amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2019

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Luca Raffaello Perfetti, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giovanni Martini, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

N. 2/2019

Sommario

1. **Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la continuità aziendale tra legislazione europea e nazionale**
di Gabriella Mazzei……...pag. 99

2. **La regulación de los agentes/intermediarios en el ámbito del fútbol y su problemática desde la perspectiva normativa comunitaria y española**
di Julián Espartero Casado……pag. 111

3. **Las transformaciones y la evolución del Derecho Administrativo.**
di Alberto Palomar Olmeda……pag. 158

4. **Il rapporto tra la pianificazione territoriale e la disciplina delle attività commerciali alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali**
di Giuliano Taglianetti……pag. 198

5. **Le condizioni di vulnerabilità ambientale tra i «seri motivi di carattere umanitario» in relazione al permesso di soggiorno: prospettive giuridiche della figura dell'eco-migrante (nota a Tribunale di L'Aquila, Ordinanza del 18 febbraio 2018, n. R.G. 1522/17)**
di Sergio Candela……...pag. 232

6. **Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.**
di Matteo Cortese……pag. 246

7. **Contributo alla riflessione in materia di qualificazione ed esecuzione di contratti pubblici da parte dei consorzi stabili.**
di Valentina Bartoli……..pag. 284

8. **L'Intelligenza Artificiale nell'utilizzo e nel rispetto dei dati personali**
di Filippo Lorè……pag. 311

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la continuità aziendale tra legislazione europea e nazionale

di Gabriella Mazzei

(Professore associato di Diritto privato comparato nella Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza - gabriella.mazzei@unitelmasapienza.it)

Sommario

1. Il processo di uniformazione del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello statunitense del *Bankruptcy Code*. - 2. La *Model law on Cross-border Insolvency*. - 3. L'allineamento del legislatore europeo agli orientamenti statunitense e internazionale. - 4. L'affermazione del valore della continuità aziendale quale obiettivo di politica legislativa. - 5. Il nuovo Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina tra obiettivi da perseguire e incoerenze da superare.

Abstract

The article, in its first section, traces the main stages in the standardization and harmonization process of the restructuring and insolvency law, which, analogous to other relevant sectors of Economics Law, has begun and has undoubtedly been influenced by the U.S.A. model, specifically represented in this sector by the Bankruptcy Code, and has since involved International, European, and now, somewhat delayed with respect to other European States, the Italian legal systems. The second section covers in more detail the going concern value, a concept proper to Corporate Economic Sciences, and now an integral part of the world of Law and an objective of legislative policies that, on a global level, guide the standardization and harmonization process. And in the third and final section, the article highlights some of the aims being pursued, some of the most significant aspects as well as some of the incoherences of the new Italian Code on restructuring and insolvency rules and procedures.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto a preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il processo di uniformazione del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello statunitense del *Bankruptcy Code*

Globalizzazione dei mercati e delocalizzazione dell'attività d'impresa fanno sì che i fenomeni della crisi d'impresa e dell'insolvenza assumano sempre più dimensione e implicazioni di carattere transnazionale.
Gli ordinamenti giuridici nazionali, compreso quello italiano, manifestano contraddizioni tendendo, da un lato, a privilegiare un controllo statale su base territoriale e a riconoscere con difficoltà le procedure d'insolvenza aperte in altri Stati e, dall'altro, a privilegiare una concezione "universalistica" delle procedure d'insolvenza interne, che coinvolgono tutti i beni del debitore ovunque localizzati[1].
Ne derivano incertezze e difficoltà dovute ai conflitti tra diverse giurisdizioni nazionali[2], al sovrapporsi delle relative procedure e al fenomeno del c.d. *forum shopping*, ossia il trasferimento di beni o procedimenti da uno Stato all'altro al fine di beneficiare del regime giuridico più vantaggioso.
È quindi ormai da tempo maturata e diffusa la consapevolezza della necessità di una disciplina uniforme sulla crisi d'impresa e l'insolvenza, che non può più essere considerata una questione interna ai singoli Stati.
In questo settore - non diversamente da altri e rilevanti settori del diritto dell'economia - il processo di uniformazione giuridica ha preso avvio ed è stato influenzato dal modello statunitense, rappresentato in questa materia dal *Bankruptcy Code*, una legge federale risalente agli anni Settanta del secolo scorso, precisamente al 1978 e successivamente modificata, che, riformando il previgente regime, ha introdotto una disciplina generale riguardante le imprese (tutte le imprese qualunque ne sia la forma giuridica e la dimensione), le persone fisiche non imprenditori ma anche comuni, città e servizi municipali, distretti fiscali e distretti scolastici nonché il coordinamento delle procedure in caso d'insolvenza transfrontaliera[3].

---

* L'articolo integra con le note bibliografiche il contenuto della relazione presentata al Convegno «*Le societa` cooperative nel nuovo Codice della crisi d'impresa*», Roma, 27 giugno 2019, organizzato da Sapienza Universita` di Roma con il patrocinio dell'ADDE – Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia.

[1] Cfr. M. SPIOTTA, *La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in L. BOGGIO (a cura di), *UE e disciplina dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2018, p. 222 s.; I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, p. 15 s.

[2] Sui conflitti di giurisdizione in questa materia cfr., per la giurisprudenza europea, Corte di Giustizia della Comunità Europea, sentenza del 2 maggio 2006, CGCE 2 maggio 2006, C 341/04, in *Guida dir.*, 2006, 20, p. 113; per la giurisprudenza nazionale, cfr. le sentenze della Corte di Cassazione: Cass. Civ., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606, in *Riv. dir. intern.*, 2005, p. 1137; Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, p. 784; Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 4, p. 571.

[3] Il *Bankruptcy Code*, reperibile in www.usbankruptcycode.org, si articola nei seguenti Capitoli: *Chapter* 1 – *General Provisions* (*Sections* 101-112); *Chapter* 3 – *Case Administration* (*Sections* 301-366); *Chapter* 5 – *Creditors, the*

ISSN 2036-7821

Alle imprese sono dedicati il *Chapter* 7 sulla procedura di liquidazione e il *Chapter* 11 sulla procedura di riorganizzazione. Quest'ultima rappresenta la più significativa novità introdotta dal *Bankruptcy Code*[4] ed è finalizzata a consentire alle imprese in difficoltà di superare la crisi attraverso la predisposizione, l'approvazione da parte dei creditori e l'omologazione da parte di un tribunale federale (nell'osservanza di specifiche regole procedurali, le *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*[5]) di un piano di riorganizzazione idoneo a salvaguardare e a non disperdere il valore dell'impresa, che in tal modo può continuare la sua attività, il *going concern value*.

2. La *Model law on Cross-border Insolvency*

In ambito internazionale, circa vent'anni anni dopo, il modello statunitense è stato tenuto ben presente dalla *Model law on Cross-border Insolvency* definita dall'UNCITRAL nel 1997 e successivamente modificata, a cui nel 2004 ha fatto seguito una *Legislative Guide*, a sua volta successivamente modificata e integrata[6].
Fallito il tentativo di giungere a convenzioni vincolanti, la *Model law* opera su base volontaria, reca cioè un modello di disciplina uniforme non vincolante che i legislatori nazionali possono recepire con i dovuti adattamenti[7] e concerne il riconoscimento, in caso d'insolvenza transfrontaliera, delle procedure aperte in altri Stati, non solo quelle finalizzate alla liquidazione ma anche quelle volte alla riorganizzazione dell'impresa.

