infrastrutture informatiche assumono un particolare rilievo in quanto consentono di organizzare ed archiviare un insieme di dati in modo tale da consentire il rapido reperimento di una informazione esaustiva⁶⁸. In particolare, all'interno della pubblica amministrazione distinguiamo diverse banche dati: quelle che hanno una rilevanza esterna, i cui dati sono accessibili dai cittadini (ad esempio le banche dati di rilevanza nazionale, *ex art.*

⁶⁵ Art. 97 Cost.

⁶⁶ La circolazione interna, come già richiamato nei paragrafi precedenti, risponde anche all'esigenza di dare attuazione concreta all'istituto dell'autocertificazione, *ex art.* 18, l. n. 241/1990, ripreso poi nell'art. 45 del Testo unico sulla documentazione amministrativa.

⁶⁷ Il legame intrinseco intercorrente tra introduzione del documento informatico e del sistema di gestione informatica dei documenti, da un lato, e processo di semplificazione degli oneri di documentazione amministrativa fatti gravare sul cittadino, dall'altro, è stato significativamente evidenziato con la redazione del Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000), in cui sono state fatte confluire tutte queste diverse riforme per riorganizzarle in un tessuto normativo unitario. L'ampio processo di trasformazione dell'amministrazione sistematizzato nel Testo unico ha così messo a punto i presupposti normativi indispensabili per dare concreta attuazione, e compiuto significato sul piano delle ricadute operative, all'obiettivo dell'interconnessione e dell'interoperabilità, secondo un'impostazione complessiva confermata e rilanciata, negli anni successivi, all'interno del piano d'azione di *e-government*. M.P. Guerra, *Circolazione dell'informazione e sistema informativo pubblico: profili dell'accesso inter-amministrativo telematico. Tra testo unico sulla documentazione amministrativa e codice dell'amministrazione digitale*, in *Diritto pubblico*, 2005, 527.

⁶⁸ Dir. 96/9/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati. Tale accezione presuppone l'utilizzazione di una efficiente capacità elaborativa dei dati contenuti nella banca, attraverso le tecnologie informatiche. Pertanto, per definire un archivio come "base di dati", bisogna tenere presenti tre elementi di tipo strutturale: 1) la presenza di dati informativi di base, organizzati ed archiviati; 2) il metodo con cui tali dati informativi vengono organizzati ed archiviati; 3) le modalità di consultazione e di estrazione delle notizie. Le banche dati, in sintesi, consentono di raccogliere e gestire digitalmente l'insieme delle informazioni delle pubbliche amministrazioni, migliorando l'efficienza, generando risparmi economici e favorendo la semplificazione e la riduzione degli oneri amministrativi a carico di imprese e cittadini. Cfr. V. R. Perrino, *Le banche dati pubbliche*, in *amministrazioneincammino*, 2003.

60 CAD, che rappresentano un *asset* fondamentale tra i dati gestiti dalle pubbliche amministrazioni⁶⁹ o le banche dati centralizzate, *ex art. 9-bis*, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, introdotte come modalità alternativa alla pubblicazione di quei dati per i quali il decreto stesso prevede l'obbligo di pubblicazione⁷⁰) e quelle invece chiuse, che sono interne all'amministrazione.

In linea con il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2020/2022, coerentemente con quanto definito nella Strategia europea in materia dei dati, dunque, è prevista l'implementazione di tali piattaforme informatiche anche al fine di raggiungere gli obiettivi di razionalizzazione dei dati, eliminando così la tipica gestione *a silos*⁷¹ e quindi le duplicazioni non necessarie.

Per sfruttare le potenzialità del patrimonio di dati gestiti dalla p.a. è basilare che le banche dati interoperino tra loro⁷² permettendo così lo scambio continuo delle informazioni ivi contenute. L'interoperabilità⁷³ infatti è uno dei punti centrali del Piano Triennale 2020-2022, varato da AGID e dal dipartimento per la Trasformazione digitale. Questa permette la collaborazione e l'interazione telematica tra pubbliche amministrazioni, cittadini

⁶⁹ Il CAD ha individuato all'art. 60 le seguenti basi di dati di interesse nazionale: il repertorio nazionale dei dati territoriali (RNDT); l'anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR); la banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP); il casellario giudiziale; il registro delle imprese; gli archivi automatizzati in materia di immigrazione e di asilo; l'anagrafe nazionale degli assistiti (ANA); l'anagrafe delle aziende agricole; l'archivio nazionale dei numeri civici delle strade urbane (ANNCSU); la base dati catastale; l'indice delle pubbliche amministrazioni (IPA); l'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata di professionisti e imprese (INI-PEC); il pubblico registro automobilistico (PRA); l'anagrafe tributaria; il catalogo dei dati delle pubbliche amministrazioni; il catalogo dei servizi a cittadini e imprese; il sistema informativo nazionale federato delle infrastrutture (SINF).

⁷⁰ L'allegato B del d.lgs. 33/2013 prevede le seguenti banche dati centralizzate: perla p.a., sistema conoscitivo del personale dipendente dalle amministrazioni pubbliche (SICO); archivio contratti del settore pubblico; patrimonio della p.a.; banca dati amministrazioni pubbliche (BDAP); banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP); servizio contratti pubblici.

⁷¹ Per gestione *a silos* si intende un modo di operare all'interno di sistemi chiusi, tra i quali vi è scarsissima interazione. In particolare, la presenza di *silos* in seno a un ente pubblico significa che i dati o le informazioni sono custoditi e gestiti da vari dipartimenti o unità organizzative i quali non vogliono o non sanno come condividerli con gli altri, rappresentando in tal modo un ostacolo a efficienza e produttività.

⁷² Cfr. Associazione fra le società italiane per azioni, *Rapporto assonime. Quale assetto istituzionale per l'impiego dei fondi Next Generation EU*, novembre 2020, 19.

⁷³ Il concetto di interoperabilità è stato forgiato già 30 anni fa dalla dir. 91/250/CEE del 14 maggio 1991 sulla protezione giuridica dei programmi per elaboratore, che l'ha definito come «capacità di scambiare informazioni e di utilizzare reciprocamente le informazioni scambiate».

la valorizzazione del patrimonio informativo

e imprese, favorendo l'attuazione del principio *once only*⁷⁴ e recependo le indicazioni dell'*European Interoperability Framework*⁷⁵.

Nelle p.a. garantire una continua ed automatica interazione tra le diverse banche dati funge da presupposto necessario per assicurare la possibilità delle amministrazioni stesse di collaborare tra loro attraverso lo scambio in tempo reale di informazioni, dati e documenti in funzione della rispettiva attività istituzionale⁷⁶. Inoltre, il dialogo tra banche dati risulta necessario anche per conseguirne l'integrazione funzionale, indispensabile per la riqualificazione dell'amministrazione sia nell'organizzazione e nel funzionamento interno, sia nelle relazioni esterne, con i cittadini-utenti e con le altre pubbliche amministrazioni (tanto in ambito nazionale, quanto europeo e internazionale).

L'interoperabilità ha, quindi, un duplice effetto benefico: permette alle amministrazioni stesse di non chiedere al cittadino documenti di cui è già in possesso un'altra amministrazione; dall'altro lato, semplifica la consultazione e consente l'accesso immediato e gratuito ai dati detenuti da altre p.a., evitando, secondo il principio *once only*, che al cittadino possa essere richiesta più volte la stessa informazione o il medesimo dato già in possesso dagli uffici pubblici.

⁷⁴ *The Once Only Principle* mira a promuovere la cooperazione tra le pubbliche amministrazioni, secondo la quale queste dovrebbero condividere tra loro le informazioni nel rispetto delle regole di riservatezza e protezione dei dati, per evitare che il cittadino debba fornire più volte gli stessi dati alla pubblica amministrazione.

⁷⁵ L'interoperabilità assume un peso specifico anche nelle strategie dell'UE, al fine di eliminare le barriere che limitano la costituzione del mercato unico dei dati in Europa. I Paesi dell'UE, infatti, devono seguire un approccio comune al fine di rendere disponibili *online* i propri servizi pubblici, integrandoli *end-to-end*, gestendo le fonti di informazione, occupandosi delle norme di sicurezza e di protezione dei dati e facendo in modo che i servizi siano accessibili non solo all'interno dei loro confini nazionali, ma anche tra paesi e settori politici. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *European Interoperability Framework – Implementation Strategy*, 23 marzo 2017, COM/2017/134. Inoltre, sulle iniziative messe in campo dagli Stati membri, si v. il rapporto «State-of-play report on digital public administration and interoperability 2020», del *Directory General for Informatics* della Commissione europea. Per un maggiore approfondimento, si v. B. Carotti, *Digitalizzazione della PA e interoperabilità: lo stato dell'arte secondo la Commissione europea*, in *Osservatorio sullo Stato Digitale*, Istituto di ricerche sulla Pubblica Amministrazione, 12 gennaio 2021.

⁷⁶ Anche l'Autorità anticorruzione (ANAC) ritiene che l'interoperabilità delle piattaforme sia divenuto il fattore chiave per garantire qualità, unicità e certezza dei dati e la loro disponibilità per le diverse finalità di pubblicità, trasparenza e controllo della spesa. ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in *anticorruzione.it*, 27 Maggio 2020, 4.

Tuttavia, ancora oggi non tutti i dati pubblici di un ufficio sono in automatica interazione con quelli di un altro, soprattutto per la eterogeneità delle voci delle classi di informazioni contenuti nei *database*⁷⁷, per la mancanza di una esaustiva meta-datazione dei dati e per l'assenza di una diretta ed efficace comunicazione tra le piattaforme in cui vengono gestiti i vari *database* degli uffici⁷⁸.

A fronte di tali criticità, dell'incessante sviluppo tecnologico e delle continue sollecitazioni del legislatore europeo, sono stati fatti alcuni passi avanti nella direzione dell'implementazione delle piattaforme telematiche nella p.a. A tal riguardo, nell'ambito del Piano Triennale per l'Informatica nella PA 2017-2019 è stato previsto il *Data & Analytics Framework* (DAF), che ad oggi ha assunto il nome di Piattaforma Digitale Nazionale Dati, ex articolo 50-ter CAD, con l'obiettivo di far aderire le amministrazioni ad una piattaforma comune, per migliorare e semplificare l'interoperabilità dei dati pubblici tra PA, standardizzare e promuovere la diffusione degli *open data* e ottimizzare i processi di analisi dati e generazione di conoscenza⁷⁹.

⁷⁷ Circa l'omogeneità dei dati nelle base di dati, il Piano triennale ICT 2017/2019 della pubblica amministrazione, al fine di favorire il processo di scambio dati tra pubbliche amministrazioni ha ritenuto necessario prevedere: l'armonizzazione e la standardizzazione dei codici e delle nomenclature ricorrenti in vocabolari controllati. Tali "vocabolari controllati" sono fondamentali per avviare il processo di normalizzazione dei dati in possesso della p.a. per offrire alle imprese e ai privati punti di riferimento ufficiali e per identificare e definire modelli di dati condivisi nelle basi di dati.

⁷⁸ Un esempio di interoperabilità fallita può essere rinvenuto nelle banche dati centralizzate, ex art. 9-bis, d.lgs. n. 33/2013. L'obbligo di pubblicazione dei dati previsto dal medesimo decreto può essere assolto anche mediante la comunicazione degli stessi alle amministrazioni centrali, che dovranno poi occuparsi di renderli fruibili ai cittadini con le banche dati centralizzate. L'effetto sostitutivo è subordinato alla condizione che i soggetti tenuti all'osservanza dell'obbligo, dopo aver comunicato i dati affinché siano inseriti nel *database*, dovranno indicare sul proprio sito istituzionale, nella sezione «Amministrazione trasparente», il collegamento ipertestuale alla banca dati che li contiene. Tale pubblicità c.d. sostitutiva tuttavia non ha avuto ancora piena applicazione e a ciò concorre il fatto che al c. 2 dell'art. 9-bis è previsto l'inciso «ferma restando la possibilità per le amministrazioni di continuare a pubblicare sul proprio sito i predetti dati purché identici a quelli comunicati alla banca dati». Cfr. A. Bonomo, *La pubblicità "sostitutiva" mediante banche dati centralizzate*, in *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, cit., 250.

⁷⁹ Si precisa che la piattaforma digitale nazionale dati (PDND) è una piattaforma con un'interfaccia unica, al servizio delle amministrazioni per aiutarle ed assisterle in materia di cultura del dato. Infatti, all'interno della stessa le p.a. possono comunicare e condividere dati e API in maniera libera e aperta, permettendo la nascita di servizi e *data application* nuovi realizzati sui bisogni del cittadino, nel rispetto delle norme sulla *privacy* e nella piena sicurezza tecnologica. Cfr. A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, in corso di pubblicazione.

la valorizzazione del patrimonio informativo

In particolare, infatti, l'implementazione di infrastrutture volte a facilitare e ottimizzare lo scambio dei dati tra p.a., minimizzandone i costi transattivi per l'accesso e per l'utilizzo di un dato, consentono di valorizzare non poco il patrimonio informativo detenuto dalla pubblica amministrazione. In tal modo, si favorirebbe la riorganizzazione di dati e la gestione degli stessi al fine di renderne più efficace l'utilizzo e il riutilizzo sia da parte dell'amministrazione, sia da parte dei cittadini che agevolmente riuscirebbero a ricercare il dato aggiornato e – eventualmente – scaricarlo⁸⁰.

6. L'amministrazione open e il riutilizzo dei dati

La condivisione interna dei dati, lo sviluppo dell'interoperabilità e il dialogo tra le banche dati della pubblica amministrazione costituiscono un asse portante dell'intero sistema informativo pubblico: infatti, oltre ad assicurare l'interazione e lo scambio di informazioni tra le p.a., sono volti a garantire la piena collaborazione tra le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati. Tale contesto getta le basi per l'*open government*⁸¹, cioè un modello di amministrazione che – come già evidenziato – cerca di assicurare la trasparenza delle informazioni, la partecipazione di tutti i cittadini ai processi decisionali delle politiche pubbliche e l'*accountability* dei dipendenti pubblici in relazione ai risultati conseguiti. All'interno della disciplina del "governo aperto" un ruolo chiave è rappresentato anche dagli *open data*⁸². La conce-

⁸⁰ Attraverso le piattaforme nazionali è peraltro possibile permettere l'interoperabilità dei dati non solo tra p.a., ma anche tra queste e il cittadino o l'impresa, nonché tra due imprese. Un esempio in tal senso in cui emerge con evidenza come le piattaforme possano favorire la maggiore produttività degli operatori e la rapidità dello scambio tra informazioni è rappresentata dalla piattaforma logistica nazionale. Quest'ultima è una delle infrastrutture digitali strategiche del Paese, avente l'obiettivo di garantire un sistema di *Intelligent Transport System* (ITS) per gli interporti, i centri merci, i porti e le piastre logistiche. Tale piattaforma consente tra l'altro agli operatori economici e alle pubbliche amministrazioni di scambiarsi i dati e di comunicare più agevolmente in un settore di particolare rilevanza economica. A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, cit.

⁸¹ *L'open government* è fondamentale anche nel contesto Europeo, soprattutto per l'attuazione del *Digital Single Market* (mercato unico digitale).

⁸² Per ragioni di completezza, la nozione di *open data* non deve essere confusa con quella di *big data*. Vi sono, infatti, delle differenze concettuali tra le due: i *big data*, definiti come raccolta, analisi e accumulo di ingenti quantità di dati, si caratterizzano per la disponibilità di una grande mole di dati, l'eterogeneità delle fonti sorgenti dei dati e la rapidità con cui essi circolano. Solo recentemente, la quantità di dati disponibili è aumentata in maniera esponenziale, anche grazie anche alla crescente capacità dei *server* informatici di raccolta e archiviazione di dati. Il verificarsi in parallelo sia dei *big* che degli *open data* ha portato talvolta a

zione dei dati aperti, che ha ormai investito gli enti pubblici, fa riferimento alla possibilità per chiunque di accedere liberamente ai dati e ideare metodi di utilizzo, riutilizzo e redistribuzione in modo originale degli stessi, intendendo quest'ultimi come nuova risorsa avente valore economico.

Nell'esperienza italiana, le politiche relative all'apertura dei dati sono il risultato di un lungo percorso di riforme⁸³. A tal riguardo, secondo il CAD, ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *l-ter*), i dati aperti sono dati che presentano le seguenti caratteristiche: disponibilità secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; accessibilità attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti⁸⁴, adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e provvisti dei relativi metadati; disponibilità gratuita attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione.

La diffusione della filosofia *open* coincide, inoltre, in larga parte con la proliferazione di legislazioni che hanno previsto un *right to know* da garantire mediante l'accesso alle informazioni detenute dalle istituzioni pubbliche, sulla scorta del modello statunitense del *Freedom of Information Act (Foia)*.

Nel nostro ordinamento, infatti, un punto di arrivo dell'evoluzione

sovrapporre le due nozioni: tuttavia, seppur sia vero che se i dati non fossero diventati *big* probabilmente non sarebbe stato così valorizzato il concetto di *open data*, vi possono in ogni caso essere dati *big*, ma non aperti e viceversa. Per una sintesi dell'indagine conoscitiva sui big data avviata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e il Garante per la protezione dei dati personali, si v. M. Cardone, *Un'indagine conoscitiva sui Big Data*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, sez. notizie, 2020, n. 3, 964.

Per una maggiore disamina sul tema dei *big data*, si veda R. Sanna, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Torino, Giappichelli, 2016, 135; J. Gurin, *Open data now: the secret to hot startups, smart investing, savvy marketing, and fast innovation*, New York, McGraw-Hill Education, 2014. La gestione e l'analisi dei *big data* permette di estrarre informazioni dall'incrocio di molteplici basi di dati e di processarli *real-time*, consentendo di avere più prospettive di analisi su un dato fenomeno, in maniera tempestiva, generando una sensibile valorizzazione del patrimonio informativo della p.a.

⁸³ I dati resi disponibili secondo il paradigma degli open data sono documentati nel catalogo nazionale dei dati della p.a., www.dati.gov.it.

⁸⁴ Per formato aperto di dato si fa riferimento ad un formato di dato pubblico, documentato esaurientemente e senza vincoli all'implementazione. Un formato aperto è un formato riconosciuto da un ente di standardizzazione e mantenuto in modo condiviso tra più enti che forniscono implementazioni concorrenti, con un processo trasparente. Il formato deve rimanere consistente con la versione dichiarata.

la valorizzazione del patrimonio informativo

del principio di trasparenza è rappresentato dal d.lgs. n. 33/2013. La trasparenza ha rappresentato la precondizione per rendere di successo l'idea che i dati delle pubbliche amministrazioni debbano essere "aperti". Il legislatore, dunque, con il decreto Trasparenza, modificato poi dalla novella del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, ha cercato di dare attuazione a tale principio attraverso sia lo strumento del diritto di accesso, nella sua duplice veste di accesso civico semplice e generalizzato⁸⁵, sia dettando una disciplina sui dati aperti e sulla riutilizzabilità di questi⁸⁶.

Il riuso costituisce il tema principale che ruota attorno ai dati aperti, infatti questi ultimi si basano sul principio della *open knowledge*, perseguendo finalità volte a garantire la trasparenza amministrativa e la conoscenza collettiva attraverso la libera circolazione di dati, documenti e informazioni; il riutilizzo degli stessi nasce con l'obiettivo di commercializzare e valorizzare economicamente i dati, rafforzando il mercato del *Public sector information* (PSI)⁸⁷, attraverso la possibilità di utilizzare nuovamente l'informazione estrapolata dai dati per scopi diversi rispetto a quelli per i quali è stata creata⁸⁸.