Debtor, and the Estate (*Sections* 501-562); *Chapter 7 – Liquidation* (*Sections* 701-784); *Chapter* 9 – *Adjustment of Debts of a Municipality* (*Sections* 901-946); *Chapter* 11 – *Reorganization* (*Sections* 1101-1174); *Chapter* 12 – *Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income* (*Sections* 1201-1231); *Chapter* 13 – *Adjustment of debts of an individual with regular income* (*Sections* 1301-1330); *Chapter* 15 – *Ancillary and Other Cross Border Cases* (*Sections* 1501-1532). Sul tema cfr., per tutti,

[4] Cfr., per tutti, E. WARREN, J.L. WESTBROOK, *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, in *Michigan Law Review*, 4, 2009, p. 603 ss. e la bibliografia *ivi* citata; C.G. CASE II, *A Short Summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *Nuovo dir. società*, 3/2010, p. 42 ss.; P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2/2011, p. 129 ss.; ID., *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fallimento*, 10/2015, p. 1136 ss.; V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, p. 34 ss.; M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 577 ss.

[5] Reperibili su www.federalrulesofbankruptcyprocedure.org.

[6] *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, reperibile nel suo testo aggiornato in www.uncitral.org.

[7] Cfr. G. LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento. Diritto europeo - normativa transfrontaliera - normativa tributaria - amministrazione straordinaria - sovraindebitamento*, Milano, 2017, p. 1943 ss.; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017, p. 3 e la dottrina *ivi* citata.

ISSN 2036-7821

La procedura aperta all'estero potrà essere riconosciuta come procedura principale (*main proceeding*) se è stata aperta in uno Stato in cui il debitore ha il centro dei suoi interessi principali (C.O.M.I., *Center Of Main Interests*) o come procedura secondaria (*no main proceeding*) se è stata aperta in uno Stato in cui il debitore ha un proprio *establishment*, da intendersi come ogni luogo di gestione in cui si svolge un'attività economica non transitoria con risorse umane, beni e/o servizi.
Tra gli effetti che derivano dal riconoscimento della procedura straniera vi sono la possibilità di accedere a informazioni relative ai beni del debitore e alle sue responsabilità, la nomina di un amministratore del patrimonio del debitore, la sospensione delle azioni dei creditori individuali nei confronti del debitore, il divieto per il debitore di vincolare i propri beni.
La *Model law* ha avuto un significativo seguito, essendo stata ad oggi recepita da ben 43 Paesi, tra i quali Stati Uniti, Regno Unito, Giappone, Australia.

3. L'allineamento del legislatore europeo ai modelli statunitense e internazionale

Il legislatore europeo si è posto in linea con il modello statunitense e internazionale.
Dopo la Convenzione del 23 novembre 1995 relativa alle procedure di insolvenza, a cui non è seguita alcuna ratifica, si è preferito attendere che i tempi fossero sufficientemente maturi per l'adozione di un atto direttamente vincolante per tutti gli Stati membri.
Si è così giunti nel 2000 all'adozione del primo Regolamento europeo relativo alle procedure di insolvenza[8], sostituito nel 2015 da un nuovo Regolamento[9], che

[8] Vedi il Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in GU L 160, 30.6.2000, p. 1 ss. Il Regolamento europeo 1346 del 2000 sull'insolvenza transfrontaliera si è posto in linea con l'*UNCITRAL Model Law*, così che «i due testi venivano a rappresentare ormai a livello planetario un *common core* assolutamente imprescindibile per qualsiasi legislazione nazionale in materia di insolvenza transnazionale che ambisca a interagire seriamente e proficuamente con il resto del mondo» (P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017, p. 3). Cfr. G. CHERUBINI, *La guida operativa relativa alle procedure d'insolvenza transnazionali disciplinate dal Regolamento UE 1346/2000 ed il protocollo d'intesa sottoscritto tra professionisti italiani e francesi: prime riflessioni*, in *Rass. for.* n. 2/2010, p. 283 ss.

[9] Vedi il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, in GU L 141, 5.6.2015, p. 19 ss. Cfr. Z. CRESPI REGHIZZI, *La disciplina della giurisdizione in materia di insolvenza: il Reg. UE n. 2015/848*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 261 ss.; L. BOGGIO, *Il nuovo diritto UE in materia di insolvenza e di pre-insolvenza*, in *Giur. it.*, 2018, I, p. 222 ss.; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa. Il regolamento UE 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017; G. CORNO, S. BARIATTI, *Il regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure di insolvenza*, Milano, 2016; G. MONTELLA, *Problemi di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e soluzioni del nuovo Reg. n. 848/2015*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, I, Torino, 2016, p. 541 ss.; A. LEANDRO, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in *Trattato delle procedure concorsuali*

ISSN 2036-7821

è stato preceduto da una Raccomandazione della Commissione con cui gli Stati membri sono stati invitati ad una maggiore armonizzazione delle rispettive discipline concorsuali e, in modo particolare, a favorire la precoce emersione dei sintomi di crisi così da poter rendere più efficaci le procedure di ristrutturazione dell'impresa[10] e seguito da una proposta di Direttiva europea[11], che, considerata la difficoltà di un'armonizzazione completa delle legislazioni concorsuali nazionali, mira ad armonizzare le norme ritenute più importanti, tra le quali quelle sull'*early warning*, ossia sugli strumenti di allerta precoce, idonei ad individuare precocemente i sintomi della crisi, a segnalare la necessità di adottare con urgenza idonei rimedi, rendendo così più efficaci le procedure di riorganizzazione e risanamento dell'impresa in crisi.

4. L'affermazione del valore della continuità aziendale quale obiettivo di politica legislativa

Da tali processi di armonizzazione è derivata, in primo luogo, una più moderna concezione dell'insolvenza, non più considerata una condotta di per sé illecita, connotata da una sorta di intrinseco disvalore sociale e giuridico. Da qui il superamento dell'idea del fallimento come procedura "sanzionatoria" nei confronti di un imprenditore "immeritevole".
Ne è derivato, inoltre, il carattere trasversale dell'obiettivo di prevenire un peggioramento della crisi, riferito ormai a tutti gli imprenditori, anche quelli finora non assoggettabili a fallimento, nonché ai consumatori, ai professionisti e ai debitori civili in genere.

---

diretto da A. Jorio e B. Sassani, Milano, 2016, IV, p. 740 ss.; P. De Cesari, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 10/2015, p. 1026 ss.; C. Pasini, *La relazione della Commissione sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346 del 2000: prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 693 ss.

[10] Vedi la Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE, del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, testo rilevante ai fini del SEE, in GU L 74, 14.3.2014, p. 65 ss. Cfr., tra gli altri, G. Lo Cascio, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fallimento*, 7/2014, p. 733 ss.; contributi vari in *Fallimento*, fascicolo monografico 10/2015; S. Pacchi, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 3/2015, p. 537 ss..

[11] Vedi la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM(2016) 723 final). Cfr. L. Stanghellini, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 8-9/2017, p. 873 ss.; L. Panzani, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fallimento*, 2/2017, 129 ss.; G. Lo Cascio, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale e interna senza fine*, in *Fallimento*, 5/2017, p. 501 ss.; A. Nigro, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2/2017, I, p. 201 ss.; N. Tollenaar, *The EU Proposals; Good, but they could have been better*, in *Global Turnaround*, November 2016, p. 5 ss.; H. Eidemuller, K. Van Zwieten, *The Future of Restructuring Law in Europe: Greater Harmonisation, but at What Cost?*, Oxford Law Blog, 13 dicembre 2016.

ISSN 2036-7821

Ma soprattutto ne è derivata l'affermazione del valore della continuità aziendale, un valore da preservare il più possibile e per quanto possibile. La continuità aziendale (il *going concern*, la *continuité de l'exploitation*) è una nozione propria delle scienze economico-aziendali[12] a conferma dell'importanza e della necessità di un approccio interdisciplinare, giuridico ed economico-aziendale, ai fini di un'efficace risposta al fenomeno della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Una nozione ormai pienamente entrata nel mondo del diritto a cui non solo il legislatore, ma anche la dottrina[13] e la giurisprudenza[14] fanno consapevolmente riferimento.

Si è dunque affermata e diffusa la consapevolezza della necessità di salvaguardare il valore residuo dell'azienda, di non disperderlo in procedure liquidatorie, di favorire forme di riorganizzazione e risanamento dell'impresa in crisi prima che divenga irreversibilmente insolvente, di consentire allo stesso imprenditore di continuare l'attività d'impresa rimettendosi in gioco, di non perdere posti di lavoro e di non disperdere il valore degli *intangibles*, al fine ultimo di tutelare più efficacemente i creditori, gli investitori nonché tutti gli *stakeholders*, con effetti positivi sull'intero sistema economico.

Nella legislazione europea la salvaguardia della continuità aziendale è diventata un preciso obiettivo di politica legislativa[15], «menzionato timidamente dalla Raccomandazione 135/2014, entrato prepotentemente nel Regolamento n. 848/2015 e perseguito quasi con ossessione dalla proposta di Direttiva del 2016»[16].

Emerge, dunque, a livello internazionale ed europeo, un processo di uniformazione del diritto[17] della crisi d'impresa sempre più orientato verso

[12] Una nozione ricavabile dai principi contabili nazionali e internazionali, relativa alla valutazione prognostica della capacità dell'impresa di far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività economica.

[13] Cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017; M. MAFFEI, *Il principio della continuità aziendale e il controllo della sua corretta applicazione*, Torino, 2017; S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017; A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016; F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.

[14] Cfr. M. SPIOTTA, *Continuità aziendale. Una nuova ratio decidendi: il going concern, nota a Trib. Milano 6 luglio 2016*, in *Giur. it.*, 2017, p. 403; M. FAGGIANO, *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale*, in *Società*, 3/2017, p. 299 ss.

[15] Cfr. L. CALVOSA, *Le principali novità della riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Relazione introduttiva*, in L. CALVOSA, (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza. Prospettive di riforma*, Pisa, 2017, p. 18 ss.

[16] Così M. SPIOTTA, *La continuità aziendale: una nuova "stella polare" per il legislatore*, in L. BOGGIO (a cura di), *UE e disciplina dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, I, 2018, p. 265.

[17] Sulla necessità di processi di uniformazione del diritto che non impongano dall'esterno l'una o l'altra soluzione giuridica in nome di una presunta superiorità, prescindendo dalle specificità degli ordinamenti nazionali e sulla necessità di perseguire l'uniformità preservando il pluralismo al fine di non ostacolare future

ISSN 2036-7821

l'obiettivo della salvaguardia della continuità aziendale e del risanamento dell'impresa.

5. Il nuovo Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina tra obiettivi da perseguire e incoerenze da superare

Dall'ordinamento statunitense a quello internazionale passando per quello europeo, il processo di uniformazione raggiunge (con un certo ritardo rispetto ad altri Stati membri dell'Unione europea) anche l'ordinamento giuridico italiano, in cui nel 2019[18] è stato approvato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dopo diversi interventi legislativi di riforma parziale della disciplina delle procedure concorsuali adottati a partire dal 2005[19] e volti a contemperare tutela efficace dei creditori e risanamento dell'impresa in crisi.
Il nuovo Codice recepisce gli orientamenti internazionali ed europei[20] e reca nei suoi ben 391 articoli una disciplina generale, organica e sistematica che riforma le previgenti normative concorsuali, sostituendo integralmente la legge fallimentare del 1942[21] e la legge sul sovraindebitamento del 2012[22] e apportando

evoluzioni del diritto, incentivate proprio dalla competizione tra diversi modelli culturali e giuridici che, nella loro varietà, consentono di attingere a ciò che di meglio l'ingegno umano ha ideato, cfr. per tutti R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, diretto da R. Sacco, IV ed., Torino, 1988, vol. II, p. 365 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1992, p. 10 ss.; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, p. 26 ss; M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in AA.VV., *Diritto Privato Comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 750 ss.; V.G. CURRAN, *Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union*, in *Columbia J. Eur. L.*, 7, 2001, p. 63 ss.

[18] Con il Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in GU n. 38 del 14 febbraio 2019.

[19] Tra i quali basterà menzionare il Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in Legge 14 maggio 2005, n. 80 che ha riformato il concordato preventivo e ha introdotto gli accordi di ristrutturazione dei debiti; il Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 che ha significativamente innovato la disciplina del fallimento e ha eliminato l'amministrazione controllata; il Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 che ha apportato modifiche alle precedenti riforme; il Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha riformato il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[20] La Legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, in GU n. 254 del 30 ottobre 2017, invita espressamente il Governo a tener conto, nell'esercizio della delega, della normativa dell'Unione europea nonché dei principi della *Model Law* dell'UNCITRAL.

Sul disegno di Legge delega e l'allineamento dell'ordinamento italiano alle indicazioni del legislatore europeo, cfr., tra gli altri, P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'UE*, in *Società*, 2016, p. 734 ss.; P. DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, in *Fallimento*, 10/2016, p. 1143 ss.

[21] Vedi il Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 267, in GU n. 81 del 6 aprile 1942.

[22] Vedi la Legge 27 gennaio 2012, n. 3, in GU n. 24 del 30 gennaio 2012.

ISSN 2036-7821

alcune modifiche e integrazioni al Codice civile, volte principalmente ad un migliore coordinamento tra la normativa societaria e quella concorsuale.
Da precisare, tuttavia, che la normativa europea sulla crisi d'impresa trovava qualche riscontro nella legislazione italiana già prima dell'approvazione Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il riferimento è al Testo unico bancario[23], che all'art. 69-*quater*, inserito nel 2015[24], prescrive, in caso di significativo deterioramento della situazione patrimoniale e finanziaria di una banca, l'adozione di un piano di risanamento individuale che preveda misure volte al suo riequilibrio, nonché al più recente Testo unico sulle società a partecipazione pubblica del 2016, che prevede un sistema di allerta e prevenzione[25].
Basterà ai nostri fini analizzare alcuni tra i principali obiettivi perseguiti e tra gli aspetti più rilevanti della nuova disciplina introdotta con il Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, non senza porre in evidenza alcune incoerenze e alcuni limiti del nuovo regime.
Coerentemente con la moderna concezione dell'insolvenza e analogamente a quanto già fatto in altri ordinamenti giuridici europei, nel nuovo Codice sono state eliminare le parole "fallimento", "fallito" e quelle da esse derivate.
Data la sua organicità e sistematicità, il nuovo Codice reca nella prima parte un insieme di principi generali volti ad orientare l'interpretazione di tutte le disposizioni specifiche, tra le quali anche quelle sul sovraindebitamento riguardanti i professionisti, i consumatori e gli imprenditori minori non assoggettati a liquidazione giudiziale (ex fallimento). Sono, inoltre, dettati principi di carattere processuale al fine di delineare un modello processuale unitario valido, salvo le necessarie differenze, sia per le procedure liquidatorie, sia per la procedura di soluzione negoziata della crisi, consentendone anche il concorso[26].
La salvaguardia della continuità aziendale assume decisamente una posizione di centralità nel nuovo Codice della crisi d'impresa[27] ed è espressamente qualificata dall'articolo 316 come "interesse pubblico", sebbene sia inteso non in senso

[23] Vedi il Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modifiche e integrazioni, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in GU n. 230 del 30 settembre 1993.
[24] Dall'articolo 1, comma 12 del Decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 181.
[25] Vedi gli articoli 6 e 14 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in GU n. 210 dell'8 settembre 2016.
[26] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.
[27] È quanto emerge chiaramente dall'articolo 3 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che individua la «finalità delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza» in quella di «favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero, in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria.».

ISSN 2036-7821

assoluto, ma come scopo-mezzo in vista della migliore realizzazione dell'interesse dei creditori[28].