In tal senso è intervenuto il d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36⁸⁹, il quale, recependo la dir. 2003/98/Ce, relativa al riutilizzo di documenti nel settore

⁸⁵ Il d.lgs. n. 33/2013, all'art. 5 prevede il diritto di chiunque di richiedere i documenti, le informazioni e i dati oggetto di obbligo di pubblicazione, laddove questa sia stata omessa e allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-*bis*.

⁸⁶ Agli artt. 7 e 7-*bis* del decreto trasparenza il legislatore ha previsto una disciplina puntuale per i dati aperti e il loro riutilizzo, secono la quale i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, resi disponibili anche a seguito dell'accesso civico di cui all'art. 5, sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell'art. 68 del CAD, e sono riutilizzabili ai sensi del d.lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità.

⁸⁷ M. Falcone, *Dati aperti e diritto al riutilizzo delle informazioni: la declinazione italiana del paradigma degli open data*, in *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, cit., 2016, 182.

⁸⁸ Art. 2, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 36/2006, definisce che cosa si intende per riutilizzo. C. Cascione, *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. inform.*, 2005, n. 1, 1 ss.

⁸⁹ In materia di riutilizzo e distribuzione di dati pubblici, il riferimento normativo è la dir. 2003/98/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio europeo e successive modifiche apportate dalla dir. 2013/37/Ue, recepite nell'ordinamento italiano mediante il d.lgs. n. 36/2006 «Attuazione della dir. 2003/98/Ce relativa al riutilizzo di documenti nel settore pubblico» ed aggiornato dal d.lgs. 18 maggio 2015, n. 102. In ultimo, a dettare una nuova disciplina in materia, è intervenuta la dir. 2019/1024/Ue relativa all'apertura dei dati e al

pubblico, modificata poi dalla dir. 2013/37/Ue, ha dettato una disciplina puntuale affinché le p.a. provvedano a rendere la maggior parte dei documenti da loro detenuti riutilizzabili a fini commerciali o non, secondo le modalità previste dal medesimo decreto⁹⁰. Ebbene, oggetto di riuso possono essere tutte le informazioni e dati detenuti dall'Amministrazione – purché rientrino nella categoria dei dati *open* – a prescindere dalla circostanza che siano o meno inseriti nell'ambito di un documento. Difatti, ciò che rileva, nella prospettiva della riutilizzabilità e della valorizzazione del dato, non è il fatto che l'informazione sia incorporata in un documento bensì che questa rientri nell'ambito della definizione di dati aperti (come definiti dagli artt. 7 e 7-bis, d.lgs. n. 33/2013, nonché dall'art. 1, c. 1, lett. *l-ter*), CAD)⁹¹: occorre, dunque, che si tratti di dati disponibili secondo i termini di una licenza o in forza di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo, in formato disaggregato, da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, e che siano resi accessibili gratuitamente attraverso le tecnologie informatiche oppure siano resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione.

Per affrontare il tema del riutilizzo dei dati pubblicati, non può non essere dedicato un cenno a quello della qualità degli stessi. L'art. 6, d.lgs. n. 33/2013, prevede che le pubbliche amministrazioni debbano garantire la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali, assicurandone «l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità». In tal senso è fondamentale che il dato grezzo, capace di staccarsi dalla informazione originaria che lo contiene per assumere valore conoscitivo autonomo, debba essere qualitativamente soddisfacente⁹². Quello della *data quality*, dunque, è divenuto uno dei problemi centrali in un sistema amministrativo aperto, che tende a basare i meccanismi di trasparenza sulle architetture informatiche di-

riutilizzo dell'informazione del settore pubblico che ha abrogato la direttiva sul *Public Sector Information* 2013/37/Ue.

⁹⁰ Giova precisare che la nozione di riutilizzabilità utilizzata nel d.lgs. n. 36/2006, nel CAD, e nel d.lgs. n. 33/2012, è la medesima, infatti fanno espresso richiamo alla definizione di cui all'art. 2, c. 1, lett. *e*), d.lgs. n. 36/2006.

⁹¹ B. Ponti, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, a cura di B. Ponti, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2008, 5 ss.

⁹² E. Carloni, *La qualità dei dati pubblici*, in *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, cit., 253 ss.

la valorizzazione del patrimonio informativo

rettamente accessibili dagli utenti. Infatti, la sua rilevanza aumenta al crescere della complessità organizzativa, della dimensione dei flussi di comunicazione e della distanza tra produzione ed utilizzo dell'informazione: tutti aspetti sui quali l'applicazione delle ICT ha inciso profondamente. Ne deriva che l'esigenza di garantire *standard* qualitativi conformi al settore pubblico ha acquisito una maggiore importanza, sia per la mole di informazioni diffuse dalle amministrazioni pubbliche, sia per la facilità nella loro acquisizione e per la possibilità di incrociare agevolmente dati provenienti da fonti diverse⁹³. Di conseguenza, risulta evidente che al fine di soddisfare finalità pubbliche rilevanti, quali l'accesso e il riutilizzo dei dati, la pubblica amministrazione deve essere capace di disporre di informazioni particolarmente affidabili, dotate di un elevato grado di certezza. Come evidenziato, attualmente però i dati non sono sempre aggiornati e anche da un punto di vista di documentazione e meta-datazione⁹⁴ la situazione è insufficiente: infatti, la frequente mancanza di automazione e la conseguente modalità di aggiornamento manuale dei dati, la scarsa presenza di standard a livello nazionale, anche relativi alle API (*Application Programming Interface*) e l'impiego di licenze diverse (a volte tra loro incompatibili) sono fattori che ostacolano un più ampio riutilizzo dei dati⁹⁵.

A dettare una nuova disciplina in materia, è intervenuta la dir. 2019/1024/Ue relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione

⁹³ Fra i numerosi contributi, cfr. F. Caporale, *La parabola degli obblighi di pubblicazione: dall'accessibilità alla comprensibilità*, cit. F. Merloni, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2002, 74.

⁹⁴ I metadati sono quei dati che servono a descrivere altri dati, al fine di consentire una maggiore comprensione degli stessi. La metadazione, infatti, rappresenta la chiave attraverso cui si facilita la ricerca, la scoperta, l'accesso e quindi il riuso dei dati stessi.

⁹⁵ Per porre rimedio a tali criticità, il piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione ha previsto i seguenti obiettivi strategici: identificare le basi di dati che possono essere rese disponibili secondo i principi dell'open data in coerenza con gli ambiti descritti nel capitolo 6 «Ecosistemi»; definire e applicare standard di generazione, aggiornamento e meta-datazione delle basi di dati e promuoverne l'adozione da parte delle amministrazioni centrali e locali; aprire le basi di dati secondo un chiaro piano di rilascio, avvalendosi a tal riguardo delle funzionalità di automazione e gestione del dato offerte dal *Data & Analytics Framework*; rendere disponibili come dati di tipo aperto quelli attraverso i quali si possa ottenere un forte impatto sulla società civile e sulle imprese, garantendo il rispetto di requisiti di qualità come definiti dallo standard ISO/IEC 25012 *Data quality model* e incentivando il rilascio di API a esse associate; monitorare costantemente (i) l'adozione delle linee guida per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico (ii) il raggiungimento degli obiettivi previsti dal processo di apertura, (iii) il soddisfacimento delle richieste di apertura provenienti dalla società civile, (iv) la qualità dei dati rilasciati e (v) la presenza di API.

del settore pubblico. Questa, abrogando la direttiva sul *Public Sector Information* 2013/37/UE, ha spostato l'attenzione sugli aspetti economici del riutilizzo delle informazioni piuttosto che sull'accesso alle informazioni da parte dei cittadini, prevedendo che gli Stati membri, i quali dovranno recepire la direttiva entro il 16 luglio 2021, saranno tenuti a rendere disponibili il maggior numero possibile di informazioni da riutilizzare.

Inoltre, il tema della riutilizzabilità si è dovuto confrontare con la disciplina di tutela dei dati personali, ad oggi contenuta nel GDPR (reg. UE n. 679/2016), la quale limita il diritto al trattamento dei dati personali alle ipotesi in cui ricorra una legittima base legale ai sensi dell'art. 6 del medesimo Regolamento. Sul punto, la dir. 1024/2019/UE ha esplicitato il rapporto che sussiste tra la disciplina del riutilizzo e quella del GDPR chiarendo, al considerando n. 52, che «il riutilizzo dei dati personali è ammissibile soltanto se è rispettato il principio della limitazione della finalità di cui all'art. 5 paragrafo 1 lett. b) e l'art. 6 del Regolamento UE 2016/679». Pertanto, emerge come un eventuale riutilizzo dei dati personali non sia del tutto precluso, ma limitato dalla disciplina generale del Regolamento Generale sulla tutela dei dati personali. Inoltre, va evidenziato che l'art. 1, par. 2, lett. h), della medesima direttiva chiarisce che le disposizioni della stessa non possono trovare applicazione con riferimento ai «documenti, il cui accesso è escluso o limitato in virtù dei regimi di accesso per motivi di protezione dei dati personali» e per quelli il cui «riutilizzo è stato definito per legge incompatibile con la normativa in materia di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali o pregiudizievole per la tutela della vita privata e dell'integrità degli individui».

Sono dunque previsti limiti e condizioni più stringenti alla riutilizzabilità dei dati personali rispetto alle altre informazioni detenute dalla p.a. non rientranti in tale categoria. Difatti, l'art. 52 CAD precisa che i dati e i documenti che le pubbliche amministrazioni pubblicano senza l'espressa adozione di una licenza si intendono rilasciati come dati di tipo aperto, ad eccezione però dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali. Per questi ultimi la disciplina contenuta all'art. 5, d.lgs. n. 36/2006, afferma che nei casi di riutilizzo di documenti contenenti dati personali il titolare del dato è tenuto ad adottare licenze personalizzate anche *standard*.

Alla luce di quanto sopra, pur avendo il legislatore europeo ben presente la necessità di operare un bilanciamento tra i confliggenti interessi di incentivo alla circolazione e al mercato dei dati, da una parte, e di tutela dei diritti e interessi dei titolari dei dati (tanto di natura personale quanto industriale), dall'altra, emerge un chiaro *favor* per la valorizzazione dei dati detenuti dalla p.a.

7. La cedibilità dei dati a terzi: un'occasione per la p.a.

La riutilizzabilità, sulla scorta delle premesse sin ora svolte, è dunque considerata una modalità per la valorizzazione del patrimonio informativo della p.a., tanto nella prospettiva interna della collaborazione con le altre amministrazioni statali e locali, quanto anche nei rapporti con i privati (anzitutto le imprese) i quali possono in tal modo impiegare i dati detenuti dalla p.a. al fine di trasformarli e utilizzarli nelle proprie attività economiche⁹⁶.

Avendo chiarito che l'ambito di applicazione del riutilizzo agli *open data* coincide con i documenti contenenti dati pubblici nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico ad esclusione di quelli individuati dall'art. 3, d.lgs. n. 36/2006, si pone la questione circa la possibilità di cedere e quindi riutilizzare anche dati differenti da quelli *open* (o da quelli per cui sia previsto un regime di accesso) con facoltà per l'amministrazione di domandare un prezzo congruo di mercato quale corrispettivo. Nello specifico, occorre verificare se possano essere oggetto di compravendita (*rectius*, cessione) quei dati detenuti esclusivamente dalla pubblica amministrazione, rispetto ai quali la legge non prevede – espressamente – nemmeno la possibilità per i terzi di accedervi pagando una determinata tariffa⁹⁷, che ciononostante possano risultare fondamentali per alcuni settori di mercato.

Per rispondere a tale interrogativo giova anzitutto precisare che le discipline ad oggi vigenti sull'accessibilità e sul riutilizzo dei dati non sembrano coprire tutta l'ampia gamma di dati nella disponibilità dell'Amministrazione pubblica; d'altra parte, invece, talune di queste regole sembrano sovrapponibili in quanto applicabili al medesimo oggetto. Difatti, sebbene i dati aperti e quelli per i quali è possibile richiedere il riutilizzo *ex art.* 7, d.lgs. n. 33/2013, paiono avere, *prima facie*, un ambito applicativo sostanzialmente corrispondente con quello degli accessi civici di cui al medesimo decreto, questi rispondono però a finalità differenti: infatti, mentre la disciplina dei dati aperti e la loro accessibilità si giustificano in un'ottica "collaborativa" e

⁹⁶ Per un approfondimento sull'utilizzo e sulla valorizzazione dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche mediante la condivisione degli stessi, si veda G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati*, cit., 157 ss.

⁹⁷ Un esempio in questo senso è rappresentato dal registro delle imprese, di cui all'art. 2188 c.c., avente la funzione di rendere conoscibili e opponibili determinate informazioni delle imprese. A tal riguardo è espressamente previsto dal d.m. 17 luglio 2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 177 del 31 luglio 2012, che i terzi interessati possono accedere dietro pagamento di una tariffa prevista dal medesimo decreto alle informazioni ivi contenute, anche eventualmente in forma aggregata.

di valorizzazione delle informazioni detenute dall'Amministrazione, quella per l'accesso è prevista per appagare una finalità di controllo dell'attività amministrativa. In particolare, l'accesso civico semplice è uno strumento finalizzato a garantire l'effettività degli obblighi di pubblicazione gravanti sulla PA, l'accesso civico generalizzato consente invece un controllo diffuso sulla legalità ed efficienza dell'azione amministrativa. Emerge, quindi, con evidenza la differente *ratio* rispetto al meccanismo del riutilizzo degli *open data*, volto a consentire la valorizzazione delle informazioni aventi le caratteristiche descritte all'art. 1, c. 1, lett. *l-ter*), CAD. Difatti, a rigore, all'operatore economico che intendesse ottenere i dati raccolti dalla p.a. al fine di impiegarli nel proprio processo produttivo potrebbe essere precluso l'utilizzo dello strumento degli accessi di cui al decreto trasparenza del 2013, in quanto l'obiettivo da questi perseguito sarebbe individuabile nell'intenzione di valorizzare tali dati al fine di rendere più efficienti i servizi erogati dalla propria impresa e non, invece, quello di controllare l'azione amministrativa, nell'esercizio del principio di trasparenza⁹⁸.

La centralità del riutilizzo dei dati aperti si può ben cogliere anche guardando al grande interesse che questa ha suscitato nel legislatore europeo, che nell'ultimo ventennio è intervenuto sul tema per ben tre volte. Difatti, come già evidenziato, la dir. 2003/98/Ce è stata prima modificata nel 2013 e poi nuovamente nel 2019 con la chiara finalità di meglio delimitare l'ambito di accessibilità e riutilizzabilità delle informazioni detenute della p.a. nonché le condizioni nel rispetto delle quali ciò sia possibile. La previsione di specifiche limitazioni circa le eventuali tariffe da corrispondere in favore della p.a. titolare del dato sono un chiaro esempio della sempre maggiore attenzione tributata dall'Unione europea alla circolazione dei dati, anche nella consapevolezza della idoneità di questi a creare ricchezza. In questo senso, già i primi commentatori del d.lgs. n. 36/2006 evidenziavano che la finalità perseguita dal riutilizzo era lo «sfruttamento economico delle informazioni a disposizione della PA» richiedibile da chiunque sia per scopi commerciali

⁹⁸ Anche se ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 la pubblicazione di questi dati è pensata in funzione del controllo sull'attività della p.a. e non del riutilizzo, taluni autori sostengono che il tenore letterale delle disposizioni del decreto trasparenza non osti a che tali dati siano utilizzati dai soggetti privati – anche per scopi produttivi – pur non essendo pubblicati con tali finalità. Si v. al riguardo, G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di G. Arena, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004, 31 ss.; A. Natalini, *Principio di trasparenza e gestione dei dati*, in *Dir. merc. tecn.*, 2016, 198 ss.; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 657 ss.

la valorizzazione del patrimonio informativo

sia non commerciali e non invece il «controllo e partecipazione democratica»⁹⁹.

Chiarite le condizioni al ricorrere delle quali sia possibile avvalersi del riutilizzo dei dati aperti, come sancito dalla disciplina nazionale di recepimento della direttiva europea – e alla luce del fatto che le medesime *rationes* di valorizzazione del patrimonio informativo dell'amministrazione potrebbero trovare applicazione anche con riferimento a dati non *open* – occorre ora valutare se residuino spazi per la credibilità da parte dell'amministrazione a favore di terzi verso corrispettivo di (almeno) alcuni tra i dati di cui sia in possesso o se piuttosto tale possibilità sia preclusa, a legislazione vigente, in quanto tali dati sarebbero necessariamente sottoposti ad altra disciplina legale: ad esempio, la fruibilità come *open data*, l'accessibilità ai sensi della disciplina sugli accessi civici o, invece, la preclusione della condivisibilità con terzi per ragioni di tutela degli interessi pubblici o privati che vengano in rilievo.

Quanto alle possibili sovrapposizioni con la disciplina degli accessi di cui al d.lgs. n. 33/2013, come modificato nel 2016, va anzitutto evidenziato come, almeno teoricamente, debbano escludersi dall'ambito delle informazioni cedibili verso corrispettivo tutti quei dati e documenti che rientrino tra quelli accessibili ai sensi della disciplina dell'accesso civico. È, infatti, la stessa disciplina normativa dell'accesso civico generalizzato che vieta all'Amministrazione di richiedere al privato quale sia la motivazione sottesa alla sua istanza di accesso e, pertanto, qualora quest'ultimo utilizzasse l'accesso civico quale strumento per ottenere dati da impiegare nella propria attività economica, la p.a. non sarebbe comunque legittimata a rifiutare tale richiesta. A ciò si aggiunge anche la regola di buona fede – ormai pacificamente applicabile anche all'azione amministrativa attesa l'introduzione nella legge generale sul procedimento amministrativo all'art. 1, c. 2-*bis* – che preclude alla p.a. di vendere ai cittadini e alle imprese i medesimi dati che questi potrebbero ottenere gratuitamente mediante l'esercizio del proprio diritto di accesso.

Ad ogni modo, come evidenziato sopra, la sovrapposizione tra le citate discipline è solamente apparente, in quanto nel valorizzare la *ratio* degli accessi civici emergerebbe la sua incompatibilità con un utilizzo produttivo delle informazioni ottenute da parte dell'imprenditore riutilizzatore. Residuerrebbe, quindi, spazio per la credibilità verso corrispettivo dei dati della p.a. che non rientrino tra quelli *open* (oggetto di un obbligo di pubblicazione avente base normativa o regolato da licenza) e che non siano assoggettati alla

⁹⁹ R. Sanna, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, cit., 251.

più restrittiva disciplina della tutela dei dati personali o di dati la cui condivisione è espressamente vietata *ex lege*.

Con particolare riferimento ai dati personali, sarebbe quantomeno controversa la sussistenza di una base legale per il trattamento degli stessi – che in ipotesi potrebbe essere individuata alternativamente nella ricorrenza di un interesse pubblico perseguito dalla p.a. o da un legittimo interesse¹⁰⁰ di questa o dell'acquirente dei dati – e comunque potrebbero porsi profili di contrasto con il principio di minimizzazione dei dati, che dovrebbero essere superati facendo ricorso alla c.d. anonimizzazione¹⁰¹.