Sono molte le disposizioni espressamente o implicitamente finalizzate alla salvaguardia della continuità aziendale. Tra quelle di maggiore interesse, le disposizioni che introducono anche nel nostro ordinamento gli istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi[29], quelle disposizioni che - esplicitando principi già presenti nel nostro sistema[30] - introducono nel Codice civile l'obbligo dell'imprenditore, sia individuale che collettivo, di assumere le obbligazioni in modo prudente e proporzionato alle proprie capacità patrimoniali, di definire assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi nonché di adottare senza indugio rimedi, tra quelli offerti dall'ordinamento, idonei al suo superamento[31].

L'auspicio è che il nuovo Codice della crisi d'impresa riesca ad invertire l'andamento dei risultati non soddisfacenti ottenuti in molti anni di applicazione delle tradizionali procedure concorsuali, dalla cui esperienza «emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese - di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività»[32] tra i quali la debolezza degli assetti organizzativi spesso carenti di adeguati strumenti di programmazione e monitoraggio, ma anche l'atteggiamento diffuso degli

---

[28] Cfr. A. ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 6/2017, p. 637 ss.

[29] Vedi il Titolo II del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

[30] Vedi gli articoli 2381 e 2497 del Codice civile e gli articoli 6 e 14 del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica.

[31] Vedi l'articolo 4 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, su «Diritti ed obblighi del debitore», che ai primi due commi dispone testualmente: «1. Il debitore deve assumere le obbligazioni in modo prudente e proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. 2. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.». Vedi anche l'articolo 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, su «Assetti organizzativi dell'impresa», che ha aggiunto all'articolo 2086 del Codice civile il seguente secondo comma: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuita` aziendale, nonche´ di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuita` aziendale». Vedi, infine, l'articolo 377 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che ha introdotto le conseguenti modifiche agli articoli 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 del codice civile.

Cfr., tra gli altri, V. DESENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. società*, 2017, p. 311 ss.; O. CAGNASSO, *Profili di diritto societario della crisi nell'ambito della riforma fallimentare*, in *Nuovo dir. società*, 9/2017, p. 997 ss.; M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016. Sul previgente regime, cfr., tra gli altri, P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 820 ss.; U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014.

[32] Così nella Relazione del Presidente della Commissione Rurdorf del 29 dicembre 2015 allo schema di Legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Trattato diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Torino, I, 2016, p. 4593 ss.

ISSN 2036-7821

imprenditori che tendono ad evitare e a procrastinare il più possibile il ricorso alle procedure concorsuali fino a rendere irreversibile lo stato di crisi e vano ogni tentativo di superamento.

Da qui l'importanza di promuovere la cultura del salvataggio dell'impresa in crisi. Considerata la complessità della materia relativa alla gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza e l'interdisciplinarietà che la connota per via della stretta connessione tra profili giuridici e profili economico-aziendali, precondizione per ogni buon esito sarà un adeguato livello di consapevolezza da parte degli imprenditori e degli altri debitori sulle maggiori opportunità offerte dai nuovi strumenti dell'allerta e della composizione assistita della crisi e sulla necessità di un più elevato grado di responsabilità, nonché un adeguato livello di formazione specialistica e di aggiornamento da parte dei professionisti chiamati ad assistere gli imprenditori, gli altri debitori in crisi, i creditori e da parte dei magistrati dei tribunali chiamati ad applicare la nuova disciplina.

Il nuovo Codice rappresenta senz'altro un importante passo in avanti nell'ammodernamento del nostro sistema concorsuale ma non mancano incompletezze, incoerenze e lacune su cui si dovrà continuare a lavorare[33].

Basterà accennare al fatto che nel corso dell'iter parlamentare di approvazione della legge delega dalla riforma è stata stralciata la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza[34] e ciò senza dubbio inficia la completezza di una riforma che ambisce ad essere generale.

Inoltre, nonostante le indicazioni del legislatore europeo, che ha sottolineato l'importanza di limitare l'intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa «ai casi in cui è necessaria e proporzionata alla salvaguardia dei diritti delle parti interessate»[35], e quindi di privilegiare il carattere stragiudiziale e riservato dei nuovi istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi, il legislatore italiano - se ha opportunamente istituito gli organismi di composizione assistita della crisi delle imprese non presso i tribunali ma presso le camere di commercio e introdotto obblighi di riservatezza - ha però anche previsto l'obbligo, in caso di

[33] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.

[34] La procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza è stata introdotta con Decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito in Legge 3 aprile 1979, n. 95, in GU n. 94 del 04 aprile 1979, e riformata dal Decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in GU n. 185 del 9 agosto 1999. Ad essa si è successivamente aggiunta una procedura di amministrazione straordinaria speciale per le imprese di maggiori dimensioni, introdotta dal Decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, in GU n. 298 del 24 dicembre 2003, convertito in Legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche.

[35] Vedi il considerando 18 e l'articolo 4 della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la Direttiva 2012/30/UE (COM(2016)723).

ISSN 2036-7821

esito negativo della composizione assistita, di darne notizia al pubblico ministero per eventuali iniziative di sua competenza. Appare evidente che l'eventualità dell'instaurarsi di una procedura giudiziale potrebbe in molti casi scoraggiare l'imprenditore in crisi dal ricorrere ai nuovi istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi[36].

Da porre in evidenza, infine, che il nuovo Codice della crisi d'impresa non ha dato attuazione ad alcuni dei molti (oltre un centinaio) criteri direttivi enunciati nella Legge delega. In particolare, è rimasto inattuato il criterio che prevede l'applicazione della disciplina concorsuale ordinaria anche alle imprese attualmente soggette a liquidazione coatta amministrativa[37]; tale criterio direttivo non riguarda le imprese che svolgono attività bancaria, di intermediazione finanziaria e assicurativa, che sono escluse dall'ambito di applicazione della riforma e per le quali rimangono in vigore le relative leggi speciali[38].

Discostandosi dalle indicazioni del legislatore delegante, il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, anziché modificare la disciplina della liquidazione coatta amministrativa contenuta nell'ormai abrogata legge fallimentare, l'ha sostanzialmente replicata, con qualche minima modifica di adattamento terminologico e di coordinamento al nuovo regime, dando attuazione al solo criterio direttivo che attribuisce alle autorità governative di vigilanza particolari competenze in tema di allerta e composizione assistita della crisi nonché la legittimazione a proporre domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Se il Governo avesse dato piena attuazione a tali criteri direttivi, per le società cooperative che svolgono attività commerciale ne sarebbe derivato il superamento dell'alternativa che il Codice prevede, in caso di insolvenza, tra la procedura di liquidazione coatta amministrativa e la procedura di liquidazione giudiziale (ex fallimento)[39].

---

[36] Cfr. R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2/2019, p. 129 ss.

[37] Si tratta, come noto, di una procedura amministrativa prevista per determinate categorie di imprese, non necessariamente commerciali, che svolgono attività di particolare rilievo economico e sociale e che sono pertanto sottoposte a vigilanza governativa, tra le quali le società cooperative; tipica manifestazione del potere di controllo pubblico sull'attività economica, la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta dall'autorità governativa anche per cause diverse dall'insolvenza, come per gravi irregolarità di gestione, per violazione di norme di legge o regolamentari o per non conformità dell'attività esercitata all'interesse pubblico.

[38] Vedi l'articolo 15 della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Sui contenuti della Legge delega, cfr. M. CAVALLARO, *La legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2018; F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Milano, 2018; M. FABIANI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Bologna, 2017; G. MINUTOLI, *La crisi d'impresa e la sua gestione tra presente e futuro*, Milano, 2017; D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. società*, 2-3/2017, p. 518 ss.

[39] Vedi l'art. 2545-*terdecies* del Codice civile.

ISSN 2036-7821

Questa scelta del Governo solleva perplessità non solo sul piano della legittimità costituzionale per via del mancato rispetto del criterio enunciato nella Legge delega, ma anche sul piano della conformità alla disciplina sulla concorrenza, trattandosi di una disciplina generale che consente l'alternativa tra procedura amministrativa e procedura giudiziaria ad imprese operanti sul mercato in regime di concorrenza con altre imprese per le quali, in presenza dei medesimi presupposti, un'analoga alternativa non è invece prevista.
Infine, per quanto riguarda in particolare le società cooperative, emerge tutta la problematicità di un'appropriata applicazione della nuova disciplina sulla crisi d'impresa a questa particolare tipologia di società, la cui complessa e articolata disciplina, generale e speciale, è, come noto, improntata al principio di solidarietà mutualistica, a cui il nostro ordinamento riconosce rilevanza costituzionale affidando alla Legge il compito di promuovere e favorire il fenomeno cooperativo, assicurandone caratteri e finalità[40].

[40] Vedi l'articolo 45 della Costituzione.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

La regulación de los agentes/intermediarios en el ámbito del fútbol y su problemática desde la perspectiva normativa comunitaria y española

di Julián Espartero Casado

(Profesor Titular de la Universidad de Leòn)

Sumario

1. Introducción. -2. La función del agente/intermediario deportivo y la dificultad de su concreción conceptual. -3. La reglamentación de la FIFA: una constante evolución y adaptación de la normativa reguladora de los agentes/intermediarios: A) El Reglamento de 1996. B) El Reglamento de 2002. C) El Reglamento de 2008. D) El vigente Reglamento de 2015. E) Recapitulación. -4. La eficacia de la Reglamentación federativa frente a legislación comunitaria o estatal. -5. El interés de la Unión Europea en materia de regulación de los agentes deportivos: 5. 1. El Libro Blanco sobre del Deporte de la UE. 5. 2. La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco sobre el deporte. 5. 3. La Resolución del Parlamento Europeo sobre los agentes de los jugadores en el deporte. 5. 4. La Conferencia de la Unión Europea sobre agentes deportivos de noviembre de 2010. 5. 5. El Informe del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea del deporte. 5. 6. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del Plan de Trabajo Europeo para 2011-2014. 5. 7. Resolución del Parlamento Europeo sobre un enfoque integrado de la política del deporte: buena gobernanza, accesibilidad e integridad. -6. La permanente tensión entre las normativas federativas y la normativa de la competencia. -7. A modo de conclusión: ¿la regulación de los agentes/intermediarios resulta ser un problema sin solución?

Abstract

The regulations about players agents developped by the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) and the trasnposition that the national footbal federations have made of them, have started from the premise that a system of sports regulations was enough to supervise the profession of sports agent/intermediary, leaving out the social discussions between Nation, sports organizations and agents. In this way, sports associations have persevered in agreeing the establishing of procedures of regulation particularly restrictives, despite not having achieved ever a success acceptably effective with its application. This has generated, from the beginning, conflicts with the basic integrating principle of the Community Law.

The last modification of the FIFA regulations brought along with not only the change of the agents name for intermediaries, but also the release- that many people have identify as deregulation- of the professional practice of the sport mediation. However, this reform has not achieved to correct the lack of adjustment of this sports regulations with the integrating basis of the Community and National Law of different nations members of the European Union, like Spain. This has caused a permanent friction with the indicated Community and, consequently, the state regulations and without having found a solution to this situation which allows a solution, in this case, the regulation of this activity.

ISSN 2036-7821

1. Introducción

El término intermediario1 de jugadores es la nueva denominación acuñada para designar a los agentes deportivos y esta novedad vino acompañada, también, de cambios en la calificación y regulación jurídica de esta profesión. En suma, este es un nuevo avatar más en el devenir de este ejercicio profesional que, debido a las importantes repercusiones económicas que lo rodean, viene siendo constantemente criticado y discutido, no solo a nivel nacional sino, también y sobre todo, a nivel internacional.

En cualquier caso, adoptando –quizás- una postura determinista, puede afirmarse que la contemplación de los orígenes y cambios sociales, económicos, culturales, deportivos o políticos experimentados por esta actividad profesional, aporta una mejor comprensión del porqué de la variada diversidad de las funciones que pueden integrar la actividad desarrollada por los agentes de jugadores. Esta funcional versatilidad de su desempeño profesional constituye, a la vez, su elemento caracterizador y la causa de su indefinición, pues de ese conglomerado de facetas que lo peculiariza deviene la imposibilidad de concepto genérico y común aplicable a todos los agentes o intermediarios que actúan en el contexto general del deporte. Lo que también impide el determinar, con precisión necesaria, la calificación que rige la relación jurídica que se establece entre el agente con jugadores y/o clubes, no resultando ser esta carencia una cuestión fútil, dado que la misma impide incluirla con estricta propiedad en alguna de las categorías contractuales establecidas por la ley o la costumbre, habida cuenta de que ello resulta ser decisivo en la aplicación del régimen jurídico y sus efectos sobre la relación constituida. Circunstancias todas ellas que, en el concreto caso de España, han venido a reflejarse en una prolija jurisprudencia sobre la materia que, debido a esta heteróclita integración de contornos que presenta la figura, no se perfila uniforme y difiere en función de la singularidad de los casos abordados.

Estas lagunas no han podido ser colmadas, antes al contrario, por las reglamentaciones sobre agentes de jugadores elaboradas por la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) y la transposición que de las mismas han realizado las federaciones nacionales. Las mismas han partido de la premisa de que un sistema de regulaciones deportivas era suficiente para supervisar la profesión de agente deportivo, obviando el diálogo social entre el Estado, los organismos deportivos y los agentes. De este modo, las asociaciones deportivas han perseverado en acordar el establecimiento de dispositivos de regulación particularmente restrictivos, a pesar de no haber alcanzado nunca un éxito aceptablemente eficaz con su aplicación. Sí, en cambio, consiguieron desde sus inicios suscitar la preocupación

[1]A lo largo de nuestra exposición utilizaremos, indistintamente y con afán integrador, tanto dicho término de intermediario, como el de agente.

ISSN 2036-7821

de las instituciones comunitarias por la desafección de estas regulaciones con los principios básicos integradores del Derecho comunitario.

De manera que la reacción de las instituciones europeas, primero, y la persuasiva percepción de la falta de éxito en la consecución del control financiero de los traspasos de jugadores, después, motivaron sucesivas modificaciones y variaciones en las normativas de la FIFA. De modo que la última que ha entrado en vigor, traería consigo no sólo el cambio de la denominación de agentes por la de intermediarios, sino también el de la liberalización –que muchos han identificado como desregulación- del ejercicio profesional de la mediación deportiva. Pero todos estos cambios no han podido soslayar la permanente falta de ajuste de estas reglamentaciones deportivas con las bases integradoras del Derecho comunitario y nacional de los respectivos Estados miembros. De manera que el discurrir de la reglamentación federativa o deportiva de los agentes deportivos, a pesar de generar una auténtica convicción de legitimidad vinculante en el contexto futbolístico, ha sido el correlato de una permanente fricción con las referidas normativas comunitarias y, por ende, estatales. Sin que esta falta de encaje haya encontrado todavía el preciso punto de ajuste que permita un fluido discurrir de la relación entre éstas y las susodichas reglamentaciones deportivas.

Son estas cuestiones, pues, las que en líneas generales constituyen el objeto de la exposición que a continuación se desarrolla.

2. La función del agente/intermediario deportivo y la dificultad de su concreción conceptual

En noviembre de 2009, la Comisión Europea publicó su *Estudio sobre los Agentes Deportivos en la Unión Europea*[2] y su elaboración obedeció a los objetivos del *Libro Blanco sobre el Deporte*[3], teniendo por objeto proporcionar un análisis de la situación

[2] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, rendu par le Cabinet KEA European Affairs, le Centre de Droit et d'Economie du Sport (CDES) et European Observatoire of Sport and Employment (EOSE), mandatés par Commission européenne (Direction générale éducation et culture), novembre 2009. Disponible en http://www.keanet.eu/report/etude%20agents%20sportifs.pdf. Acceso el 20 de noviembre de 2017.