Pare opportuno sottolineare che ammettendo la possibilità di cedere verso corrispettivo dati a soggetti terzi si realizza il medesimo proposito sotteso all'accessibilità dei dati *open*: far partecipare gli amministrati (coloro che indirettamente finanziano l'attività amministrativa) dei benefici derivanti dall'attività stessa e dei dati raccolti della p.a. nell'ambito di quest'ultima. A questo aspetto si aggiunge poi anche quello della valorizzazione del patrimonio informativo della p.a.: da una parte, ciò permette di estrarre un maggior valore dall'attività amministrativa nel suo complesso (generando ricchezza per tutti gli *stakeholders*), d'altra parte – almeno in astratto – consente all'amministrazione di trarre un guadagno dall'attività svolta, derivante dai proventi della vendita dei dati.

Quanto ai profili tecnici della condivisione e compravendita dei dati, va evidenziato come ad oggi manchino standard condivisi con riferimento

¹⁰⁰ L'art. 6, c. 1, lett. f), GDPR, prevede il trattamento dei dati è legittimo quando sia «necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore». Si tratta di una norma con contenuto indeterminato, che risponde alla necessità di tutelare le istanze circolatorie e legittima il trattamento dei dati personali pur in mancanza di un espresso consenso del soggetto interessato. È, però, evidente che maggiore è l'ambito applicativo che viene riconosciuto alla nozione di legittimo interesse quale condizione di liceità del trattamento dei dati personali, minore è lo spazio riservato al consenso quale strumento mediante il quale il soggetto interessato al trattamento dei dati può decidere se intenda permettere o meno il trattamento dei propri dati da parte di un terzo. Sul punto si veda D. Baldini, *Il difficile equilibrio tra consenso della persona interessata e legittimo interesse del titolare del trattamento: problemi e prospettive nei rapporti tra fonti interne e dell'Unione europea in tema di tutela dei dati personali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, 2.

¹⁰¹ Il considerando n. 26 al GDPR evidenzia che «[...] I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato. Il presente regolamento non si applica pertanto al trattamento di tali informazioni anonime, anche per finalità statistiche o di ricerca».

la valorizzazione del patrimonio informativo

alle infrastrutture (le c.d. *Application programming interfaces*) di cui le amministrazioni si dovrebbero dotare al fine di comunicare con i privati richiedenti l'accesso ai dati (sia quelli *open* rispetto ai quali è applicabile la disciplina del riutilizzo, sia gli ulteriori dati eventualmente commerciabili da parte della p.a.) e la disomogeneità delle soluzioni tecniche adottate costituisce una chiara barriera all'accesso al patrimonio informativo delle amministrazioni.

D'altra parte, si pongono problemi pratici che potrebbero rendere di fatto irrealizzabile, senza uno specifico intervento legislativo, il commercio dei dati detenuti dall'amministrazione.

Difatti, l'eventuale decisione dell'amministrazione che individuasse e delimitasse i dati che potrebbero essere oggetto di compravendita onerosa (sottraendola all'accessibilità ai sensi del d.lgs. 33/2013) sarebbe *contra legem*, così come si porrebbe in contrasto con la normativa vigente il comportamento dell'amministrazione che domandasse al privato, che richiede l'accesso, di specificare lo scopo che intende perseguire, poiché l'art. 5, c. 3, del decreto trasparenza precisa che l'istanza di accesso ai dati «non richiede motivazione».

Tali problematiche non si porrebbero invece qualora l'amministrazione decidesse di vendere dati aggregati, sottoposti a specifici trattamenti ed elaborazioni a fronte della richiesta di acquisto da parte dei privati. Tali informazioni, infatti, sarebbero di per sé escluse dall'ambito applicativo dell'accesso civico generalizzato, trattandosi di dati non già nella disponibilità della p.a.: il privato non potrebbe, pertanto, pretendere di accedere a dati che l'amministrazione non detiene, imponendole di effettuare specifiche lavorazioni al sol fine di permetterne l'accesso. Non si porrebbero, dunque, specifici ostacoli alla cessione verso corrispettivo a prezzi di mercato di tali dati a terzi. Residua, però – anche in quest'ultima ipotesi – un ulteriore interrogativo: se, una volta elaborati tali dati e ceduti a terzi, altri privati possono – subito dopo – pretenderne l'accesso, beneficiando così gratuitamente del servizio richiesto da altri e frustrando la finalità reddituale della vendita di dati da parte dell'amministrazione. Al fine di evitare ciò, eventualmente l'amministrazione potrebbe anche provvedere alla cancellazione dei dati elaborati – in ossequio al principio di minimizzazione – dopo averli ceduti al privato che ne ha commissionato l'elaborazione.

Non possono tacersi, poi, ulteriori questioni che la vendita di dati dell'Amministrazione a cittadini e imprese potrebbe porre. Tali informazioni avrebbero l'attitudine a falsare il mercato, avvantaggiando gli operatori economici che ne dovessero venire in possesso, incidendo in ultima analisi sulla concorrenza. Va però detto, che potrebbe valorizzarsi quanto previsto dall'art. 101, par. 3, TFUE sostenendo che l'accessibilità di tali dati da parte

degli operatori del mercato verso corrispettivo, fintanto che sia consentita a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta, costituisce un’iniziativa in grado di promuovere il progresso tecnico o economico del mercato nel suo complesso. Difatti, tali dati potrebbero essere impiegati dalle imprese per proporre servizi meglio calibrati sulle esigenze dei cittadini, migliorando così l’efficienza del mercato, oltre a garantire un ulteriore introito economico alle amministrazioni pubbliche, che potrebbe essere reinvestito per il perseguimento dell’interesse pubblico primario la cui cura gli è affidata dalla legge.

Un ultimo profilo che sarebbe meritevole di approfondimento – a cui si dedica solo un cenno in questa sede – attiene alla qualificazione giuridica dei rapporti intercorrenti tra l’amministrazione titolare dei dati ed eventuali terzi concessionari, nell’ipotesi di esternalizzazione del servizio di elaborazione e cessione dei dati.

Tali profili risultano centrali poiché vi sono rilevanti differenze, quanto alle regole applicabili, nelle diverse situazioni che potrebbero astrattamente verificarsi: qualora *i*) la realizzazione e la gestione della piattaforma digitale sia rimessa direttamente alla p.a., a una società *in house* che abbia le competenze tecniche necessarie o ad una società mista o *ii*) mediante concessione, esternalizzando l’attività a soggetti differenti da quello pubblico detentore dei dati¹⁰².

D’altra parte, occorrerebbe chiarire quale sia la natura giuridica della “cessione dei dati verso corrispettivo ai privati” e, quindi, a quale disciplina soggiaccia il rapporto tra la p.a. e il privato che tali dati richieda. Questa infatti, potrebbe essere qualificata come compravendita di beni (i dati detenuti dalla p.a.) o, più correttamente, come un servizio prestato dall’amministrazione o da terzi in favore di privati cittadini e imprese¹⁰³.

Ebbene, l’occasione storica della ripartenza post-pandemica e la grande quantità di risorse disponibili per pianificare una decisa ripresa – e le basi per lo sviluppo futuro – delle economie europee pongono i presupposti per dare nuovo slancio alla transizione digitale. Si potrà (o meglio, si dovrà) ripensare agli errori del passato al fine di evitare di commetterli nuovamente e proprio nella prospettiva di utilizzare le tecnologie ICT per re-ingegnerizzare i processi si potranno aprire nuove occasioni per la p.a. e per il mercato. Tra queste, alla luce della ricostruzione che precede, sembra

¹⁰² La questione è stata sollevata anche da A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, cit.

¹⁰³ A fini di completezza, va poi evidenziato che, proprio per individuare la disciplina applicabile, risulterebbe altresì necessario qualificare la tipologia di servizio di cui si tratta.

la valorizzazione del patrimonio informativo

percorribile – anche a legislazione vigente – una maggiore valorizzazione del patrimonio informativo della amministrazione, che permetta di creare maggiore ricchezza.

In quest’ottica, assume particolare rilevanza la distinzione tra le banche dati dell’amministrazione aperte (e quindi accessibili dai cittadini) e quelle chiuse, nell’ambito delle quali sono conservate informazioni che, allo stato, sono consultabili solamente dalla stessa amministrazione che le predispone. Si dovrebbe, inoltre, dare piena attuazione al principio della interoperabilità delle stesse, con l’effettivo rispetto del principio del *once only*, risultando così l’amministrazione meno intrusiva nei confronti del privato, limitandosi a domandare a questi una sola volta le informazioni. Per fare ciò, è certamente prioritario sviluppare standard tecnologici comuni tra le amministrazioni, con API che consentano una più agile comunicazione. Peraltro, la disciplina europea sugli *open data* e sul riutilizzo dei dati traccia chiaramente la strada verso la massima condivisione dei dati detenuti dall’amministrazione, in considerazione dell’attitudine di questi ultimi a rendere più efficiente l’attività amministrativa e favorire lo sviluppo economico delle attività imprenditoriali.

Come già evidenziato, valorizzare la circolazione dei dati detenuti dalla p.a. (nei limiti in cui ciò sia possibile, e quindi nel rispetto della tutela del diritto alla riservatezza e degli interessi privati e pubblici in conflitto) rappresenta un’indubbia occasione di sviluppo, in grado di fornire nuove occasioni di *business* alle imprese e, allo stesso tempo, di garantire risorse alle amministrazioni, da reinvestire nel perseguimento dell’interesse pubblico dando così vita ad un circolo virtuoso. A tal proposito, occorre conclusivamente evidenziare che tale opportunità di sviluppo si porrebbe pienamente in linea con le disposizioni normative in vigore.

Difatti, come emerge dall’analisi svolta, le discipline settoriali e generali ad oggi vigenti, che limitano la circolazione di taluni dati e che impongono la libera condivisione di altri, hanno un ambito applicativo non del tutto sovrapponibile a quello dei dati eventualmente cedibili da parte della p.a.. Sembrerebbe, dunque, possibile – valorizzando i principi generali dell’ordinamento – configurare la cedibilità verso corrispettivo a prezzo di mercato da parte dell’amministrazione pubblica in favore di imprese e cittadini dei dati detenuti, che non siano dati personali né *open data*, qualora vengano richiesti per finalità di valorizzazione del dato, sempre che non vengano in rilievo ragioni di esclusione dall’accesso (come previsto, peraltro, anche dalla disciplina dell’accesso civico generalizzato¹⁰⁴).

¹⁰⁴ Cfr. art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013.

Per quanto la cedibilità dei dati non personali né *open* detenuti dalla p.a. sembri percorribile, emergono però evidenti difficoltà operative che potrebbero renderne in concreto difficile l'attuazione in mancanza di interventi normativi in tal senso, volti ad incentivare tale pratica anche definendo la specifica disciplina applicabile. Atteso il *favor* del legislatore europeo per la massima circolazione dei dati, anche al fine di permetterne la valorizzazione, sembra dunque che, pur tenendo in debito conto i limiti dettati dalla necessità di tutelare gli interessi pubblici e privati in gioco, la compravendita dei dati detenuti dalle amministrazioni sia da incoraggiarsi. È pertanto auspicabile l'adozione di specifiche iniziative legislative, sia a livello nazionale sia europeo, che definiscano un *framework* normativo chiaro ed omogeneo sul punto, che non lasci residuare dubbi circa l'ammissibilità della cessione di tali dati e sulle modalità operative, anche definendo standard tecnici.

Abstract

The paper firstly examines the evolution of the digitization process of the Public Administration highlighting the main issues in the implementation of ICT technologies. The first part addresses also what are the strategic objectives relating to digital transition of the Public Administration to be pursued using the funds granted under the Next Generation EU. Secondly, with the awareness of the importance of data in the digitization of the Administration, the characteristics of the different types of databases managed by the PA are therefore examined, together with the methods used to ensure interoperability between them, which allow the re-usability of open data and the sharing of other data held by the PA. Finally, in the perspective of further enhancing and exploiting the data assets of the Administrations, the aim is to verify whether the Administrations can sell at least some of the data that they hold for a market price.

OPINIONI

GIULIANO TAGLIANETTI

L'IMPATTO DEL D.L. N. 76/2020 SUL DIRITTO PROCESSUALE DEI CONTRATTI PUBBLICI, TRA *VETERA ET NOVA**

SOMMARIO – 1. Premessa – 2. Il d.l. n. 76/2020 tra esigenza di celerità processuale e garanzia di stabilità delle decisioni pubbliche. 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Per fronteggiare la grave crisi economia causata dalla pandemia l'esecutivo ha adottato il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale».

Tali misure sono state varate, in particolare, con il dichiarato intento di accelerare i tempi degli investimenti pubblici, far ripartire l'attività delle imprese e rilanciare l'economia gravemente depressa dal *lockdown*.

Le modifiche apportate al processo amministrativo (e segnatamente al contenzioso in materia di contratti pubblici) sono cruciali nell'economia del decreto e sono contenute nel titolo I, capo I, recante «Semplificazioni in materia di contratti pubblici».

Sul versante processuale il d.l. n. 76/2020 mira a conseguire un duplice obiettivo: da un lato, ridurre ulteriormente i tempi di definizione dei contenziosi amministrativi inerenti alle procedure di affidamento indicate nell'art. 120, c. 1, c.p.a., garantendo una maggiore effettività della tutela giurisdizionale alle imprese che partecipano alle gare pubbliche; dall'altro, salvaguardare l'interesse alla stabilità delle decisioni concernenti le suddette procedure, assicurando continuità all'azione amministrativa in vista del raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico prefissati.

* Il lavoro riproduce, con le opportune modifiche e integrazioni, la lezione tenuta, il 23 settembre 2020, al corso di perfezionamento in «Amministrazione e Finanza degli Enti Locali» dell'Università degli Studi di Napoli Federico II su «L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici».

D'altronde, la necessità di tenere conto simultaneamente di questi valori parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico rappresenta una specificità del processo amministrativo, nel quale entrano fisiologicamente in gioco non solo interessi privati, ma anche interessi della collettività¹.

2. Il d.l. n. 76/2020 tra esigenza di celerità processuale e garanzia di stabilità delle decisioni pubbliche

Un primo gruppo di norme del citato decreto è finalizzato a ridurre ulteriormente i tempi della fase decisoria delle controversie in materia di contratti pubblici, in funzione di una concreta e più immediata tutela delle imprese.

In particolare, con il precipuo intento di tutelare l'interesse degli operatori economici coinvolti nella procedura di gara a ottenere una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (vale a dire l'interesse al conseguimento dell'aggiudicazione della gara, alla stipula del contratto e all'esecuzione dello stesso), il decreto in commento ha impresso un'ulteriore accelerazione processuale allo speciale rito in questione.

In tal senso appare rilevante la previsione di cui all'art. 4, c. 4, lett. a),

¹ Sull'interesse pubblico come «convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni» del processo amministrativo, si veda Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Giur. it.*, 2015, 2192, con nota di E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*. In una prospettiva più vasta, per una riflessione sul ruolo della giustizia amministrativa, nonché sulla necessità (e sulla difficoltà) di far convivere l'esigenza di assicurare stabilità e certezza ai rapporti giuridici con quella di garantire la giustizia sostanziale e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, cfr. M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pubblicato a più riprese in *Riv. dir. proc.*, 1963, 552 ss. e 1964, 12 ss. e 217 ss.; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 589 ss.; M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 715 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss. Più recentemente si vedano sul tema gli scritti di S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.; R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; Id., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.; S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 798 ss.; *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazza*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 419 ss.; G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889 ss.

L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici

in base al quale «... il giudizio è di norma definito, anche in deroga al c. 1, primo periodo dell'articolo 74 [anche, cioè, a prescindere dalla circostanza che il giudice “ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso”], in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti [vale a dire in tutti i casi in cui ricorrano i presupposti di completezza in ordine al *thema decidendum*, al *thema probandum*, e al contraddittorio, secondo quanto disposto dall'art. 60 c.p.a.]».

In buona sostanza, si è optato per una ordinaria anticipazione del momento decisivo alla fase cautelare, nonostante l'art. 120 c.p.a. già prevedesse non solo che il giudizio venisse comunque definito in forma semplificata² ma anche la possibilità di una sua definizione immediata nell'udienza cautelare.

Si colloca nel medesimo disegno di celere definizione della controversia l'ulteriore disposizione di cui all'art. 4, c. 4, lett. b), che ha ridotto da trenta a quindici giorni il termine, decorrente dall'udienza di discussione, entro il quale deve essere depositata la sentenza che definisce il giudizio³.

Si tratta di misure a regime idonee ad incidere in maniera strutturale sull'assetto della giustizia amministrativa.

Le disposizioni testé richiamate – regolando, in particolare, l'attività del giudice – producono l'effetto di abbreviare ulteriormente la fase decisoria del giudizio e di accelerare i tempi di svolgimento del processo, assicurando quindi al ricorrente, almeno nelle intenzioni del legislatore, una tutela giurisdizionale più efficace ed effettiva⁴.

² La dottrina ha espresso forti critiche nei confronti di tale disposizione osservando come, specialmente in un settore complesso come quello dei contratti pubblici, non si possa stabilire aprioristicamente «per legge che un affare è semplice se non lo è» (R. De Nictolis, *Le sentenze del giudice amministrativo in forma semplificata. Tra mito e realtà*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014, § 7).

³ Non è mancato chi ha osservato che, in linea generale, la scelta di abbreviare i tempi di determinate controversie potrebbe provocare l'appesantimento dei tempi di definizione di tutti gli altri giudizi aventi per oggetto materie diverse, con il rischio di creare un «processo a due velocità» (G. Virga, *Verso un nuovo processo amministrativo*, in Lexitalia.it, 2000). La Corte costituzionale, con sentenza 10 novembre 1999, n. 427, in *Riv. trim. app.*, 1999, 705 ss., con nota di G. Calderoni, *Rito speciale per le opere pubbliche e “giusto processo” amministrativo*, in *Urb. app.*, 1999, 1293 ss., con nota di F. Della Valle, *Il rito abbreviato degli appalti supera il vaglio di costituzionalità*, si è pronunciata anche su tale aspetto, osservando che una disciplina che prescrive termini processuali abbreviati in una materia contrassegnata dalla particolare «rilevanza degli interessi incisi» risulta ampiamente giustificata dalla diversità e dalla peculiarità della materia stessa (punto 3, in diritto).

⁴ Rende bene il legame esistente tra la rapida definizione dei processi e l'effettività

Esse tuttavia destano non poche perplessità legate agli effetti collaterali che una simile contrazione dei termini processuali potrebbe avere sul diritto di difesa (vale a dire sulla possibilità per le parti di articolare compiutamente le proprie difese) e sulla qualità della risposta giudiziaria (l'estrema riduzione dei termini processuali comporta che non sempre le sentenze possono essere adottate con i necessari tempi di maturazione e riflessione)⁵.