[3] El 11 de julio de 2007, la Comisión de las Comunidades Europeas adoptaría el *Libro Blanco sobre el Deporte* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Blanco sobre el Deporte* COM(2007) 391 final {SEC(2007) 932}{SEC(2007) 934}{SEC(2007) 935}{SEC(2007) 936}, Bruselas, 11 de julio de 2007. Disponible en http://www.planamasd.es/sites/default/files/recursos/libro-blanco-sobre-el-deporte-de-la-ue.pdf. Consulta, 8 de abril de 20013. De manera que se trató de la primera iniciativa global en materia de deporte de la Comisión, respetando el principio de subsidiariedad, la autonomía de las organizaciones deportivas y el actual marco jurídico de la UE. La iniciativa pretendía aportar claridad jurídica a las partes interesadas y, por primera vez, la Comisión hace balance de la jurisprudencia del TJCE y de las decisiones de la Comisión en el ámbito del deporte. Asimismo, también se proponen acciones concretas en un detallado *Plan de Acción* bautizado con el nombre *de Pierre de Coubertin*, que aborda, sobre todo, los aspectos sociales y económicos del deporte, como la salud pública, la educación, la inclusión social, el voluntariado, las relaciones exteriores y la financiación del deporte. Entre estas acciones, precisamente, se señalaba que «41) La Comisión llevará a cabo una evaluación de impacto para obtener una visión clara de las actividades de los agentes de jugadores en la UE, así como una evaluación destinada a

ISSN 2036-7821

de los agentes deportivos en la Unión Europea e identificar, analizar y describir los problemas derivados de sus actividades, así como las soluciones que ya realizadas por actores públicos y/o privados a fin de permitir a la Comisión Europea evaluar, sobre la base de la información recabada, los problemas identificados y los análisis llevados a cabo si era necesaria una intervención y, de ser así, en qué medida y en qué forma.

Pues bien, en dicho informe se concluía que

«El agente deportivo tiene ante todo un papel de intermediario entre deportistas y clubes/organizadores de eventos deportivos en el ámbito de las operaciones de contratación de deportistas. Pone en contacto a las partes interesadas en la celebración de un contrato relacionado con el ejercicio remunerado de una actividad deportiva. Dicha intervención en este ámbito de contratación constituye la especificidad de la actividad del agente deportivo. Sin embargo, su actividad puede ser más amplia y extenderse a la conclusión de varios contratos para el deportista (contratos de imagen, patrocinio, publicidad) o a la gestión de su patrimonio. Se ha convertido en un actor inexcusable para deportistas y clubes/organizadores de eventos deportivos que él pone en contacto y aconseja. La profesión de agente deportivo es inherente al sistema de contratación y transferencia de deportistas existente en los deportes, principalmente colectivos. Contribuye a la firma de transacciones entre clubes/organizadores de eventos deportivos y deportistas. El agente es una parte integral del mercado (…): entra en la ecuación de éxito comercial y una inversión que puede traducirse en un resultado deportivo convincente. (…) La actividad de los agentes deportivos es internacional, (…) consecuencia esta que vino alentada por la internacionalización de los deportes profesionales y que, de forma concomitantemente, deparó un notable incremento de la intervención de los intermediarios en la contratación de los deportistas, al incluir también a los extranjeros»[4].

Sin embargo, a pesar de esta extensa e institucional definición, señala SEKULOVIC[5], desde una perspectiva socio-jurídica, que es conveniente tener en cuenta que las definiciones del agente deportivo tal como se establecen en las regulaciones adoptadas por nuestras sociedades, están intrínsecamente vinculadas a las condiciones específicas que llevaron a la implementación de esta figura. En este sentido, MARÍN ponía de relieve cómo esta figura a la que nos estamos refiriendo, de entrada, resultaba ser objeto de diversas denominaciones. En efecto, además de

determinar si es necesario actuar a nivel europeo y, al mismo tiempo, a analizar las diferentes opciones posibles», p.17.

[4] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit. pp. 2 y 3.

[5] SEKULOVIC, A., *Profession: agent sportif. Contribution à une théorie des modèles professionnels*, Thèse de Doctorat, Centre de Recherches sur le Sport & le Mouvement, Université Paris Ouest–Nanterre La Défense, Paris, 2013, p. 258. Disponible en https://bdr.u-paris10.fr/theses/internet/2013PA100023.pdf. Acceso el 11 de diciembre de 2017.

ISSN 2036-7821

agente, se habla de intermediarios, representantes e incluso managers, sin que corresponda realmente ninguna de estas denominaciones a un diferente contenido obligacional o competencial. Es más, una de las principales actuaciones de los agentes, común a todos ellos, es la intervención en la contratación del jugador por parte del club o entidad que se trate. Sin embargo, otras muchas funciones pueden competer al agente, tales como representar al jugador en los contratos publicitarios que suscriba con empresas para la promoción de sus productos, asesoramiento técnico, fiscal y financiero, de imagen, etc. En definitiva, concluía que «Parece claro que el agente deportivo se comporta como un colaborador o auxiliar del tráfico deportivo profesional, pero las funciones que realiza son de tan variada, de tan diversa naturaleza, que es imposible reconducirlas todas ellas bajo una misma figura y tratamiento (…)»[6].

Quizás por esta dificultad reseñada, se ha buscado la definir la figura del agente desde la perspectiva económica. En tal sentido, PRIMAULT[7] califica al agente como un intermediario o regulador económico, cuya función principal es moderar la asimetría de información que puede existir en el contexto de una confrontación directa y efectiva entre la oferta y la demanda. De modo que su existencia no puede justificarse fuera de la relación tripartita jugador-agente-comprador (club u otra entidad comercial). Consideración esta, por otra parte, que fue recogida por la Comisión Europea en su informe sobre los agentes deportivos cuando señalara que «La utilidad de la función del agente deportivo está relacionada con la asimetría de la información entre los diferentes clubes/organizadores de eventos deportivos y entre clubes/organizadores de eventos deportivos y los jugadores. La aparición de los agentes deportivos está ligada al desfavorable desequilibrio en la relación de fuerzas de poder para los deportistas frente a las exigencias de rentabilidad económica de los clubes/organizadores de competiciones deportivas. Era, pues, necesario que los agentes intervengan para defender los intereses de los deportistas. Por otra parte, la teoría económica explica la existencia de intermediarios por el hecho de que los clubes y organizadores de las competiciones deportivas no pueden recopilar toda la información necesaria para la mejor elección de un deportista y los deportistas debían asumir costos de información importantes para poder conocer los clubes y organizadores de competiciones deportivas con posibilidades d emplearlos y remunerarles adecuadamente. La existencia de agentes deportivos va pareja con la profesionalización del deporte»[8].

[6] MARÍN HITA, L. J., «Consideraciones sobre los agentes deportivos», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1997, págs. 1413-1422. También puede verse en *Iusport*. Disponible en http://www.iusport.es/opinion/agentes.htm. Acceso el 14 de diciembre de 2017.

7 Audition de PRIMAULT, D, économiste au Centre de droit et d'économie du sport, avant la Commission des Affaires Culturelles, Familiales et Sociales enregistré de l'Assemblée Nationale, 14 novembre 2006. *Vid*. en JUILLOT, D., *Rapport les conditions de transfert des joueurs professionnels de football et le rôle des agents sportifs*, ob. cit., p. 69.

[8] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit. p. 21.

ISSN 2036-7821

En cualquier caso, esta genérica designación propuesta desde el ámbito económico, tampoco puede ser admitida sin cautelas. Como bien repara MARÍN,

«(…) el agente realiza en cierto sentido una función mediadora inter partes, pero ésta no es lo suficientemente imparcial o neutral como para considerarle mediador o intermediario sin más (…) Por tanto, en la mayoría de los casos el agente no es un mero intermediario o mediador del jugador, sino que realiza otras funciones de ¿asesoramiento deportivo? para el jugador e incluso, a veces, para el club. Es más, cuando la notoriedad del jugador lo permite, es un verdadero promotor y gestor de los negocios de merchandising que la figura pública del jugador origina»[9].

Todo ello sin que pueda desconocerse que, en la autorizada opinión de RODRÍGUEZ, deba añadirse a las dificultades definitorias aludidas, el carácter internacional de la figura, la diversidad de normativas legislativas y deportivas que en sus respectivos contextos la regulan, así como la posibilidad de que las diversas actividades que integran la profesión de agente deportivo «son susceptibles de generar o verse envueltas en conflictos deontológicos»[10]. En este sentido, debe hacerse aquí mención al hecho de que el *Rapport MARTIN* pone de relieve expresamente cómo en el contexto de los excesos o malas prácticas relacionadas con las transferencias y la remuneración de los deportistas, puede verse que

«Para falsear contabilidades y enriquecer a las partes del contrato (agentes, clubes y jugadores), se usan los siguientes métodos: (…) - la sobrevaloración de un jugador por las partes (…), que consiste en que dos negociadores acuerdan una suma de dinero superior al valor del jugador y compartir la diferencia ya sea entre ellos (retrocomisiones), ya sea para (…) alimentar un fondo de "dinero negro"; (…) - la compra de un jugador fantasma: el montante de una transferencia se paga en su totalidad en una cuenta secreta, que podría constituir fondos de "dinero negro" (falsa facturas); (…) - el contrato denominado "uno dos" pasa por la compra de un jugador que, inmediatamente, pasará a ser cedido a otro club y al que será vendido más tarde (las indemnizaciones por este alquiler se compartirán durante el intervalo); - (…) la compra a plazo, es decir, la adquisición de una opción de compra por un jugador pagada en efectivo, para luego no ejercitar dicha opción y perder la cantidad pagada, lo cual permite justificar un importante cargo de tesorería. (…) Estas operaciones son utilizadas por algunos clubes bien para blanquear dinero, bien para ennegrecerlo, a fin de poderlo reutilizarlo después de manera ilegalmente. (…) Los agentes son utilizados sistemáticamente en estos asuntos11 (…). La comisión del agente es muy

[9] Ob. cit., p. 1414.

[10] RODRÍGUEZ TEN, J., *Régimen jurídico de los agentes de jugadores en España y la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2013, p. 26.

[11] Estos datos son tomados literalmente del Service central de prévention de la corruption, *Rapport d'activité pour l'année 2003*, **Date de remise:** Juin 2004, pp. 71 y 72. Disponible en http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000247/index.shtml. Acceso el 22 de diciembre de 2017. De hecho, «Todos estos montajes puede ponerse en marcha para el beneficio de los jugadores, pero también para el beneficio de los clubes (…) e intermediarios. Los intermediarios son casi siempre el paje obligado para las

ISSN 2036-7821

variable y está más o menos relacionada con un trabajo por él efectuado, lo que permite ocultar importantes movimientos de dinero»[12].

A estas consideraciones ha de añadirse que en esta actividad profesional de los agentes no se ha llegado a verificar, con carácter general, una intervención pública reguladora, de manera que este vacío normativo se ha visto cubierto, fundamentalmente, por las reglamentaciones federativas tanto a nivel internacional como nacional. Este conglomerado de circunstancias ha devenido en la inexistencia de un cuerpo normativo genérico y común aplicable a todos los agentes o intermediarios que actúan en el contexto profesional del deporte, de modo que ni siquiera podamos contar con una definición o concepto general que nos permita definir la figura de estos profesionales. Si a ello se añade que el conjunto de funciones profesionales que puede realizar el agente pueden ser muy variadas, pues tenemos cómo no resulta tarea fácil[13] la determinación o calificación que rige esta relación jurídica. Y esta cuestión en modo alguno resulta ser baladí, dado que la misma resulta ser determinante para incluirla «en una de las categorías contractuales establecidas por la ley, la costumbre o la práctica y, asimismo, será determinante en la aplicación del régimen jurídico y sus efectos sobre la relación constituida (e. g., duración del contrato, devengo y derecho a la retribución, extinción del vínculo, prescripción de las acciones…)»[14].

Así las cosas, esta configuración poliédrica[15] de la profesión del agente impide considerarlo singularmente como un intermediario o mediador del jugador, pues también realiza funciones asesoras tanto para jugadores como para los clubes e incluso puede actuar como gestor, en algunos casos, del patrimonio del futbolista.

---

transferencias de deportistas Los más importantes tienen sus propias "cuadras" y se las ingenian para extraerles el mejor beneficio Pero el principal problema radica en la ausencia de limitaciones al papel jugado por intermediarios. Gestionan su "cuadra" pero también pueden administrar los fondos de sus clientes (asesoramiento de gestión de patrimonios), proponerles medidas fiscales ventajosas (asesoramiento fiscal), proponerles contratos de imagen u ocuparse de su publicidad (agentes publicitarios). Su interés proviene de que comparten la notoriedad de sus protegidos y también los salarios o ganancias cuando administran sus fondos. Esta profesión todavía está mal organizada a escala global y todavía es fácil para personajes dudosos ejercer como intermediario. Sin embargo, hay leyes que regulan esta actividad, pero si bien se aplican perfectamente en algunos países, son mucho menos aplicadas en otros».

[12] MARTIN, P., *Rapport sur la proposition de loi, modifiée par l'Assemblée Nationale, visant à encadrer la profession d'agent sportif*, nº 363, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 29 mai 2008, pp. 8 y 9. Disponible en https://www.senat.fr/rap/l07-363/l07-363.html. Acceso el 22 de diciembre de 2017.

[13] CAMUÑAS ARRANCUDIAGA, R. «Las relaciones entre los clubes deportivos y los intermediadores. Doctrina de los actos propios. Reglas de la sana crítica. Comentario de la Sentencia 176/2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de fecha 21 de mayo de 2014», ob. cit. p. 344.

[14] CASANOVA GUASCH, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de una problemática jurídica*, ob. cit., p. 76.

[15] Según MARÍN HITA, L. J., «Consideraciones sobre los agentes deportivos», ob. cit., p. 1417, dentro de la pluralidad de actividades realizadas por los agentes, existe coincidencia doctrinal al menos en una, cual es «»en la intermediación a la hora de contratar con el club, sociedad anónima deportiva u otra entidad la prestación de los servicios del jugador como tal. Aquí realmente el agente actúa en representación del jugador ante el club a pesar de que curiosamente su comisión no siempre se la pague su principal, el jugador».