In effetti, le prime difficoltà applicative del nuovo disposto normativo sono state manifestate dalla quinta sezione del Consiglio di Stato con diverse ordinanze (nn. 4556, 4557, 4558, 4563, 4564, 4565, 4566, 4567, 4569

della tutela giurisdizionale la celebre affermazione di Montesquieu, secondo la quale «giustizia ritardata è giustizia negata». Per una compiuta analisi del rapporto di connessione esistente tra speditezza processuale ed effettività della tutela giurisdizionale, cfr. M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista Aic*, 2014, n. 4, 41, ove si sostiene che un «processo lento [...] non è soltanto incapace di soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese»; R. Chieppa, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. Pellegrino e A. Sterpa, Roma, Carocci, 2014, p. 192, secondo cui «l'effettività della tutela e la certezza del diritto vengono vanificate se la decisione del giudice arriva oltre un ragionevole tempo di attesa». Anche in giurisprudenza non si è mancato di prospettare un collegamento tra i principi di effettività della tutela e di speditezza processuale. In particolare, è stato affermato che «l'effettività della tutela dei propri diritti cui è preordinata l'azione, ed in definitiva la stessa efficacia della giurisdizione, si combina con la durata ragionevole del processo» (C. cost., 22 ottobre 1999, n. 388, punto 2.1); che «la effettività della tutela non è scindibile dal requisito della prontezza» (C. cost., 2 aprile 1992, n. 154, punto 2); che le «ragioni di economia processuale [...] in via generale, sono da ritenere collegate a sostanziali esigenze di effettività della tutela» (Cons. St., sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046, punto 4). In altre pronunce i suddetti principi sono stati considerati come un'endiadi: talvolta, infatti, si è fatto riferimento ai «principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo» (C. cost., 11 novembre 2011, n. 304, punto 6.5.); altre volte si è parlato di «diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo e alla effettività della tutela giurisdizionale» (Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7584, punto 7.3.); altre volte ancora sono stati evocati «i criteri dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'economia processuale» (Cons. St., sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154, punto 5). Sulla rilevanza del «fattore tempo» nel giudizio amministrativo, cfr. M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *federalismi.it*, 2014, n. 18; M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*; G. Romeo, *Il tempo e il giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 429 ss.

⁵ Sui rischi derivanti da un'eccessiva riduzione dei termini processuali e, più in generale, sul «rapporto tra effettività e tempo nel codice del processo amministrativo», si v. approfonditamente M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, cit., spec. 183 ss. Su queste tematiche e sulla deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto v. altresì M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, cit.

L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici

del 31 luglio 2020), in cui è stata affermata l'impossibilità di procedere «con il rito previsto “di norma” dall'art. 4, d.l. n. 76 del 2020» in considerazione dell'«oggettiva mancanza di proporzionate e adeguate risorse umane ed organizzative», nonché della complessità delle «questioni, processuali e di merito, richiedenti ulteriori approfondimenti e confronti tra le parti».

In disparte le difficoltà applicative derivanti dalle stringenti tempistiche imposte dalla riforma, altri dubbi riguardano la reale necessità di imprimere un'ulteriore accelerazione al «rito appalti», soprattutto se si prendono in considerazione i confortanti dati inerenti ai tempi medi di definizione dei giudizi in *subiecta materia*⁶.

D'altra parte, sono oramai note le statistiche che dimostrano come le inefficienze nel processo di realizzazione delle opere in favore della collettività siano imputabili solo in minima parte all'intervento giurisdizionale⁷.

Accanto alle norme preordinate a garantire una maggiore effettività della tutela giurisdizionale, il d.l. n. 76/2020 reca un secondo gruppo di disposizioni protettive dell'amministrazione e degli interessi sottesi al contratto.

Tali disposizioni mirano principalmente ad assicurare una maggiore stabilità e certezza delle decisioni pubbliche inerenti alle procedure di gara preordinate all'affidamento di lavori, servizi e forniture e a salvaguardare, in particolare, gli effetti del contratto stipulato all'esito di tali procedure.

Invero, il decreto (art. 4, c. 2) prevede che per le opere realizzate in applicazione degli artt. 1 e 2, c. 2, del medesimo decreto – che disciplinano rispettivamente le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture sotto soglia e quelle aperte, ristrette e negoziate di importo pari o superiore alle soglie europee la cui determina a contrarre «o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021» – si applichi l'art. 125, c. 2, c.p.a.

Questo significa che il giudice in sede di valutazione dell'istanza cautelare dovrà tener «conto delle probabili conseguenze del provvedimento

⁶ Consultabili in www.giustizia-amministrativa.it, alla voce *Statistiche inaugurazione anno giudiziario 2020*, e inerenti agli anni 2015-2019. Come rileva in proposito A. Sandulli, *Semplificare per ripartire: luci e ombre del D.l. Semplificazioni*, in *Luiss Open*, 2020, in effetti, «i tempi del processo amministrativo sono già molto rapidi, in particolare nelle controversie di consistente rilievo economico».

⁷ Dall'«analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti», effettuata dall'ufficio studi della giustizia amministrativa, avvalendosi dei dati forniti dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e dei dati presenti nel sistema informatico della giustizia amministrativa, emerge che le procedure di gara impugnate dinanzi al giudice amministrativo con riferimento al biennio 2015/2016 sono meno del tre per cento del totale delle procedure bandite (l'indagine statistica è pubblicata in www.giustizia-amministrativa.it, dicembre 2017).

stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare», della «irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»: la norma lascia margini molto ridotti alla concreta possibilità per il ricorrente di ottenere una misura cautelare favorevole, valorizzando l'interesse generale alla celere prosecuzione delle procedure di gara e alla sollecita realizzazione delle opere.

Quest'ultima previsione, in effetti, non sembra essere una vera e propria novità per la semplice ragione che, da tempo, il giudice amministrativo in sede cautelare non esita già a dare spazio, spesso determinante, alla valutazione dell'interesse pubblico; non si limita, cioè, a valutare il pregiudizio grave e irreparabile allegato dal ricorrente (c. 1 dell'art. 55, c.p.a.), ma esamina e compara anche gli interessi confliggenti e contrapposti dell'amministrazione e del controinteressato, che potrebbero essere lesi dalla decisione della domanda cautelare favorevole al ricorrente, ancorché la norma di riferimento (il citato art. 55) faccia formale richiamo alla sola posizione soggettiva del ricorrente⁸.

Invero, la giurisprudenza ha costantemente letto la normativa che consente di sospendere gli effetti dell'atto amministrativo – sin dall'art. 12, 31 marzo 1889, n. 5992 – nel senso di dover comparare il pregiudizio grave e irreparabile prospettato dal ricorrente, con l'interesse pubblico sotteso all'atto impugnato⁹.

⁸ Come osserva in proposito M. Lipari, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il «rito appalti» e le esigenze imperative di interesse generale*, in *federalismi.it*, 2017, n. 5, 11, la lettura delle pronunce cautelari adottate dai giudici amministrativi – anche al di fuori dei casi regolati da norme speciali processuali – evidenzia che continua ad essere utilizzato, senza particolari esitazioni, il criterio dell'interesse pubblico, e della sua possibile prevalenza sulle ragioni di urgenza rappresentate dal ricorrente, quale filtro, spesso determinante, della decisione di accoglimento o di rigetto, anche a discapito del *fumus*. Questa tendenza è però criticata da quanti evidenziano che «il giudice amministrativo non può considerare l'esigenza concreta dell'amministrazione come un parametro di riferimento o un valore da tutelare al di là di quanto il legislatore non abbia previsto allorché ha dettato la disciplina positiva dell'esercizio del potere e dei rapporti tra amministrazione e cittadino» (C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 87). In tal senso è stato altresì rilevato che il criterio dell'interesse pubblico non rileva perché l'art. 55 c.p.a. non lo richiama: in questo senso Cass., sez. un., 24 giugno 2004, n. 11750, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1591, secondo cui la legge «prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato, dalla giurisprudenza amministrativa».

⁹ A questo proposito G. Leone, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione sog-*

L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici

D'altronde, la necessità di tenere conto dell'interesse alla sollecita realizzazione di un'opera o all'efficace erogazione di un servizio in favore della collettività in sede cautelare già emerge dall'art. 120, c. 8-ter, c.p.a. («nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, c. 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuali del contratto, dandone conto nella motivazione»), che, in ragione della sua maggiore genericità e indeterminatezza, sembra assorbire la disciplina di cui all'art. 125, c. 2, c.p.a.¹⁰

Un'altra previsione priva di una reale portata innovativa è quella recata dall'art. 4, c. 1, lett. b), il quale – dopo avere stabilito che «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto (sessanta giorni decorrenti dall'aggiudicazione definitiva, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero quello concordato dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario in caso di differimento) deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto ... » – specifica che la pendenza di un ricorso giurisdizionale non costituisce giustificazione adeguata alla mancata stipula del contratto nel termine prestabilito dalla legge, fermo restando quanto previsto dai c. 9 e 11 dell'art. 32 d.lgs. n. 50/2016 (che disciplinano rispettivamente lo *stand still period* sostanziale e quello procedurale).

L'obiettivo della norma è quello di impedire ogni possibile valutazione discrezionale sull'opportunità di sospendere cautelativamente una procedura di gara a fronte della mera proposizione di un ricorso giurisdizionale.

Anche quest'ultima disposizione non sembra potersi considerare una novità in senso assoluto: costituisce infatti *ius receptum* il principio in base al quale la mera proposizione del ricorso non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato¹¹.

gettiva e oggettiva del giudice amministrativo, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 82, osserva realisticamente come questa comparazione volga spesso in favore dell'amministrazione, soprattutto per la riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi lesi dal provvedimento amministrativo. A conferma di tale ultimo rilievo, si veda il recente decreto presidenziale 19 ottobre 2020, n. 1922, con cui la quinta sezione del TAR Napoli, all'esito del «doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare», ha espressamente attribuito «prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato».

¹⁰ A ben vedere, la rilevanza dell'interesse pubblico emerge anche dal c. 2 dell'art. 55 c.p.a.: il legislatore, nel preoccuparsi degli eventuali effetti irreversibili della concessione della misura cautelare, ha contemplato la possibilità che quest'ultima sia subordinata alla prestazione di una cauzione non soltanto in caso di diniego, ma anche in caso di concessione della misura stessa.

¹¹ Per tutte, cfr. Cons. St., sez. II, 12 agosto 2019, n. 5651: «nessun effetto sospensivo può ricondursi automaticamente all'avvenuta proposizione di un ricorso giurisdizionale».

Il decreto ha altresì previsto l'applicabilità integrale dell'art. 125 c.p.a.¹² in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'art. 2, c. 3, dello stesso decreto, che disciplina le procedure negoziate esperite in via d'urgenza per l'affidamento di contratti di valore superiore alle soglie di rilevanza europea la cui determina a contrarre «o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021».

Quest'ultima previsione appare di notevole rilevanza in quanto il citato art. 125 è particolarmente incisivo nel tutelare l'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere, stabilendo rilevanti limiti alla caducazione del contratto in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati e, quindi, al pieno dispiegarsi del principio di effettività.

L'impressione complessiva è che il legislatore abbia inteso compensare (verrebbe quasi da dire «contrabbandare») la maggiore protezione accordata alle imprese, attraverso disposizioni tese ad assicurare una maggiore celerità del «rito appalti», con misure protettive dell'amministrazione e degli interessi sottesi al contratto, inevitabilmente limitative dell'effettività della tutela giurisdizionale.

3. Considerazioni conclusive

L'ultima riforma contribuisce a dimostrare come uno dei problemi più complicati della giustizia amministrativa sia quello di assicurare una maggiore effettività della tutela giurisdizionale, salvaguardando, al contempo, l'interesse pubblico alla stabilità dell'azione amministrativa e delle situazioni giuridiche a essa sottese¹³.

Nel settore dei contratti pubblici, la portata dei valori economici e sociali in gioco accentua la tensione conflittuale tra i summenzionati obiettivi.

¹² Esso, oltre a prevedere un aggravamento dei presupposti processuali per la concessione della tutela cautelare, sancisce la regola secondo cui per tutti i vizi diversi da quelli più gravi, di cui all'art. 121 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto già stipulato, sicché il risarcimento del danno avviene solo per equivalente: questo significa che per le opere di valore superiore alle soglie di rilevanza europea la cui procedura venga esperita in via d'urgenza *ex* art. 2, c. 3, d.l. n. 76/2020, al di fuori dei casi di «gravi violazioni», la conservazione del contratto diviene la regola, l'inefficacia del contratto l'eccezione. La disposizione è stata sottoposta a serrata e acuta critica da M.A. Sandulli, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *federalismi.it*, 2009, n. 4.

¹³ Sulla necessità (e sulla difficoltà) di far convivere l'esigenza di assicurare stabilità e certezza ai rapporti giuridici con quella di garantire la giustizia sostanziale e il principio di effettività della tutela giurisdizionale si v., *retro*, nt. 1.

L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici

Al riguardo, non si può fare a meno di osservare come il «legislatore dell'emergenza» – alternando previsioni aventi efficacia limitata alla situazione emergenziale, ad altre di carattere generale, idonee ad incidere in maniera strutturale sull'assetto della giustizia amministrativa – abbia alterato delicati equilibri processuali senza tuttavia tenere in debito conto le possibili criticità che dagli interventi stessi scaturiscono.

Il d.l. n. 76/2020 si inserisce pertanto nei continui cambi di rotta che caratterizzano la disciplina dei contratti pubblici¹⁴ e che danno agli operatori del diritto la sensazione di essere su una nave alla deriva in balia del vento del populismo.

Abstract

This paper critically examines the main innovations brought by the Law Decree 16 July 2020 no. 76 (converted into Law 11 September 2020 no. 120) on the special procedural law of public contracts. The Author asks, first of all, how much the Law Decree no. 76/2020 is actually able to simplify and speed up disputes relating to the procurement procedures referred to in Art. 120, paragraph 1, of the Code of Administrative Trial and at what cost to the «due process». The Author also questions the actual innovative scope of some provisions of the Decree-Law no. 76/2020. According to the Author, the overall impression is that the legislator has balanced the greater protection afforded to enterprises, through provisions aimed at ensuring greater speed of the «procurement procedures», with measures for the protection of public authorities and interests underlying the contract (the reference is, in particular, to the extension of the scope of application of Art. 125 of the Code of Administrative Procedure laying down «...procedural provisions for disputes relating to strategic infrastructures»), inevitably limiting the effectiveness of the judicial protection.

¹⁴ In tema di normazioni ondivaghe, con ispirazioni generali diverse e non conciliabili, che si sono succedute talvolta in stretta contraddittoria sequenza, sia consentito rinviare a G. Taglianetti, *La normativa in materia di contratti pubblici e la tela di Penelope*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 155 ss. Sul punto, si vedano altresì le recenti considerazioni di F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2020*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2021, 24: «il profluvio normativo, che, sotto la spinta dell'emergenza ha ridisegnato, in via derogatoria e temporanea, regole e procedimenti, non giova, e probabilmente minerà quel graduale processo di chiarificazione che la giurisprudenza negli scorsi anni, e soprattutto nel 2020, ha condotto».

COMMENTI

GIULIANO FONDERICO

QUANDO UN CONTRATTO PUBBLICO HA UN DESTINO “SPECIALE”: LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL NESSO TRA L’APPALTO E IL SETTORE SPECIALE NELLA DIRETTIVA 2014/25/UE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso e gli orientamenti dei giudici nazionali. – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Dal nesso di *strumentalità specifica* a quello di *necessità ordinaria*. – 4.1. Il nesso tra il contratto da affidare e il settore speciale. – 4.2. Le incertezze applicative. – 4.3. Le indicazioni per i giudici nazionali. – 5. Le questioni aperte: è ancora attuale il problema di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico?

1. Premessa

La Corte di giustizia, con la sentenza in commento sul caso *Pegaso/Poste Tutela*, affronta un aspetto della disciplina dei contratti pubblici sin qui non approfondito nella sua giurisprudenza: il nesso per individuare i contratti “destinati” alle attività nei “settori speciali” e dunque sottoposti alla dir. 2014/25/UE.

Per meglio illustrare il caso, è bene rammentare preliminarmente la genesi della normativa sui “settori speciali” e il modo in cui le direttive in materia di contratti pubblici regolano il proprio campo applicativo e le possibili interferenze tra i diversi corpi disciplinari.

Sin dalla sua prima formulazione, la normazione europea sui contratti pubblici ha distinto il regime applicabile ai contratti aggiudicati in determinati settori produttivi per lo più riconducibili ai servizi di pubblica utilità (es., trasporti, acqua, energia, poste). La prima generazione di direttive sugli appalti, adottata negli anni Settanta, aveva tenuto fuori dal suo ambito applicativo gli enti operanti in tali settori. Con la direttiva 90/531/Cee li si è iniziati a sottoporre a una disciplina autonoma. Si parlava, in origine, di settori “esclusi”, con l’attrazione nell’ambito di applicazione di direttive specifiche è invalsa la denominazione di settori “speciali”¹.

¹ La disciplina dei contratti nei settori speciali – i testi in lingua inglese parlano di

Nei singoli stati membri, tali settori vedevano tradizionalmente la presenza di soggetti pubblici di varia natura, organizzati sia in forma di amministrazione sia in forma di impresa. Le attività erano in ogni caso propriamente produttive ma i settori erano in principio – e in parte lo sono ancora – sottratti alla concorrenza, in ragione dei “diritti speciali ed esclusivi” concessi dagli Stati membri agli enti incaricati dei servizi. Basti pensare, per avere un esempio concreto, alle telecomunicazioni in Italia prima delle liberalizzazioni, con servizi affidati sia alla Società italiana per l’esercizio telefonico (SIP), società di capitali a controllo pubblico, sia all’Azienda di Stato per i servizi telefonici, impresa organo del Ministero delle poste e telecomunicazioni. L’attività come tale era riservata allo Stato dall’art. 1, d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156.

Da questi elementi – pluralità dei modelli organizzativi, soggetti aggiudicatori esercenti attività produttive, condizioni di concorrenza non effettiva – sono derivati i caratteri propri della disciplina dei settori prima “esclusi” e poi “speciali”.

La scelta iniziale di sottrarre i settori fu motivata dalla difficoltà di estendere le direttive “ordinarie” come tali, che si sarebbero applicate “asimmetricamente” solo ai soggetti non imprenditoriali – amministrazioni pubbliche e organismi di diritto pubblico – lasciando fuori le imprese pubbliche². Dall’altro lato, l’influenza decisionale dei poteri pubblici e l’assenza di concorrenza avrebbero potuto spingere gli enti ad affidare gli appalti per considerazioni non economiche (in particolare, la nazionalità degli affidatari). Di qui, la sia pur graduale introduzione di regole di trasparenza e non discriminazione anche per tali settori, con tratti peculiari legati all’esigenza di modellare la disciplina *anche* su soggetti imprenditoriali.

In primo luogo, rispetto alla disciplina ordinaria sono stati integrati i tipi di enti sottoposti agli obblighi di affidamento concorrenziale. La disciplina per i settori “ordinari” si applica alle amministrazioni aggiudicatrici e agli organismi di diritto pubblico. Questi ultimi sono le entità munite di

“Utilities directive” – è da ultimo contenuta nella dir. 2014/25/Ue, che ha sostituito la dir. 2004/17/Ce. Le norme nazionali di recepimento si trovano negli artt. 114 ss., d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Sull’evoluzione della disciplina, cfr. S. Cadeddu e S. Fienga, *Appalti di lavori, servizi e forniture nei settori del gas, energia, acqua, trasporti e servizi postali*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 1044 ss., e F. Pellizzer e A. Police, *Profili generali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, IV, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nicotolis, Milano, Giuffrè, 2019, 503 ss.

² Si veda ad esempio il considerando 9 della dir. 90/531/Cee. È diffusa comunque la convinzione che abbia pesato anche il carattere strategico dei settori e la maggior ritrosia degli stati membri a vincolarsi a regole comuni. Cfr. S. Cadeddu e S. Fienga, *op. cit.*, 1045.

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

personalità giuridica, in rapporto di controllo/finanziamento con un'amministrazione pubblica e istituite per un fine di interesse generale “non industriale e commerciale”. Essi, a prescindere dalla loro forma giuridica, sono tenuti ad applicare la disciplina sui contratti pubblici alla pari delle amministrazioni pubbliche. Se un ente è qualificabile come “organismo di diritto pubblico” rispetto a talune delle attività che esso svolge, allora la medesima qualificazione vale anche per le altre sue attività (c.d. teoria del contagio)³. Tale conclusione non muta nemmeno se l'ente opera distinguendo contabilmente tra le attività “di diritto pubblico” e le altre⁴.

Nei “settori speciali” sono state aggiunte le figure dell'impresa pubblica e dell'impresa – anche privata – titolare di diritti speciali ed esclusivi. In entrambi i casi, le nozioni prescindono dal dato finalistico che invece caratterizza la nozione di organismo di diritto pubblico⁵. Ciò che conta è solo il dato organizzativo dalla sottoposizione a controllo pubblico o quello disciplinare del beneficiare di diritti speciali ed esclusivi.

In secondo luogo, il carattere propriamente imprenditoriale degli enti affidanti ha indotto a definire regole più elastiche rispetto alla disciplina per i settori “ordinari”, con modelli di azione che si avvicinassero maggiormente a quelli dei privati⁶.

I settori “speciali” sono stati ritagliati da ambiti che sarebbero stati compresi nella disciplina dei settori ordinari. La parziale sovrapposizione soggettiva e la diversità delle discipline applicabili ha così posto sin dalle prime formulazioni delle direttive il problema del regolamento dei confini.

La soluzione indicata dalle direttive è apparentemente lineare. Le direttive sui settori “ordinari” *non* si applicano ai contratti nei settori “speciali”⁷. Questi ultimi sono sottoposti alla disciplina di tali settori pur quando siano

³ C. giust. UE, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, in causa C 44/96, punto 32.

⁴ C. giust. UE, 10 aprile 2008, *Aigner*, in causa C-393/06, punto 59.

⁵ M.A. Sandulli, *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in *Trattato sui contratti pubblici*, V, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, Giuffrè, 2008, 3145-3183, 3150.

⁶ Questo profilo di specialità si è attenuato nel tempo, da un lato perché la disciplina dei settori ordinari ha incorporato istituti di flessibilità contenuti in quella dei settori speciali, dall'altro perché la disciplina dei settori speciali è divenuta più formalizzata. Cfr. H. D'Herin, *I settori speciali sempre meno speciali (e sempre più ordinari)*, in *Urb. app.*, 2016, 1029 ss., S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2019, 64. Sarebbe peraltro riduttivo limitare la specialità della disciplina a una maggiore snellezza delle procedure. In realtà, anche gli scopi erano più articolati – includevano lo sviluppo concorrenziale degli stessi enti aggiudicatori – e le regole sui settori speciali hanno costituito il banco di prova di vari istituti innovativi, poi trapiantati nei settori ordinari. Si veda, per questa sottolineatura, S. Cadeddu e S. Fienga, *op. cit.*, 1044 ss.

⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 7.

affidati da enti *altrimenti* tenuti a rispettare la disciplina ordinaria (amministrazioni e organismi di diritto pubblici). L'elemento oggettivo prevale su quello soggettivo e idealmente non vi sono rischi di sovrapposizione.

Le situazioni concrete possono però essere complesse. Di qui alcune regole più minute, in parte contenute nelle direttive e in parte precisate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ci possono essere affidamenti relativi a più attività, ciascuna delle quali sottoposta a una diversa direttiva (settori speciali, ordinari e concessioni). Quando gli enti decidono di affidare un unico contratto, l'intera procedura è attratta nel regime della "principale attività" alla quale il contratto è destinato⁸. Gli enti affidanti, per contro, possono scegliere di scindere gli affidamenti secondo le attività coinvolte, in tal caso essi applicano il regime proprio di ciascuna delle attività distintamente affidata⁹.

Ne discende che gli enti affidanti operanti sia nei settori speciali sia in quelli ordinari e astrattamente assoggettabili ad entrambe le discipline – come accade, ad esempio, per le amministrazioni pubbliche e gli organismi di diritto pubblico – applicano la disciplina dei settori speciali per gli affidamenti che riguardino gli stessi (del tutto o in via "principale"), quella dei settori ordinari per gli altri affidamenti.

Se invece l'ente affidante, sempre operante in entrambi i settori, è *soggettivamente* tenuto al rispetto della sola disciplina per i settori speciali – come potrebbe essere per un'impresa pubblica o titolare di diritti speciali ed esclusivi, che non sia organismo di diritto pubblico – esso non dovrà estendere la disciplina dei settori speciali anche alle sue altre attività contrattuali, le quali restano libere da vincoli di concorrenzialità. Non trova applicazione la "teoria del contagio" elaborata per gli organismi di diritto pubblico nei settori ordinari. Ciò, per essere la disciplina dei settori speciali per sua natura "sezionale", con ambito applicativo condizionato a «che i lavori, le forniture o i servizi siano destinati all'esercizio» di specifiche attività¹⁰.

In definitiva, la soluzione dei singoli casi discende dall'individuazione della "destinazione" degli affidamenti ai settori speciali. Tale valutazione,

⁸ Se poi è oggettivamente impossibile valutare quale sia la prestazione principale, prevale la direttiva "concessioni" sulla direttiva "settori speciali". Quest'ultima prevale sulla direttiva "settori ordinari" e attrae a sé anche le attività non sottoposte ai principi concorrenziali (dir. 2014/25/Ue, art. 6, par. 3).

⁹ Dir. 2014/25/Ue, art. 6, par. 2.

¹⁰ Dir. 2014/25/Ue, art. 1, par. 2. C. giust. UE, *Aigner*, punti 57-59. Si vedano anche le conclusioni nel caso *Aigner* dell'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, punti 44-45 e 53 ss. In dottrina, B. Rinaldi, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 975-992.

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

come si vedrà, in certi casi è ovvia perché l’oggetto dell’affidamento è intuitivamente riconducibile a quello dell’attività inclusa nel settore speciale (si pensi a un affidamento che coincida con uno specifico segmento dell’attività nel settore speciale, quale la consegna di plichi nel servizio postale), in altri presenta nessi meno immediati. La sentenza della Corte, come si è anticipato, si concentra proprio su tale aspetto.

2. Il caso e gli orientamenti dei giudici nazionali

Il caso nasce da una procedura di affidamento indetta da Poste Tutela, una società del gruppo Poste, poi incorporata direttamente in Poste Italiane. L’appalto riguardava i servizi di portierato per le sedi di Poste Italiane e delle altre società del gruppo. La procedura aveva i tratti esteriori di una gara pubblica. Il bando era stato pubblicato sulla gazzetta europea indicando espressamente, come base giuridica, la dir. 2014/25/Ue sui settori speciali.

Un’impresa del settore ricorreva al TAR Lazio contestando alcune clausole del bando. Poste Italiane eccepiva il difetto di giurisdizione sostenendo, sul piano soggettivo, di non essere qualificabile come organismo di diritto pubblico e che, sul piano oggettivo, la procedura non riguardasse i settori speciali. In sostanza, si sarebbe trattato di un contratto affidato da un’impresa pubblica in settori diversi da quelli speciali, sottratto agli obblighi di gara e messo in concorrenza da Poste Italiane per propria scelta.

Il Tribunale¹¹ ha rimesso alla Corte di giustizia una serie articolata di questioni. Il Tribunale chiedeva anzitutto se Poste Italiane fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico (prima questione) e se tale qualificazione si estendesse alla società da essa controllata Poste Tutela (seconda questione). In collegamento con tale primo aspetto, il Tribunale chiedeva se nell’ipotesi in cui Poste fosse un “organismo di diritto pubblico”, essa dovesse svolgere procedure concorrenziali solo per gli appalti afferenti ai settori speciali (terza questione) o anche per gli appalti nei settori ordinari, applicando in tal caso la dir. 2014/24/Ue (quarta questione). L’ordinanza sottoponeva poi il quesito se lo specifico contratto affidato – di portierato e custodia degli uffici – dovesse essere considerato “strumentale” alle attività nel settore speciale (quinta questione). Infine, il Tribunale chiedeva alla Corte se contrastasse con il principio del legittimo affidamento che un autovincolo all’applicazione delle direttive, reso pubblico negli atti di gara “senza

¹¹ TAR Lazio, Roma, sez. III, ordinanza 12 luglio 2018, n. 7778.

ulteriori avvertenze”, non obbligasse poi al rispetto delle garanzie di trasparenza e non discriminazione previste dalle direttive stesse (sesta questione).

Per collocare le questioni sollevate dal Tribunale, va detto che esse riflettono in buona parte la preoccupazione di divergenze d’interpretazione da parte dei giudici *nazionali* – in particolare, dei giudici amministrativi, da un lato, e della Corte di cassazione, dall’altro lato – più che una specifica esigenza di chiarire la portata di una norma europea.

Tale diversità di interpretazioni si ricollega a sua volta a una combinazione di effetti di norme sostanziali e processuali propria dell’ordinamento interno. La sottoposizione, sul piano sostanziale, alle regole concorrenziali per l’affidamento dei contratti è infatti anche il parametro per distinguere, sul piano processuale, le vicende soggette alla giurisdizione amministrativa e a quella ordinaria (art. 133, c. 1, lett. *e*), n. 1). Il giudizio sul riparto della giurisdizione, pertanto, presuppone una valutazione nel merito della controversia, sul se e come si applichino le regole concorrenziali. Considerato il tipo di tutela che il giudice ordinario può fornire – in casi del genere, essenzialmente risarcitoria e difficilmente del genere costitutivo e di condanna a un fare – il riparto della giurisdizione porta con sé il riconoscimento di una tutela piena o parziale.

La diversità di interpretazioni riguarda due aspetti, che l’ordinanza di rinvio richiama in più punti. In primo luogo, la qualificazione di un’entità come Poste Italiane quale organismo di diritto pubblico. Il giudice amministrativo continua a dare rilievo ad aspetti organizzativi (il controllo pubblico, i poteri di vigilanza amministrativi) e funzionali (l’incarico di “interesse generale” per il servizio universale) per connotare tutt’ora in termini pubblicistici le finalità perseguite da Poste e qualificarla come organismo di diritto pubblico¹². Lo stesso genere di considerazioni è alla base di orientamenti che, con riferimento alle condizioni alle quali prestare il servizio postale universale, vedono una tendenziale prevalenza delle ragioni del servizio pubblico su quelle della redditività¹³. In decisioni anteriori, la Corte di cassazione

¹² Cons. St., ad. plen., 28 giugno 2016, nn. 13, 14, 15 e 16, citate in senso adesivo dall’ordinanza di rimessione. Anche da tale premessa, la Plenaria ricavava la soggezione al diritto di accesso delle attività di interesse generale esercitate da Poste Italiane. Su Poste Italiane come organismo di diritto pubblico si veda, in precedenza, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206.

¹³ Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2016, n. 4926, in tema di riduzione del numero degli uffici postali, dove si legge che: «una determinazione che si basa sulla sola esigenza di assicurare “l’equilibrio economico” non potrebbe di per sé ritenersi legittima. Essa, infatti, ridurrebbe gli elementi da prendere in considerazione al solo utile economico: il quale diviene, in una tale ipotetica prospettiva, un criterio che va ad oscurare la rilevanza di una delle

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

ha invece sostenuto che Poste sia un’impresa pubblica, non un organismo di diritto pubblico¹⁴.

Il secondo punto di divergenza riguarda il coordinamento tra le regole sugli appalti nei settori ordinari e in quelli speciali, nei casi in cui l’ente aggiudicatore sia un organismo di diritto pubblico, operante in un settore speciale, ma il contratto da affidare sia estraneo a tale settore. Come si è visto, su questo aspetto la regola ricavabile dalle dir. 2014/24/UE e 2014/25/UE è per la riespansione della disciplina sui settori ordinari. La soluzione è stata ripresa linearmente dal giudice amministrativo¹⁵, mentre la Cassazione, in un caso¹⁶, se ne è oggettivamente discostata sostenendo che la sottoposizione di un ente aggiudicatore alla disciplina sui settori speciali precluda l’applicazione delle regole ordinarie. Dal che, ove il contratto da affidare non sia relativo ai settori speciali non si applicherebbero né le une né le altre.

La contrapposizione tra le due giurisdizioni è tuttavia meno netta di come sia presentata dall’ordinanza di rinvio. La qualificazione di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico è avvenuta in pronunce del giudice amministrativo risalenti o che – come le decisioni del 2016 della Plenaria – non riguardavano gli appalti pubblici bensì il diritto di accesso. In quest’ultimo caso, l’argomento non era essenziale nel ragionamento, potendosi affermare la sottoposizione di Poste al diritto di accesso in quanto gestore del servizio universale, senza che occorresse sconfinare in ambiti disciplinari differenti¹⁷. Il giudice ordinario, per contro, ha ricavato la qualificazione di Poste come impresa pubblica da atti della Commissione UE che verosimilmente non intendevano risolvere direttamente il problema¹⁸, in altre occa-

ragioni stesse del servizio pubblico, vale a dire l’esigenza, che dev’essere garantita in quanto tale, di assicurare a chiunque la ragionevole opportunità di poter fruire delle prestazioni del servizio medesimo».

¹⁴ Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8511.

¹⁵ Se ne dà ampia considerazione nella sentenza Cons. St., ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, in tema di disciplina applicabile agli appalti c.d. “estranei”.

¹⁶ Cass. civ., sez. un., ordinanza 1 marzo 2018, n. 4899.

¹⁷ Nel diverso ambito degli oneri di urbanizzazione, dai quali l’art. 17, c. 3, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001 esenta le opere di “interesse generale”, si veda TAR Piemonte, sez. II, 29 agosto 2014, n. 1426, secondo il quale «Poste Italiane s.p.a., concessionario del servizio universale in base al D.Lgs. n. 261 del 1999, che va considerato del tutto assimilabile ad un’amministrazione pubblica anche ai fini dell’esonero dal pagamento del contributo», richiamando la più risalente pronuncia del Cons. St. n. 1206/2001, sulla natura di organismo di diritto pubblico di Poste Italiane. Anche in questo caso, la nozione di organismo di diritto pubblico veniva evocata principalmente come indice generico di pubblicità.

¹⁸ La sentenza n. 8511/2012 della Cassazione richiamava la decisione 2008/383/Ce della Commissione, che dichiarava la dir. 2004/17/Ce «non applicabile agli appalti attribuiti

sioni non ha escluso in linea di principio la natura di organismo di diritto pubblico¹⁹ o la ha lasciata da parte affrontando il caso in altro modo²⁰.

Sul coordinamento tra le direttive “ordinarie” e quelle “speciali” il contrasto è solo in apparenza più marcato. La decisione della Cassazione 1° marzo 2018, n. 4899 sostiene in effetti che l’attrazione nei settori speciali escluda in ogni caso l’applicazione delle regole ordinarie, a prescindere dalla natura soggettiva dell’ente aggiudicatore. La pronuncia richiama però, in senso adesivo, precedenti della medesima Corte di cassazione che muovevano dall’assunto opposto: che cioè la disciplina dei settori ordinari non fosse applicabile a Poste, quando operante al di fuori dei settori speciali, per il suo essere impresa pubblica anziché organismo di diritto pubblico²¹. Lo stesso giudice amministrativo, per contro, si è allineato alla soluzione data dall’ordinanza n. 4899/2018 in controversie relative agli aspetti esecutivi del contratto²².

da enti aggiudicatori e destinati a permettere la prestazione di servizi di corriere espresso, nazionali e internazionali, in Italia», in quanto tale settore era ormai “esposto direttamente alla concorrenza”. È vero che la decisione permetteva di rispondere a una richiesta di Poste Italiane “in quanto impresa pubblica”, e dunque “ente aggiudicatore”. La formula sembrava tuttavia essenzialmente ricognitiva di quanto illustrato nell’istanza. La decisione vera e propria riguardava il settore produttivo, non la qualificazione di Poste, essendo sufficiente, sul piano della legittimazione dell’istante, che essa vi operasse (almeno) come ente aggiudicatore.

¹⁹ Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692, che ha escluso la giurisdizione contabile sul danno cagionato a Poste Italiane da un suo dipendente, ritenendo non decisiva la natura di “organismo di diritto pubblico” anche sul «rilievo che secondo l’orientamento prevalente tale qualità viene riconosciuta a Poste Italiane solo in relazione al servizio pubblico universale».

²⁰ V. l’ordinanza della Cassazione n. 4899/2018, sia pure sul presupposto errato che la natura di Poste come organismo di diritto pubblico o impresa pubblica fosse irrilevante per la decisione sulle regole di affidamento di appalti estranei ai settori speciali.

²¹ Cass. civ., sez. un., n. 8511/2012. Il caso, come osservato da S. Castrovinci, *Gli appalti estranei alla luce delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali*, in *Amministrazione in cammino* (<https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>) riguardava peraltro appalti destinati a servizi astrattamente inclusi nei settori speciali – i servizi di pagamento svolti da operatori postali – ma concretamente sottratti dalla sopra citata decisione della Commissione decisione 2008/383/Ce, che aveva accertato l’effettiva esposizione alla concorrenza. La situazione è diversa da quella di appalti destinati a servizi non considerati dalle direttive “settori speciali”, dunque attratti sin dal principio nelle direttive sui “settori ordinari”. L’art. 7 della dir. 2014/24/UE e l’art. 10, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, per le attività speciali dichiarate esposte alla concorrenza, prevedono espressamente l’esclusione dall’ambito applicativo *anche* dei settori ordinari (e del codice dei contratti pubblici in quanto tale). Sul procedimento di esenzione, si veda A. Colavecchio, *Appalti nei settori speciali e attività esposte alla concorrenza*, in *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, a cura di A. Maltoni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 203-214.

²² TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 giugno 2019, n. 8146, secondo la quale, in relazione

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

Se ne può trarre la sensazione che il contrasto risieda principalmente in alcune scorciatoie argomentative impiegate dai giudici – verosimilmente preoccupati dalla capacità espansiva di talune qualificazioni rispetto al riparto di giurisdizione – piuttosto che negli esiti ai quali ogni volta si è giunti. Il diritto di accesso in relazione alle attività di interesse generale sarebbe applicabile a Poste Italiane anche ove essa non fosse un organismo di diritto pubblico, ed è difficile immaginare che la Corte di cassazione possa decidere in modo difforme²³. Dall'altro lato, neppure il giudice amministrativo ha attratto Poste Italiane nella disciplina dei contratti pubblici per affidamenti che fossero chiaramente estranei al settore “speciale” di attività. Allo stesso risultato – anche nel caso di specie, come si dirà – si sarebbe potuti arrivare facendo leva sulla sola natura di impresa pubblica.

3. La sentenza della Corte di giustizia

Si può subito osservare che la Corte di giustizia ha lasciato buona parte dei quesiti sollevati dal Tar apparentemente privi di risposta.

La Corte ha anzitutto risolto il profilo pregiudiziale della ricevibilità della domanda, sollevato da Poste Italiane e dal governo italiano per essere nel frattempo venuta meno la controversia. Poste Italiane, nel corso del giudizio, aveva difatti ritirato il bando di gara. La Corte ha rammentato che la valutazione sulla necessità e rilevanza della pronuncia pregiudiziale compete al giudice nazionale e che le questioni da esso sollevate hanno una “presunzione di rilevanza” salvo che siano manifestamente estranee all’oggetto della controversia o meramente ipotetiche. La sentenza riconosce che il ritiro del bando abbia fatto venire meno l’oggetto della controversia ma osserva che

all’applicazione della disciplina sulla revisione prezzi, «risulta infatti condivisibile l’indirizzo delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulla sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in una controversia avente a oggetto gli esiti della procedura indetta da Poste per l’affidamento del servizio sostitutivo di mensa, appalto riconosciuto come esulante dal campo applicativo del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 perché non rientrante “in alcuno dei servizi effettuati da Poste Italiane, nemmeno come appalto ad essi strumentale, non potendosene ravvisare la funzionalizzazione a una delle attività rientranti nel relativo settore speciale”».

²³ Come sembrerebbe suggerire la stessa ordinanza n. 4899/2018 della Cassazione che, nell’affrontare le sentenze del 2016 della Plenaria, ha ritenuto «si sia inteso sostenere quella qualificazione esclusivamente in funzione della questione che si doveva esaminare, che concerneva il diritto di accesso *ex l.* 7 agosto 1990, n. 241, dei dipendenti delle Poste Italiane alle prove selettive di accesso alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro».

per il giudice del rinvio la questione continua a essere rilevante per valutare la sussistenza della propria giurisdizione. La Corte ha ritenuto che ciò fosse sufficiente sul piano della ricevibilità del quesito²⁴.

Nel merito, la sentenza si concentra sul terzo e sul quinto quesito, limitando in sostanza la questione a se il contratto oggetto del giudizio fosse o meno sottoposto alla dir. 2014/25/UE sui settori speciali, in particolare all'art. 13 sui servizi postali.

La Corte di giustizia fissa le premesse per la soluzione del quesito su due punti sostanzialmente non controversi. In primo luogo, tra le parti non era contestato che Poste Italiane fosse un'impresa pubblica. Poiché tale qualificazione era sufficiente ai fini della sottoposizione alla direttiva, la Corte ha ritenuto che non occorresse stabilire se Poste Italiane «costituisca parimenti un organismo di diritto pubblico». In secondo luogo, la Corte rammenta la propria giurisprudenza formatasi sulla dir. 2004/17/CE in base alla quale gli affidamenti ad essa soggetti sono non soltanto quelli che si sovrappongono alle attività nei settori speciali in quanto tali – nell'esempio già visto, l'affidamento di un servizio di consegna di plichi, come afferente al servizio postale – ma anche tutti quelli che presentano un “nesso” con le attività esercitate in tali settori²⁵. La sentenza ritiene che, nella nuova dir. 2014/25/UE, l'ambito di applicazione *ratione materiae* non possa essere interpretato più restrittivamente e che dunque occorra sempre includere le attività “connesse” alla prestazione dei servizi nei settori speciali.

La questione così circoscritta concentra la decisione del caso sul quinto quesito sottoposto dal giudice del rinvio, sull'estensione che si debba riconoscere alla “strumentalità” del servizio. La precedente giurisprudenza della Corte di giustizia non aveva avuto occasione di precisare tale aspetto, che pur, come si vedrà, è relativamente frequente nella casistica del giudice nazionale²⁶.

²⁴ La soluzione di tale aspetto pregiudiziale non era scontata. L'Avvocato generale aveva dedicato una parte rilevante delle proprie conclusioni (sino al punto 74) per sostenere l'irricevibilità, ritenendo che né le prospettive di azioni risarcitorie future né l'esigenza di pronunciarsi sulle spese, e dunque indirettamente sulla corretta instaurazione del giudizio, fossero elementi sufficienti per fondare un interesse alla decisione della Corte di giustizia. La ragione di tale interesse era però di stretto diritto processuale interno, giacché la decisione sull'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse coinvolge il merito e segue a quella sulla giurisdizione (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 30 aprile 2019, n. 973). Il giudice del rinvio non avrebbe dunque potuto evitare di pronunciarsi sulla soggezione dell'appalto alla disciplina dei settori speciali.

²⁵ Oltre alla citata sentenza *Aigner*, si veda C. giust. UE, 19 aprile 2018, *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA contro Rete Ferroviaria Italiana SpA*, in causa C-152/17.

²⁶ La Corte si è semmai occupata della qualificazione di singoli settori produttivi come “settori speciali” ai sensi della direttiva, si veda il caso della messa a disposizione di reti fer-

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

La sentenza esclude che possa essere sufficiente un nesso non qualificato, derivante dal solo “contributo positivo” del servizio affidato all’attività dell’ente aggiudicatore. Ad avviso della Corte, il servizio deve occorrere «effettivamente all’esercizio dell’attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio» (punto 43).

Calando il criterio sul caso, la sentenza rileva che «sarebbe difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato». La Corte riferisce tale conclusione sia agli uffici postali in senso stretto, che accolgono il pubblico, sia agli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative – es., la gestione e pianificazione dei servizi – posto che anche queste ultime devono essere comprese nella prestazione dei servizi postali (punto 45).

All’obiezione sul carattere promiscuo delle attività che beneficiano dei servizi da affidare, talune estranee alla dir. 2014/25/Ue, la Corte di giustizia risponde rammentando che l’ente aggiudicatore può sempre distinguere gli affidamenti secondo le attività, in questo modo potendo applicare regimi ugualmente distinti. Se invece il contratto è affidato in modo unitario, il regime va stabilito secondo l’attività alla quale esso è *principalmente* destinato (punto 49). Dal fascicolo, la Corte non ha ritenuto dimostrabile che del servizio beneficiassero principalmente attività diverse da quelle oggetto della dir. 2014/25/Ue, salve verifiche più puntuali da parte del giudice del rinvio (punti 50-51).

La sentenza ritiene a quel punto assorbite tutte le altre questioni sollevate dal giudice del rinvio (punto 53).

4. Dal nesso di *strumentalità specifica* a quello di *necessità ordinaria*

4.1. Il nesso tra il contratto da affidare e il settore speciale

Come si è accennato, la questione dello specifico “nesso” tra il contratto da affidare e l’attività nel settore speciale al quale esso è destinato non aveva trovato un approfondimento nella precedente giurisprudenza della

roviarie considerato nella sentenza C. giust. UE, 28 febbraio 2019, *Konkurrensverket c. SJAB*, in causa C-388/17. Alla luce della complessità della disciplina sull’ambito applicativo, ritiene «perhaps surprising that the Court of Justice has only had to address questions relating to the scope of Directive 2014/25 or its predecessors on a few occasions», A. Brown, *The application of Directive 2014/25/EU to activities connected with postal services: Pegaso (C-521/18)*, in *Public Procurement Law Review*, 2021, 25-29.

Corte di giustizia²⁷. La Corte aveva solo escluso che occorresse una sovrapposizione tra il contratto e l'attività, conclusione che seguiva linearmente alla formulazione testuale delle norme – sugli “appalti destinati” ai servizi esclusi, non sugli appalti *di* servizi esclusi – e che era altresì necessaria per dare un ambito di applicazione apprezzabile alle direttive²⁸. Nondimeno, la giurisprudenza sull'ambito applicativo delle direttive “settori speciali” ne ha sottolineato il carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale, sostenendone letture restrittive²⁹.

La soluzione che la Corte di giustizia dà al caso sembra invece andare al di là del rapporto tra regime generale e deroga. Vi è anzitutto un'esclusione di principio per gli appalti destinati ad attività esercitate per fini diversi rispetto a quelli propri dei settori speciali. In casi del genere, anche ove vi sia un possibile rapporto di complementarità – nel senso, come scrive la sentenza, che l'attività estranea possa essere utile a quella tipica – l'esame dovrebbe condurre ad escludere l'esistenza di un “nesso”.

D'altra parte, la nozione di servizio postale, e in generale di ogni altro servizio “speciale”, include secondo la Corte tutte le attività che “servono effettivamente” a svolgere il servizio «in maniera adeguata» e «tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio». Tale ultima precisazione può essere letta insieme alle conclusioni dell'Avvocato generale (punti 103-106), che suggerivano di considerare non solo quanto sia “tecnicamente necessario” all'attività, bensì anche ciò che è “abituamente connesso” alla prestazione di un servizio adeguato. Questo, sul presupposto che in molti casi la necessità in senso stretto potrebbe non dare risposte univoche sull'estensione dei servizi³⁰.

²⁷ Anche la dottrina interna non si è occupata estesamente del problema. Per un'analisi articolata, si veda A. Botto e S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020, 279 ss.

²⁸ Correttamente l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni sul caso (punto 99), osservava che se si fosse limitato l'ambito applicativo agli appalti di servizi esclusi, coincidenti cioè con le attività svolte dall'ente aggiudicatore, sarebbe restato ben poco spazio per l'applicazione delle direttive: «È corretto supporre che la prestazione di servizi postali in senso stretto (raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione di invii postali) sia normalmente effettuata dagli stessi enti aggiudicatori. Sarebbe abbastanza sorprendente constatare che la posta, in particolare il prestatore del servizio postale universale, non distribuisce in realtà alcun invio postale». È vero che l'operatore postale potrebbe esternalizzare segmenti della sua attività principale, è presumibile però che esso non operi solo o prevalentemente in tali forme.

²⁹ C. giust. UE, *Aigner*, punto 27.

³⁰ Si legge nelle conclusioni (punti 104-105), «Certamente, al giorno d'oggi, l'energia elettrica per l'utilizzo degli uffici postali, gli autoveicoli o i motocicli per consegnare la posta o le divise che consentono al pubblico di identificare gli agenti postali possono essere classificati come esempi di forniture necessarie. Tuttavia, si potrebbe contestare già l'ultimo esempio: è

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

Il test, pertanto, non implica che il contratto da affidare sia *indispensabile* per il servizio “speciale”, ma solo che in sua assenza il servizio non possa essere fornito in modo “adeguato”. Lo standard di tale “adeguatezza”, a sua volta, va ricavato dalle normali condizioni di esercizio ed è dunque per sua natura mobile. Dipenderà da ciò che *ordinariamente* compone il servizio prestato nei settori speciali.

Si potrebbe perciò parlare di un nesso di *necessità ordinaria*, al riguardo del quale la sentenza svolge una verifica “controfattuale” che potrebbe divenire il criterio di fondo per i giudici nazionali. Occorre ipotizzare come verrebbe erogato il servizio “speciale” in assenza del servizio oggetto di affidamento e, in caso la prestazione scenda sotto la soglia di adeguatezza, concludere per l'appartenenza del contratto al settore speciale.

La sentenza fornisce un'ultima indicazione di particolare rilievo, sul termine di riferimento della verifica del “nesso”. La prestazione del servizio “speciale” non è circoscritta alle sue manifestazioni esterne e finali, bensì all'intera catena produttiva della quale è responsabile l'operatore. La sentenza ritiene che non si possa distinguere tra il servizio postale – nel segmento che implica il contatto con il cliente, presso gli uffici postali – e l'attività di direzione aziendale che si pone a monte di tale fase. Anche tutto ciò che occorra per una “adeguata” prestazione dell'attività direzionale è compreso nel perimetro del settore speciale.

4.2. *Le incertezze applicative*

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia lasciano, come è inevitabile in casi del genere, alcune aree grigie.

Il parametro dell'adeguatezza in condizioni ordinarie può essere di applicazione immediata quando non vi siano dubbi particolari sul contenuto del servizio “speciale”.

Si pensi al caso di un appalto per impianti di innevamento e di impianto di adduzione d'acqua, rispetto al servizio di trasporto pubblico di una funivia. Gli impianti sono funzionali all'esercizio delle piste di sci e, sebbene la presenza su queste ultime sia fonte di ricavi per il trasporto, il trasporto stesso potrebbe sussistere anche senza le piste funzionanti³¹. O ancora, alla

realmente necessario che gli agenti postali dispongano di una divisa speciale ai fini della corretta distribuzione della corrispondenza? Si potrebbe infatti sostenere che una divisa elegante non sia, strettamente parlando, necessaria ai fini della corretta distribuzione degli invii postali. Certamente, anche un agente postale in jeans e T-shirt potrebbe espletare tale mansione. Questo è il motivo per cui l'espressione “relative alla” non dovrebbe includere soltanto ciò che è tecnicamente necessario in senso stretto, ma anche ciò che è abitualmente connesso».

³¹ Vicenda affrontata da Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 497.

fornitura di apparecchi “postamat” destinata a servizi di pagamento prestati da un operatore postale ma ormai sottratti dai settori esclusi. Pur potendo i medesimi apparecchi essere installati anche presso gli uffici postali, e dunque essere impiegati dai clienti dei servizi esclusi, tale impiego è occasionale e ben distinguibile dalla fruizione dei servizi postali³².

Sta di fatto che spesso potrebbe essere incerto proprio se un determinato contratto vada legato a un’attività distinta dal servizio speciale ovvero ne sia divenuto una componente necessaria per una prestazione adeguata. Si può fare l’esempio – spostandoci in un altro settore speciale, quello delle gestioni aeroportuali – dei servizi di “avvolgimento bagagli”. Essi non sono indispensabili per le attività aeroportuali di “assistenza a terra”, pur potendo migliorarne la fruibilità rendendole più sicure e riducendo le occasioni di disservizio. Per tali ragioni, una parte della giurisprudenza nazionale ne ha escluso la “strumentalità” rispetto al settore dei trasporti³³.

Nella prospettiva indicata dalla Corte di giustizia la verifica dovrebbe però essere se un servizio di assistenza “adeguato” possa essere prestato senza garantire anche una componente del genere. La risposta potrebbe variare da aeroporto ad aeroporto, secondo le aspettative della clientela, dal che si dovrebbe forse ammettere che lo standard di adeguatezza debba scontare un buon grado di tipizzazione e includere solo le componenti che, nella generalità delle situazioni, sono sempre rinvenibili. Il riferimento alle “condizioni ordinarie del servizio”, in ogni caso, consentirebbe al giudice di sottrarsi a indagini tecniche troppo approfondite e di ricorrere a criteri di normalità consueti nel ragionamento giurisprudenziale.

4.3. Le indicazioni per i giudici nazionali

Pur con questi margini di incompiutezza, la sentenza contiene alcune indicazioni importanti per la giurisprudenza nazionale, riferibili a tutti i settori “speciali” oggi disciplinati dalla dir. 2014/25/UE.

In primo luogo, nelle pronunce che hanno sin qui affrontato il tema ha spesso pesato il presupposto dell’interpretazione restrittiva da dare ai settori speciali, derivato dal rapporto tra regola generale e deroga.

La sentenza della Corte di giustizia, come si è detto, pare lasciare sullo sfondo questo argomento, che anche la sua giurisprudenza precedente

³² Si veda la più volte citata Cass., n. 3692/2012.

³³ Cass. civ., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7663 e Cons. St., sez.V, 9 marzo 2015, n. 1192. In senso difforme si era pronunciata Cons. St., sez.VI, 22 aprile 2014, n. 2026, poi cassata dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 7663/2016.

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

evocava principalmente per escludere la soluzione estrema di ricondurre i settori speciali alla teoria del contagio. Da tale angolazione, vi era in effetti l'esigenza di evitare interpretazioni che comprimessero troppo l'ambito applicativo delle direttive nei settori ordinari. Gli enti aggiudicatori, tuttavia, possono anche essere estranei ai settori ordinari, in tal caso l'estensione del settore speciale non interferisce più con una regola generale, bensì con l'alternativa tra affidamenti sottoposti o meno a confronto concorrenziale.

A quest'ultimo proposito, non si può chiamare in causa un ulteriore rapporto tra regime generale e deroga, nella specie tra l'autonomia privata dell'impresa e le restrizioni amministrative. I soggetti coinvolti non sono imprese pure e semplici bensì soggetti aventi rapporti qualificati con i pubblici poteri e operanti in mercati non concorrenziali. Occorre allora trovare un criterio che, senza invadere l'ambito dei settori ordinari, esprima bene la *ratio* della disciplina per i settori speciali, prevedendo l'evidenza pubblica dove sussistano i rischi di condotte economiche.

In definitiva, l'interpretazione dovrebbe essere più che restrittiva, e dunque agganciata in linea di principio a un perimetro più contenuto, *coerente* con la finalità normativa, con esiti che non possono essere predeterminati con un'immagine geometrica. Quel che è sicuramente escluso è che l'ente aggiudicatore sia necessariamente tale per tutti i suoi contratti.

Vanno già in questo senso, almeno sul piano semantico, le pronunce dei giudici nazionali che predicano interpretazioni “ragionevolmente” restrittive³⁴. La sentenza della Corte di giustizia consente forse di andare oltre, abbandonando del tutto il criterio “restrittivo” anziché limitarsi ad attenuarlo.

In secondo luogo, partendo dalla lettura “restrittiva” dei settori speciali, la giurisprudenza nazionale si è alle volte concentrata su un test di “strumentalità” di natura essenzialmente tecnica. Il giudice ha verificato se un determinato contratto fosse, sul piano materiale e sul versante strettamente produttivo, necessario per l'attività nel settore speciale. Si è arrivati così ad escludere che l'attività di gestione dei parcheggi sia strumentale alle gestioni aeroportuali, perché in effetti tutte le singole attività aeroportuali sono idealmente realizzabili a prescindere dalla presenza di un parcheggio per veicoli³⁵.

Nel test definito dalla Corte di giustizia, come si è visto, vi è però un'impostazione differente, più legata alla prospettiva dal lato della domanda della “adeguatezza” di un servizio in assenza di una determinata componente. In un'analisi del genere, appare difficile immaginare un aeroporto, nor-

³⁴ Si veda ad esempio Cons. St., sez.V, 29 gennaio 2018, n. 590, e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 12 giugno 2019, n. 1327.

³⁵ Cons. St., sez.V, n. 590/2018.

malmente collocato fuori da contesti urbanizzati, che svolga le sue attività ordinarie senza un servizio di parcheggio.

Infine, nella giurisprudenza nazionale si trovano varie pronunce che hanno cercato di focalizzare il più possibile il termine di riferimento del test di strumentalità, individuandolo con formule come quelle del “core business” dell’attività nel settore speciale o identificandolo in linea di principio con le attività finali rivolte all’utenza. Si sono così distinti i servizi destinati alle sedi di erogazione del servizio da quelli relativi a uffici con funzioni generali, facendo rientrare i primi nei settori speciali ed escludendo i secondi³⁶. Orientamenti del genere hanno anche fatto leva sulla natura generica o specifica delle attività da prestare, assumendo che servizi non caratterizzati per una particolare destinazione – es., servizi amministrativi o informatici che rispondono a esigenze generali di un’azienda – non potessero come tali essere riferiti al settore speciale³⁷.

L’indicazione che viene dalla Corte di giustizia è però differente. Rileva l’attività di produzione nel settore speciale complessivamente considerata e i servizi generali rivolti trasversalmente a una pluralità di fini non sono pregiudizialmente esclusi dall’analisi. Occorre semmai valutare se, pur avendo natura generale, di essi beneficino principalmente le attività nel settore speciale, nel qual caso, in presenza di un contratto unitario, si applicherà la dir. 2014/25/Ue. Il che potrebbe ben accadere ogniqualvolta l’attività nel settore speciale sia quella prevalente dell’ente aggiudicatore e il servizio si distribuisca uniformemente sull’intera attività dell’ente.

Questo passaggio da una verifica di *strumentalità specifica*, ad una di *necessità ordinaria*, richiede un ampliamento della visuale e, in taluni casi, potrebbe comportare indagini più analitiche e approfondimenti istruttori. Il test oggi definito dalla Corte trova però già assonanze nella giurisprudenza amministrativa³⁸ ed è immaginabile che, alla base degli orientamenti più re-

³⁶ Una distinzione del genere si trova in Cons. St., ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16.

³⁷ Cons. St., sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534, su un software per la gestione dei processi aziendali generali, e Cons. St., sez. V, 30 dicembre 2019, n. 8905, su servizi di agenzia marittima e spedizioniere doganale acquisiti da ENI in relazione alle operazioni portuali in un distretto di produzione del gas.

³⁸ Si veda Cons. St., sez. IV, n. 129/2017, dove si considera la rilevanza del contratto per fornire un “servizio adeguato” e si svolge la verifica controfattuale per cui «Non appare ragionevolmente sostenibile che il servizio di trasporto (in particolare, di passeggeri), che è svolto con inizio nelle stazioni di accesso ai mezzi di trasporto (e che, dunque, si avvale di uffici, impianti ed officine a queste ed alla rete connessi) possa prescindere da un servizio di pulizia, che assicuri condizioni igienico-sanitarie adeguate, non solo a coloro che operano nel servizio trasporti medesimo, ma anche a tutti coloro (i passeggeri) che del servizio trasporti costituiscono gli utenti», e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 1327/2019, relativa a servizi di

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

strittivi sin qui seguiti, vi sia stato anche un certo autocontenimento dovuto alla mancanza di uno standard di giudizio.

5. Le questioni aperte: è ancora attuale il problema di Poste Italiane come organismo di diritto pubblico?

La Corte di giustizia ha giustificato la mancata risposta ai restanti quesiti del giudice per essere gli stessi assorbiti, una volta appurato che Poste Italiane fosse un'impresa pubblica e che il contratto affidato fosse destinato al settore postale.

In verità, la Corte non poteva pronunciarsi fino in fondo sulla destinazione puntuale del contratto – se non formulando un'interpretazione del diritto UE, pur stringente – ed in effetti la stessa sentenza rimetteva al giudice nazionale una valutazione più accurata sulle attività beneficiarie del servizio (punto 51). Per quanto improbabile, non poteva dunque escludersi che il giudice del rinvio negasse, per tale profilo, l'applicabilità della dir. 2014/25/UE e dovesse quindi pronunciarsi sulle altre questioni sottoposte alla Corte.

L'omissione, tuttavia, riguarda in parte questioni che la Corte di giustizia ha già risolto con la sentenza *Aigner* e che hanno una risposta chiara nelle norme europee. L'applicazione delle direttive “ordinarie” alle amministrazioni aggiudicatrici operanti nei settori speciali, quando non trovano applicazione le direttive “speciali”, non è mai stata seriamente dubitata, anche prima della giurisprudenza *Aigner*³⁹. Essa si ricava linearmente dalle norme della dir. 2014/25/UE sugli appalti che riguardano più attività (art. 6), che presuppongono per l'appunto la normale sottoposizione di una parte degli enti aggiudicatori *anche* alla dir. 2014/24/UE sui settori ordinari. L'unica pronuncia difforme della Cassazione, anche alla luce della sua motivazione non coerente con le conclusioni raggiunte, non sembra in grado di avere un seguito.

Ancor prima di ciò, la soluzione data dalla Corte di giustizia potrebbe superare indirettamente anche le questioni non affrontate. Il test sul nesso tra contratto e attività nei settori speciali attribuisce alla disciplina una potenzialità espansiva maggiore rispetto a quanto sin qui riconosciuto da almeno una

pulizia di uffici destinati al personale amministrativo, per attività ritenute «imprescindibili per poter rendere il servizio pubblico di trasporto».

³⁹ T. Kotsonis, *Regulation of a contracting entity pursuing activities falling in part within the field of application of Directive 2004/17 and in part within that of Directive 2004/18: Ing. Aigner (Case C-393/06)*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, 197-203.

parte degli orientamenti nazionali. Pende ad esempio un'ulteriore questione pregiudiziale, sollevata dal TAR Lazio sempre con riferimento a Poste Italiane, relativa a servizi di comunicazione e connettività per le attività del gruppo societario di appartenenza⁴⁰. In questo caso, alla luce del criterio indicato dalla Corte di giustizia, il nesso con il settore speciale non dovrebbe essere messo in dubbio né sul piano della necessità alla prestazione del servizio postale né su quello della trasversalità del contratto, potrebbe semmai occorrere una verifica più puntuale sul peso relativo delle attività destinatarie, per stabilire quale sia quella "principale"⁴¹.

I maggiori spazi di applicazione della dir. 2014/25/UE dovrebbero rendere in molti casi concretamente irrilevante se Poste Italiane, o entità simili, siano oltre che imprese pubbliche anche organismi di diritto pubblico. Si è visto che nella casistica nazionale sulla dir. 2014/25/UE è difficile che un'alternativa del genere si sia posta in casi radicalmente estranei ai settori speciali. Ciò potrebbe indurre anche il giudice amministrativo ad affinare le sue posizioni al riguardo. Da un lato, occorrerebbe superare definitivamente l'uso della nozione di organismo pubblico come indice generico di pubblicità, in coerenza con la nozione "funzionale" di pubblica amministrazione ed ente pubblico che la giurisprudenza civile e amministrativa afferma ormai in modo prevalente⁴². Si eviterebbe così di disseminare i precedenti con qualificazioni incidentali che poi creano incertezza in altri ambiti disciplinari. Dall'altro lato, nei casi propriamente riferibili ai contratti pubblici, permane nella giurisprudenza amministrativa una sia pur oscillante tendenza a confondere l'inerenza di interessi generali ad un'attività affidata ad un ente con il fine di interesse generale per il quale detto ente sia stato istituito od operi. Si trova traccia di tale sovrapposizione anche nella più recente ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia sopra citata.

Proprio il caso del servizio postale universale dovrebbe aiutare a segnare la distinzione in modo netto. Nello schema definito dal diritto europeo, il

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. III, ordinanza 26 aprile 2019, n. 5327, con quesiti simili a quelli del rinvio deciso dalla Corte di giustizia con la sentenza in commento.

⁴¹ Dall'ordinanza si desume che alcune parti hanno rilevato la prevalente destinazione dei servizi ad attività diverse da quelle postali. La dir. 2014/25/UE, art. 6, par. 1, c. 3, peraltro, prevede anche una clausola antielusiva di chiusura, in base alla quale «La decisione di aggiudicare un unico appalto e di aggiudicare più appalti distinti non è adottata, tuttavia, allo scopo di escludere l'appalto o gli appalti dall'ambito di applicazione della presente direttiva o, dove applicabile, della direttiva 2014/24/UE o della direttiva 2014/23/UE». Il carattere prevalente di attività estranee ai settori speciali potrebbe quindi non essere sempre sufficiente ad escludere l'applicazione della disciplina.

⁴² Cass. civ., sez. un., ordinanza 1 aprile 2020, n. 7645, che richiama Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

quando un contratto pubblico ha un destino “speciale”

servizio universale è per definizione “oggettivato”, capace di circolare da un prestatore a un altro attraverso il meccanismo “neutro” della designazione. Esso è strutturato per contenuti e standard di servizio, con compensazioni a copertura dei costi “pertinenti”, e non dei costi quali che siano. Le attività incluse nel servizio postale universale sono di regola esposte alla concorrenza. Insomma, il servizio universale non è in sé inconciliabile con una normale attività di impresa volta al profitto ed esercitata con rischio. Il suo prestatore non ne assorbe i fini pubblicistici, piuttosto si vincola contrattualmente a determinati standard di servizio.

Si può dunque concludere che, pur essendo probabile che la Corte di giustizia sia stata guidata nella selezione delle questioni principalmente da un criterio di economia processuale, la soluzione che essa ha dato pone già oggi le basi per dipanare un groviglio di questioni più ampio e complesso, chiuso per lo più nel dialogo interno tra i giudici nazionali. Occorrerà vedere se qualche elemento in più possa arrivare dalla futura decisione della Corte di giustizia sul caso pendente, le cui caratteristiche potrebbero rendere meno agevole applicare il rasoio di Ockham alle questioni da risolvere.

L’elaborazione di questi aspetti è comunque bene che non sia rimessa alla sola giurisprudenza. L’individuazione in concreto dei nessi rilevanti per l’applicazione della disciplina non è frutto di valutazioni meramente empiriche. I giudizi incorporano sempre, come presupposti impliciti, teorie mutevoli che spiegano la variabilità degli esiti e che è bene dunque fare emergere e classificare.

Abstract

The Court of Justice, in its Pegaso v Poste Tutela judgment, deepens for the first time the link between a public contract and the activities in the sectors covered by Directive 2014/25/EU. According to the preliminary ruling of the Court, a public contract is considered to be related to those sectors if it actually serves to adequately carry out the activity in them. Public contracts intended to cover several activities may also be relevant, provided that the main activity benefiting from them is in the sector covered by the Directive. Some narrower rulings of the national courts will have to be reconsidered. The Court of Justice did not rule on other questions raised by the referring court, linked to contrasting interpretations between the national administrative courts and the Corte di cassazione, regarding the nature of Poste Italiane as a “body governed by public law”. However, the judgment provides some guidance for addressing these issues in a different way.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

JACOPO BERCELLI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Verona

ROBERTO BIN è professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara

MARCO CAMELLI è professore emerito di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Bologna

MARTINA CARDONE è dottoranda di ricerca presso l'Università LUISS “Guido Carli” di Roma

FRANCESCA DI LASCIO è professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tre

LEONARDO FERRARA è professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Firenze

DANIEL FOÀ è dottorando di ricerca presso l'Università LUISS “Guido Carli” di Roma

GIULIANO FONDERICO è avvocato e professore a contratto di Diritto amministrativo e di diritto e regolazione pubblica dell'economia presso l'Università LUISS “Guido Carli” di Roma

EDOARDO NICOLA FRAGALE è dottore di ricerca in Diritto amministrativo e professore a contratto di “Regulatory Law” presso l'Università di Bologna

GIULIANO TAGLIANETTI è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

SIMONE TORRICELLI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Firenze

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2020

Editoriali

- MARCO CAMELLI, *Regioni, anniversari e sfide del prossimo futuro* n. 3, V-XII
- GIUSEPPE PIPERATA, LORENZO SALTARI E ALDO SANDULLI, *Il ritorno del servizio alla comunità come munus publicum* n. 1, V-XI
- ARISTIDE POLICE, *Nuove idee per sfide inattese* n. 2, V-X

Ricorrenze

- MARCO DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi* n. 1, XIII-L

Sullo sfondo dei rapporti tra il diritto amministrativo domestico e la legislazione europea ed inoltre tra il diritto amministrativo e quello civile, il saggio fornisce una lettura critica in relazione al tema dell'invalidità amministrativa. In considerazione dell'indipendenza (finanche storica) del diritto amministrativo lo scritto evidenzia anzitutto le incoerenze insite nella ibridazione delle discipline, avendo anche riguardo alla nullità del provvedimento così come definita da un legislatore troppo incline al parallelismo con il diritto civile. Inoltre, partendo dal valore sostanziale della partecipazione al procedimento e dall'oramai inscindibile collegamento tra l'istruttoria procedimentale e il processo, l'Autore si sofferma sulle aporie derivanti dalla applicazione dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, che relega la partecipazione ad un ruolo strumentale e meramente marginale.

Anniversari

ROBERTO BIN, *Unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive*

n. 3, XIII-XXXIII

Il difficile bilanciamento tra esigenze di autonomia e esigenze di unità (art. 5 Cost.) è stato impostato dal costituente attraverso la disciplina dei rapporti tra legge statale e legge regionale. Oggi la legge ha perso la centralità che aveva per i costituenti e il bilanciamento avviene essenzialmente nei rapporti politici tra i vertici degli esecutivi.

MARCO D'ALBERTI, *La legge sulla concorrenza, trent'anni dopo*

n. 2, XI-XVIII

La l. n. 287/1990 si è rivelata particolarmente valida ed efficace nella sua attuazione nel corso degli anni, anche grazie al contributo decisivo dell'AGCM. Tuttavia, restano ancora seri limiti per la definizione di un mercato realmente competitivo, e ciò per varie ragioni. Innanzitutto, la Costituzione non conosceva la concorrenza perché nella Costituente erano prevalenti le ideologie cattoliche e socialiste rispetto a quelle liberali. Inoltre, una legge generale sulla concorrenza non è sufficiente, ma occorre una strategia complessiva finalizzata ad abrogare le norme anti-competitive. In terzo luogo, la cultura e l'opinione pubblica nel nostro Paese restano lontane dalla concorrenza e dalla logica del merito. Per invertire il *trend*, un buon inizio potrebbe consistere nella promozione nel dibattito pubblico dei valori dell'antitrust, spiegando che la loro funzione non è solo quella di tutelare il mercato, ma anche i diritti dei cittadini.

LEONARDO FERRARA, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice*

n. 3, XXXIII-XLV

Dieci anni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010, non può ancora ritenersi compiuta la piena "civilizzazione" del processo amministrativo, pensata per costruire un giudizio basato sul rapporto anziché sull'atto, rendendo più omogenee la tutela giurisdizionale amministrativa e quella civile.

La nozione dinamica dell'interesse legittimo perpetua la specialità del processo amministrativo, il principio di atipicità dei mezzi di tutela – necessario per soddisfare le richieste del privato – non è spesso garantito, durante l'istruttoria è scarsa l'attenzione al fatto e l'attuazione del "metodo acquisitivo" desta molte perplessità. Non ultimo, la sentenza amministrativa spesso non è realmente soddisfattiva delle pretese.

L'obiettivo di avvicinare processo civile ed amministrativo è, pertanto, ancora lontano.

Saggi

FRANCESCA DI LASCIO, *Le infrastrutture sociali tra complessità amministrativa e prospettive di valorizzazione*

pp. 501-525

Il contributo si occupa del rapporto tra infrastrutture e sviluppo economico, dedicandosi, in particolare, alla categoria delle infrastrutture sociali. Muovendo dall'assenza di un corpus legislativo di riferimento organico, l'analisi si avvale di alcune disposizioni vigenti per delineare i contenuti e i caratteri della tipologia considerata. Le infrastrutture sociali sono poi esaminate nel contesto del sistema amministrativo italiano, con attenzione per i nodi posti dai rapporti tra livelli di governo, dalle procedure di realizzazione, dalle competenze tecniche e, da ultimo, dagli strumenti di finanziamento con specifico riferimento ai settori dell'edilizia scolastica, sanitaria e al *social housing*. Nelle conclusioni, si evidenzia la necessità di rafforzare le politiche europee e nazionali volte alla realizzazione delle infrastrutture sociali, che dovrebbe essere supportata da una adeguata cornice di regole giuridiche in grado di garantire certezza agli investitori ma anche, allo stesso tempo, di favorire la flessibilità delle scelte pubbliche.

VINCENZO FERRARO, *L'autorizzazione amministrativa per l'esercizio dell'attività bancaria. La prospettiva del diritto europeo*

pp. 255-307

L'"unione bancaria" europea ha mutato profondamente il contenuto ed i fini della regolazione del settore bancario nel diritto dell'*Unione Europea*. Il connesso sistema amministrativo pone alcuni problemi rilevanti, riguardanti sia il coordinamento tra la normativa europea e le pertinenti regole nazionali, con un particolare riferimento alla disciplina del procedimento amministrativo, sia la questione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti adottati nei procedimenti realizzati nell'attuazione della stessa disciplina. Il contributo esamina tali temi, muovendo dalla ricostruzione e dal commento delle norme europee ed italiane, concernenti l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia. Il medesimo contributo tenta di dimostrare, così, come il diritto europeo evolva verso una nuova pubblicizzazione della regolazione del settore bancario, mutandone, però, i presupposti e le finalità. Nello stesso contesto, diviene, perciò, centrale il ruolo della procedura amministrativa diretta all'adozione del menzionato atto autorizzatorio, la quale, come è dimostrato dall'esame del caso italiano, può consentire di recuperare la tutela degli interessi dei soggetti coinvolti dalla conseguente decisione adottata dalla pubblica amministrazione, rimediando alle carenze della tutela giurisdizionale, conseguente alle caratteristiche di quella disciplina e della sua applicazione delineata anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

CECILIA SERENI LUCARELLI, *Prevenzione della corruzione e responsabilità per danno erariale*

pp. 29-66

L'articolo si occupa della prevenzione della corruzione nella prospettiva del danno erariale, con particolare riferimento alla responsabilità per danno erariale e all'immagine del responsabile della prevenzione della corruzione prevista dall'art. 1, c. 12, l. 190/2012.

Dopo alcune considerazioni sulla natura delle disposizioni contenute nel Piano nazionale anticorruzione, in rapporto ai piani triennali adottati dalle singole amministrazioni, e sul ruolo del responsabile della prevenzione della corruzione nel sistema complessivo delineato dalla legge 190/2012, l'articolo si occupa del danno erariale, e nello specifico dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha caratterizzato il danno all'immagine.

L'analisi dell'art. 1, c. 12 è l'occasione per ragionare dei temi in modo congiunto e per giungere alla conclusione che la responsabilità del RPC sembra assumere i connotati di una responsabilità oggettiva, con potenziali effetti negativi sull'efficacia del sistema di prevenzione della corruzione.

RENATA SPAGNUOLO VIGORITA, *Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale*

pp. 347-365

Le previsioni contenute nella c.d. legge Madia in tema di semplificazione e poteri sostitutivi per la realizzazione di opere infrastrutturali vengono assunte a parametro di riferimento per saggiare, da un lato, il relativo grado di effettività; dall'altro, e più in generale, l'efficacia di politiche pubbliche di riforma della amministrazione. In una prospettiva che guarda al ruolo della p.a. nell'economia e nella crescita economica. Assumendo che l'urgenza sia rappresentata non dall'esigenza di interventi straordinari o emergenziali, quanto dall'individuazione di stabili misure in grado di garantire, investendo sulle competenze, la gestione ordinaria della cosa pubblica ed efficaci risposte di legalità.

SIMONE TORRICELLI, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*

pp. 477-498

Lo scritto si propone di indagare il fondamento e la portata del principio di buona fede nell'ambito della contrattazione pubblica, esaminando, in particolare, il suo rilievo a proposito dell'applicazione della clausola che prevede l'esclusione delle imprese che abbiano commesso gravi illeciti professionali. Rispetto ad essa, si pone l'esigenza di stabilire se vi sia un obbligo per l'impresa di portare a conoscenza dell'amministrazione i fatti rilevanti ai fini della valuta-

zione e, eventualmente, come l'obbligo di informare (dell'impresa) si combini con l'obbligo di informarsi (dell'amministrazione). Il richiamo alla buona fede di stampo civilistico, comune nella giurisprudenza più recente, impone infatti di ricostruire la posizione di entrambe le parti in termini di mutua solidarietà. Più in generale l'idea che le procedure di aggiudicazione possano anche essere viste come forme di trattativa che debbono aderire ad alcuni principi di fondo unificanti, implica accettare (per quel profilo) la dimensione paritaria e al contempo antagonista della negoziazione, in cui gli obblighi (anche quelli di buona fede) operano in regime di reciprocità e in un'ottica molto lontana rispetto all'idea della soggezione dell'una parte rispetto all'altra e di un interesse rispetto all'altro. È in quest'ottica e con questo *caveat* che l'avvicinamento della negoziazione pubblica a quella privata può effettivamente contribuire ad una deformalizzazione delle procedure, senza finire con l'accentuare il suo tratto di specialità e senza creare indesiderabili spazi di incertezza e occasioni di contenzioso.

GIUSEPPE TROPEA E ANNALaura GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*

pp. 309-346

Il recente decreto "semplificazioni" si pone, in materia di appalti pubblici, in linea di continuità con quanto già previsto dal precedente decreto "sblocca-cantieri". A dispetto di ciò, molte sono le incognite che ancora aleggiano tra interpreti ed operatori, non solo con riguardo agli ambiti di applicazione di singole norme, ma anche con riferimento ai non superati problemi di conflitto tra la disciplina italiana relativa a specifici istituti e quella dettata dalle direttive europee del 2014. Sul fronte della tutela, gli obiettivi di accelerazione nella definizione delle controversie sono perseguiti sia ricorrendo a peculiari istituti di a.d.r., sia attraverso una temporanea, ma pur sempre dirompente, opzione in favore della tutela risarcitoria in luogo di quella di annullamento.

SARA VALAGUZZA ED EDUARDO PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato.*

pp. 1-28

Gli Autori, dopo aver analizzato i richiami al partenariato pubblico-privato contenuti nel codice dei contratti pubblici, individuano gli elementi giuridici essenziali della nozione, sulla base di un'analisi sistematica e prendendo in considerazione il contesto nazionale e sovranazionale. Lo scritto, dopo aver dimostrato l'incoerenza e l'insufficienza della prospettiva codicistica, propone una definizione del concetto capace di applicarsi a differenti contesti normativi, basata sull'espressione «governo degli interessi comuni».

Articoli

JACOPO BERCELLI, *La realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà*
pp. 525-546

Il contributo analizza l'istituto della realizzazione di opere pubbliche di interesse locale in sussidiarietà, previsto dal vigente codice dei contratti pubblici. L'analisi di tale istituto appare molto interessante per verificare se e come il principio di sussidiarietà orizzontale dettato dall'art. 118 Cost. possa realmente ed efficacemente operare nel settore della realizzazione di opere pubbliche di interesse locale. Il saggio, dopo aver analizzato la disciplina positiva dettata per l'istituto, si concentra su due elementi. In primo luogo, viene analizzato il profilo dell'inquadramento sistematico di tale disciplina nel Codice dei contratti pubblici, evidenziandone la criticità. In secondo luogo, si approfondisce il tema della necessaria elaborazione del regolamento locale, e della sua difficoltà.

VIRGINIA CAMPIGLI, *Riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico*
pp. 413-453

La pianta organica farmaceutica determina una compressione dell'iniziativa economica privata, mediante il contingentamento numerico degli operatori e la localizzazione territoriale delle farmacie. Tradizionalmente, si ritiene che il sacrificio imposto al libero mercato sia giustificato dall'esigenza di tutelare la salute, assicurando, con la pianta organica, un'adeguata distribuzione delle sedi farmaceutiche. Tuttavia, le origini dell'istituto disvelano logiche di tutela oggettiva della sanità non più attuali, incoerenti con la tutela soggettiva della salute necessitata dall'introduzione in Costituzione del principio personalistico. Oltretutto, la disciplina normativa in materia appare legata a interessi protezionistici di settore. In questo quadro, il presente contributo si interroga sull'opportunità di un superamento o di una revisione della pianta organica. L'eliminazione dei limiti quantitativi e localizzativo-territoriali di programmazione, infatti, anziché implicare rischi effettivi per la salute, potrebbe favorire un più ampio e diffuso accesso ai medicinali, alla luce di una (ri)lettura del diritto alla salute come motivo propulsivo delle dinamiche concorrenziali.

MARTINA CARDONE E DANIEL FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell'ambito delle strategie di digitalizzazione della pubblica amministrazione*
pp. 585-624

Il contributo, in primo luogo, analizza l'evoluzione della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, evidenziando le principali problematiche nell'implementazione delle tecnologie ICT, anche al fine di valutare quali siano gli obiettivi strategici volti alla realizzazione della transizione digitale della PA da perseguire impiegando i fondi stanziati nell'ambito del *Next Generation UE*.

Nella consapevolezza della centralità dei dati nella digitalizzazione dell'Amministrazione, sono dunque esaminate le caratteristiche delle diverse tipologie di banche dati gestite dalla PA e delle modalità impiegate per garantire l'interoperabilità tra queste, permettendo così la riutilizzabilità degli *open data* e la condivisione degli altri dati detenuti dalle Amministrazioni. Svoltata tale analisi, nella prospettiva di una ulteriore valorizzazione del patrimonio informativo della PA, si intende verificare se le Amministrazioni possano cedere verso un corrispettivo a prezzo di mercato almeno alcuni dei dati che detengono.

EDUARDO CARUSO, *La disciplina del trasporto pubblico non di linea alla luce della sentenza n. 56/2020 della Corte costituzionale*

pp. 111-140

I contributi dottrinali degli ultimi anni in tema di “trasporto pubblico non di linea” hanno riguardato soprattutto i profili relativi all'accesso al mercato degli operatori non professionisti (es. *UberPop*). Le modifiche alla legge quadro di settore, n. 21/1992, introdotte dal d.l. 135/2018, convertito dalla l. n. 12/2019, e la sentenza della Corte costituzionale n. 56/2020, hanno offerto l'occasione per ri-focalizzare l'attenzione sulla disciplina dell'attività degli operatori tradizionali del settore (taxi e NCC). Infatti, in continuità con l'impostazione di fondo della legge quadro, il legislatore nel 2019 ha principalmente inteso rafforzare la “territorialità” del servizio NCC e la sua separazione con quello dei taxi. Tale scelta, nonostante le censure rivolte in ordine ad alcune modalità legislative adottate (ritenute irragionevoli e non proporzionate), è stata sostanzialmente avallata dalla Corte costituzionale. Si tratta quindi di un aspetto centrale, meritevole di ulteriori riflessioni.

FRANCESCO DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse della pubblica amministrazione*

pp. 367-387

L'articolo si occupa del possibile utilizzo dei big data attraverso l'intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione italiana. In primo luogo, si ritiene che la tappa dell'analisi predittiva costituisca l'ultimo di due precedenti step: la “digitalizzazione” e l'“interconnessione dei dati”. Si richiamano le fondamentali disposizioni normative in materia e la giurisprudenza amministrativa al riguardo. Si evidenziano i principali settori nei quali finora si è fatta applicazione dell'analisi predittiva soprattutto all'estero. Si richiamano i principali vantaggi della decisione robotica (economicità, rapidità, imparzialità, terzietà, certezza) e i punti critici rappresentati dalla opacità e dalle relazioni con il diritto alla riservatezza. Si conclude che l'età avanzata dei dipendenti pubblici in Italia e l'abitudine italiana a fare riforme senza prevedere investimenti economici possano rallentare il suo processo di sviluppo.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *I rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) tra obiettivi europei e modellistica*

pp. 389-411

Il contributo esamina la disciplina dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (Raee) nel suo sviluppo storico, per come consolidato nel d.lgs. n. 49/2014, fino all'ultima recente revisione contenuta nel d.lgs. n. 118/2020. L'analisi normativa è preceduta da una presentazione del fenomeno dei Raee e del suo rilievo in ambito ambientale ed economico sulla base dei più recenti dati internazionali e nazionali. L'articolo si conclude con alcune osservazioni circa l'impatto del pacchetto Ue in materia di economia circolare rispetto ai Raee nonché con riguardo al rilievo in materia del fenomeno dell'*e-commerce*.

EDOARDO NICOLA FRAGALE, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*

pp. 549-584

L'autore si sofferma sui nuovi fenomeni collegati all'economia condivisa, analizzandone le ricadute sull'identità dei centri storici e individuando possibili soluzioni sul terreno della pianificazione paesaggistica.

FRANCESCO GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del Green Deal dell'Unione europea. Ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*

pp. 67-110

Il lavoro esamina il tema della mobilità urbana sostenibile alla luce del Green Deal dell'Unione europea e di alcune recenti esperienze nazionali, e in particolare quelle di Germania e Lussemburgo.

Lo scritto sottopone a revisione critica il modello dello sviluppo sostenibile applicato alla mobilità, ipotizzando il superamento di siffatto modello con uno nuovo, con un'*altra* concezione di mobilità sostenibile.

Tale approccio sembra essere necessario e in larga parte condiviso da studiosi e istituzioni, tenuto conto dei costi dell'attuale sistema dei trasporti, come quelli sociali e ambientali, oggetto di specifica analisi nello scritto.

La nuova concezione della mobilità sostenibile proposta nel presente contributo non è, tuttavia, quella della *mobilità come servizio*, oggetto delle recenti politiche dell'Unione, bensì quella di una mobilità il cui statuto giuridico costituisca il presupposto per la soddisfazione di primari diritti e interessi costituzionalmente tutelati, come l'ambiente, la salute, la sicurezza e la vita delle persone, intese queste ultime non come consumatori e atomi individuali, destinatari di un servizio, ma come soggetti relazionali.

ENRICO GUARNIERI, *Brevi note sugli appalti pubblici nell'emergenza: un ritorno alla dir. 2014/24/Ue?*

pp. 141-174

L'articolo analizza le conseguenze della pandemia da Covid-19 nella materia dei contratti pubblici di appalto. Muovendo dalle difficoltà di coordinare le esigenze proprie dell'emergenza (semplificazione e accelerazione procedimentale) con gli aggravii posti dalla concorrenza e dalla massima partecipazione, l'articolo si focalizza sulla normativa emergenziale e sulle sue implicazioni, tra cui la convergenza della disciplina nazionale verso quella eurolunitaria.

FRANCESCO MAZZONI, *Le spiagge e l'impresa balneare italiana tra presente e futuro: la tela di Penelope*

pp. 175-206

Lo scopo del presente lavoro è quello di compiere una ricognizione della disciplina e dei più recenti orientamenti in materia di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative. La finanziaria 2019, rinviando l'individuazione della disciplina di dettaglio a un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, ha disposto la proroga *ex lege*, di quindici anni, delle concessioni in essere. Il Consiglio di Stato ha già stigmatizzato tale scelta del legislatore interno e, in questa fase, in attesa del tanto agognato d.P.C.M., regna l'incertezza in sede applicativa. L'imminente scadenza al 31 dicembre 2020 dei rapporti concessori in essere, in virtù della precedente proroga, ha riportato la questione al centro del dibattito. Con il *decreto rilancio*, il governo ha approvato una norma specifica per ribadire la vigenza e l'efficacia della proroga *ex lege* disposta dalla l. n. 145/2018. Tuttavia, le incertezze permangono, nonostante l'approvazione della legge di conversione e il successivo intervento normativo contenuto nel *decreto agosto*, in attesa del d.P.C.M. previsto dalla finanziaria 2019, con l'auspicio che il governo italiano possa dare all'Europa le risposte che le Istituzioni comunitarie, da anni, chiedono al nostro Paese.

SALVATORE MILAZZO, *La comunicazione della pubblica amministrazione, tra mutate esigenze "sociali" e necessità di nuove figure professionali*

pp. 207-236

Il saggio analizza, anche attraverso una ricostruzione storica, il ruolo e le funzioni della risposta alle esigenze di comunicazione della Pubblica Amministrazione (PA), alla luce delle recenti riforme in materia di trasparenza e dell'evoluzione della società e della tecnologia. In tal senso, sono esaminati opportunità e rischi dell'impiego dei social media e la necessità di reclutare nuove competenze, anche allo scopo di realizzare un efficace sistema di accesso alle (corrette) informazioni, migliorando l'immagine della PA e il rapporto tra l'amministrazione e gli utenti.

Opinioni

GIULIANO TAGLIANETTI, *L'impatto del d.l. n. 76/2020 sul diritto processuale dei contratti pubblici, tra vetera et nova*

pp. 625-633

Il presente contributo analizza criticamente le principali innovazioni introdotte dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) alla speciale disciplina processuale dei contratti pubblici.

L'analisi induce a interrogarsi su quanto il decreto in commento sia effettivamente in grado di semplificare e velocizzare il contenzioso inerente alle procedure di affidamento indicate nell'art. 120, comma 1, c.p.a. e a quale costo sul «giusto processo».

Viene altresì posta in discussione la reale portata innovativa di alcune previsioni dello stesso decreto.

L'impressione complessiva è che il legislatore abbia inteso compensare la maggiore protezione accordata alle imprese, attraverso disposizioni tese ad assicurare una maggiore celerità del «rito appalti», con misure protettive dell'amministrazione e degli interessi sottesi al contratto (il riferimento è, in particolare, all'estensione del perimetro di applicazione dell'art. 125 c.p.a., recante « ... disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche»), inevitabilmente limitative dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Commenti

SVEVA DEL GATTO, *Iniziativa economica privata e intervento pubblico nel mercato: il caso degli impianti a fune con finalità turistico-ricreativa*

pp. 455-475

La Corte ha respinto il ricorso presentato dal Tar di Bolzano in merito alla legittimità costituzionale di alcune norme della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018 che, qualificando come provvedimento autorizzatorio la concessione per l'installazione e l'esercizio di impianti a fune per uso turistico-ricreativo ne escludono la riconducibilità al Codice degli appalti in contrasto con i principi a tutela della libera concorrenza.

I giudici costituzionali, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo*, hanno tuttavia ritenuto che la Provincia autonoma di Bolzano, mentre ha certamente considerato come servizio pubblico locale l'esercizio degli impianti funiviari integrati nella rete provinciale di trasporto che collegano località stabilmente abitate, non ha fatto un'analoga scelta con riguardo agli impianti di funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo, non integrate nel sistema provinciale dei trasporti pubblici. Ne consegue che, solo nel primo caso, ove dia la

gestione a terzi, la Provincia dovrebbe ricorrere a gara, simulando un mercato pienamente competitivo, al fine di evitare discriminazioni tra operatori economici e assicurare l'imparzialità delle scelte. Nel caso di impianti a fune per finalità turistico-ricreative, al contrario, si verte nell'ambito della libera iniziativa economica privata che si esplica in un mercato concorrenziale ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, e che nel rispetto di questa disposizione, può richiedere un provvedimento di abilitazione alla realizzazione dell'opera, e poi al suo successivo esercizio, a tutela degli interessi pubblici coinvolti.

La decisione della Consulta a favore della natura autorizzatoria del provvedimento avente ad oggetto la realizzazione e l'esercizio di impianti a fune ad uso turistico-ricreativo appare una chiara, quanto importante, opzione di campo a favore di un preciso modo di intendere il rapporto tra Stato e mercato all'interno dell'ordinamento, che valorizza la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., senza annichilire le ragioni della concorrenza che nel mercato trovano la loro naturale espressione, né quelle degli interessi pubblici su cui l'attività può impattare.

GIULIANO FONDERICO, *Quando un contratto pubblico ha un destino "speciale": la Corte di giustizia si pronuncia sul nesso tra l'appalto e il settore speciale nella direttiva 2014/25/UE (commento a C. giust. UE, 28 ottobre 2020, Pegaso c. Poste Tutela, in causa C-521/18)*

pp. 635-653

La Corte di Giustizia, nella sentenza Pegaso/Poste Tutela, approfondisce per la prima volta il legame tra un appalto pubblico e le attività nei settori coperti dalla direttiva 2014/25/UE. Secondo la pronuncia pregiudiziale della Corte, un appalto pubblico si considera "destinato" a tali settori se serve effettivamente a svolgere adeguatamente le attività in essi previste. Anche gli appalti pubblici destinati a coprire più attività possono essere rilevanti, a condizione che l'attività principale che ne beneficia si collochi nel settore coperto dalla direttiva. Alcuni orientamenti più restrittivi dei giudici nazionali dovranno essere riconsiderati. La Corte di giustizia non si è pronunciata su altre questioni sollevate dal giudice del rinvio, legate a interpretazioni contrastanti tra i giudici amministrativi nazionali e la Corte di cassazione, circa la natura di Poste Italiane come "organismo di diritto pubblico". Tuttavia, la sentenza fornisce alcune indicazioni per affrontare tali questioni in modo diverso.

SERENA STACCA, *La Corte costituzionale su autonomia e autodichia degli ordini professionali (perché i nodi vengono sempre al pettine)*

pp. 237-254

La sentenza della Corte costituzionale n. 259/2019 intercetta il potere disciplinare nella professione sanitaria, sciogliendone alcuni nodi problematici. Sul

presupposto che le attività dell'ordine professionale, in quanto ente pubblico, siano direttamente imputabili al sistema ordinamentale statale e finalizzate alla cura dell'interesse al corretto esercizio della professione, la pronuncia consente in particolare di escludere l'uso corporativo della funzione disciplinare sotto un duplice profilo. Sotto il profilo normativo, è possibile superare l'assunto di una riserva materiale della deontologia, giacché essa va iscritta in un sistema più ampio di fonti che regolano le condotte del professionista, con le quali la norma deontologica deve doverosamente confrontarsi. Sotto il profilo sanzionatorio, la rilevanza disciplinare della violazione della deontologia viene in essere solo se non risulta in contrasto con norme di ordine superiore, mentre l'azione disciplinare deve in generale limitarsi alle ipotesi in cui il comportamento del professionista sia direttamente riconducibile all'attività professionale.

RAPPORTO ANNATA 2020

Contributi ricevuti e percentuale di quelli pubblicati e di quelli scartati. Elenco dei referees.

Ogni contributo proposto per la pubblicazione nella *Rivista* è sottoposto ad una prima valutazione da parte della Direzione e del Comitato direttivo. A seguire, gli articoli approvati sono stati sottoposti a referaggio anonimo.

Contributi ricevuti nel 2020	39
Contributi respinti dalla direzione della rivista	7
Editoriali e commenti non referati	8
Contributi referati	24
Contributi respinti all'esito del referaggio	1
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio senza modifiche	5
Contributi accettati e pubblicati all'esito del referaggio con integrazioni e modifiche	18

Munus ringrazia i referees che nel 2020 hanno collaborato con la rivista

Miriam Allena, associato di diritto amministrativo dell'Università Bocconi di Milano
Laura Ammannati, già ordinario di diritto dell'economia dell'Università statale di Milano

Giulia Avanzini, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Pavia
Antonio Bartolini, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Perugia
Gabriele Bottino, associato di diritto amministrativo dell'Università statale di Milano
Elena Buoso, associato di diritto amministrativo dell'Università di Padova
Marco Calabrò, ordinario di diritto amministrativo dell'Università della Campania
Luigi Vanvitelli

Enrico Carloni, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Perugia
Fulvio Costantino, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Macerata
Silvia De Nitto, assegnista di diritto amministrativo dell'Università Luiss di Roma
Marina D'Orsogna, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Teramo
Maurizia De Bellis, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Tar Vergata di Roma

Filippo Dallari, Magistrato Tar Veneto

Monica Delsignore, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano

Ruggiero Dipace, ordinario di diritto amministrativo dell'Università del Molise

Daniele Donati, associato di diritto amministrativo dell'Università di Bologna

Giuliano Fonderico, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università Luiss di Roma

Loredana Giani, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Europea di Roma

Annalaura Giannelli, associato di diritto amministrativo dell'Università Magna Graecia di Catanzaro

Valentina Giomi, associato di diritto amministrativo dell'Università di Siena

Annalisa Giusti, associato di diritto amministrativo dell'Università di Perugia

Matteo Gnes, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Urbino

Andrea Magliari, ricercatore di diritto amministrativo dell'IMT Scuola di alti studi di Lucca

Giuseppe Manfredi, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza

Alfredo Marra, ordinario di diritto amministrativo dell'Università Bicocca di Milano

Maura Mattalia, associato di diritto amministrativo dell'Università di Torino

Paolo Provenzano, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università statale di Milano

Edoardo Raffiotta, associato di diritto costituzionale dell'Università Bicocca di Milano

Francesco Rota, associato di diritto amministrativo dell'Università del Sannio di Benevento

Giacomo Santi, ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Bologna

Clemente Pio Santacroce, associato di diritto amministrativo dell'Università di Padova

Anna Simonati, ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Trento

Marta Simoncini, assegnista di diritto amministrativo dell'Università Luiss di Roma

Silvia Tuccillo, associato di diritto amministrativo dell'Università Federico II di Napoli

Cristina Videtta, associato di diritto amministrativo dell'Università di Torino

Stefano Villamena, associato di diritto amministrativo dell'Università di Macerata

Finito di stampare nel mese di marzo 2021
dalla *Grafica elettronica* - Napoli