ISSN 2036-7821

Circunstancia esta que, a su vez y a título ilustrativo, ha generado en España una copiosa jurisprudencia que, en consecuencia con la heteróclita integración de funciones que presenta la figura, no se perfila uniforme y difiere en función de la singularidad de los casos abordados. En este sentido resulta ser muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de febrero de 2018 respecto de la mediación deportiva –reiterando al respecto los criterios expresados en las SSTS de 21 de enero de 2015 y 24 de febrero de 2017-, al señalar que

«1.- Al no ser el contrato litigioso, desde el punto de vista jurídico, una figura expresamente regulada en nuestro derecho positivo, la determinación de su naturaleza jurídica ha merecido calificaciones diversas. A tal cuestión hacía mención la sentencia 127/2017, de 24 de febrero, en los siguientes términos: "Se ha de tener en cuenta, partiendo de la realidad social, que el agente de jugadores por lo general no se limita a la contratación de estos por un club, acabando su tarea una vez suscrito el contrato, sino que realiza otras muchas funciones durante la vigencia del contrato de mediación en beneficio de su representado. Es cierto que, como mantiene la sentencia recurrida, se ha calificado, en principio, la mediación deportiva «como contrato atípico de representación y mediación en la esfera deportiva, incardinable dentro del contrato ordinario civil de mediación o corretaje». Pero también es cierto que ha merecido otras calificaciones en sentencias de Audiencias Provinciales: (i) contrato atípico, sinalagmático y oneroso por el que se articula una representación en exclusiva a favor de la sociedad agente actora, que asume el encargo de promover gestiones y concluir contratos vinculados con la actividad de futbolista del representado y en nombre y por cuenta del mismo, recibiendo a cambio una retribución, que se rige, con arreglo a los principios de la autonomía privada y libertad contractual, por los pactos concertados y por las normas generales de las obligaciones y contratos; (ii) contrato de intermediación, que no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, regulado en los artículos 1544 y concordantes del Código Civil, que obliga al receptor del servicio a pagar al agente y a éste a desplegar la actividad convenida, siempre teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1255 CC. Si bien aquella intermediación puede también ser conectada con el contrato de mandato, que regulan los artículos 1709 siguientes del Código Civil, pues es lo cierto que el intermediario que presta el servicio de conexión entre el jugador de fútbol y el club en el que pretende jugar, es, de alguna forma, representante del jugador, actuando como tal; (iii) los agentes constituyen un alter ego del futbolista que deberá defender sus intereses frente a terceros, ya sea en su contratación profesional como en todo tipo de compraventas que sobre su imagen o cualquier otro derecho se contrate, incluyendo también el asesoramiento en lo más conveniente para ellos, así como promocionarlos frente a las empresas, de tal manera que obtengan los mejores resultados para sus representados. (…) En todas las calificaciones late un principio básico, cual es estar a lo

ISSN 2036-7821

expresamente pactado, a lo que cabe añadir que también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC). Precisamente, y en relación a los usos, puede servir, según ya es expusimos, como criterio interpretativo los Reglamentos de la Fifa, traspuestos por la RFEF. (…) Se colige que el agente, por lo general, se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, al agente anglosajón como persona que realiza diferentes funciones siempre relativas a la promoción de contratación. (…) Todas estas consideraciones subyacen en la sentencia de esta sala 9/2015, de 21 de enero, que destaca como relevante el «propósito negocial buscado por las partes», y para ello pone de relieve que «debe atenderse, principalmente, a la autoría negocial como criterio preferente de interpretación y, en su caso, a los usos y costumbres que resulten de aplicación». (FD. 1).

Puede afirmarse que la profesión de agente deportivo, con carácter genérico, subsiste incardinada en el marco de una regulación fragmentaria que transita desde el plano general o común al ámbito específico o, también, desde la regulación legal sectorial o específica al contexto eminentemente federativo. En este sentido, el estudio encomendado por la Comisión Europea[16] revelaba cómo la regulación de la actividad del agente deportivo en los distintos Estados[17], tiene lugar de diferentes maneras. Así cabe la posibilidad de normativas legales y reglamentarias relacionadas con la colocación laboral (este es el caso, por ejemplo, en Alemania, Austria, los Países Bajos o la República Checa) o únicamente con disposiciones de Derecho común (Derecho contractual, Derecho mercantil), como es el caso, por ejemplo, en Dinamarca y Luxemburgo. También existe el caso de regulaciones específicas para los agentes deportivos (este es particularmente el caso en Bulgaria, Francia, Grecia, Hungría, Portugal e Italia), que puede estar más o menos desarrollado según el país[18]. Sin perjuicio de que estos diferentes sistemas reguladores puedan coexistir, como bien puede ilustrar el caso de Francia, en el que la aplicación de las reglas específicas[19] para la actividad del agente deportivo resultante del Código Deportivo (sección L. 222-5 a L. 222-11 y R. 222-1 a R. 222-22) no excluye la aplicación simultánea de las

[16] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit., pp.69 y ss.

[17] Una completa y cuidada revisión sobre el estado de la cuestión en los Estados miembros de la UE, así como en otros continentes, puede verse en RODRÍGUEZ TEN, J., *Régimen jurídico de los agentes de jugadores en España y la Unión Europea*, ob. cit. pp. 221 y ss.

[18] CASANOVA GUASCH, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de una problemática jurídica*, ob. cit., pp. 177 y ss.

[19] Según consta en el *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit., p.72, es un hecho que esta opción de la regulación específica asumida por algunos Estados miembros contribuye a complicar la situación legal de los agentes deportivos, pues pueden crear nuevas restricciones además de las ya impuestas por el Derecho común o las reglamentaciones federativas. Máxime si se tiene en cuenta que estas regulaciones tienen la intención de ser de alcance general y, por lo tanto, se aplican a todos los deportes, mientras que a menudo están motivadas por el deseo de poner fin a los excesos que se generan principalmente en el fútbol profesional. A similares conclusiones llega CASANOVA GUASCH, F., ob. cit., pp. 182 y ss.

ISSN 2036-7821

reglas del Derecho común, en particular, en relación con el contrato de mandato resultante del Código Civil.

Por otra parte, las regulaciones que emanan de las federaciones nacionales están principalmente destinadas a transponer las disposiciones contenidas en el reglamento sobre la actividad de los agentes deportivos de su federación internacional. En este sentido, el caso del fútbol resulta ser paradigmático, pues más del 90% de los países miembros de la FIFA disponen de regulaciones federativas nacionales que rigen la actividad del agente deportivo. Eso es así, por otro lado, sin perjuicio de que los sindicatos de jugadores sean representantes exclusivos[20] de sus intereses profesionales y tienen la potestad de negociar los términos y la organización del trabajo de los futbolistas con las ligas profesionales. Sin embargo, a juicio de SEKULOVIC[21], si bien los sindicatos de jugadores de fútbol desarrollan su actividad de negociar y obtener una serie de disposiciones de protección social para todos los jugadores -como el salario mínimo u otros beneficios-, los mismos consideraron que era mejor apelar a un tercero cuando se trataba de negociar un contrato individual, básicamente, por dos razones. La primera deviene de la posibilidad de que se suscite un conflicto entre los intereses colectivos representados por el sindicato y los intereses individuales de cada jugador, ya que los jugadores compiten entre sí tanto en el campo como en el mercado de traspasos. La segunda se fundamenta claramente en el derecho de cada futbolista a elegir libremente a su representante legal en el contexto de las negociaciones contractuales.

En definitiva, esta cualificación o importancia cuantitativa y cualitativa que reviste la regulación federativa en el plano mundial, es la que nos determina a llevar a cabo un examen de la misma, habida cuenta su amplia vigencia espacial, sin duda, propiciadora de una influencia uniformadora en el plano del tratamiento de la regulación de los agentes en el contexto internacional sin perjuicio de las peculiaridades nacionales[22] con las que haya de convivir.

3. La reglamentación de la FIFA: una constante evolución y adaptación de la normativa reguladora de los agentes/intermediarios

Es un hecho que la contemplación de la reglamentación elaborada por la FIFA para la

[20] Ilustrativo de esta afirmación puede ser el caso del sindicato español *Asociación de Futbolistas Españoles*, en cuyos Estatutos se declara que como fin social que «1. En general corresponde a la Asociación de Futbolistas Españoles la ordenación del ejercicio de la profesión de futbolistas de sus miembros, la representación de los mismos, así como la defensa de sus intereses profesionales, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional» (art. 6). *Vid*. Asociación de Futbolistas Españoles, Estatutos de la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE). Disponible en http://www.afe-futbol.com/filescms/web/uploaded_files/LeyTransparencia/Estatutos.pdf. Acceso el 12 de diciembre de 2017.

[21] SEKULOVIC, A., *Profession: agent sportif. Contribution à une théorie des modèles professionnels*, ob. cit., pp. 247-248.

[22] *Vid*. COLUCCI, M. (Ed.), *The FIFA Regulations on Working with Intermediaries: Implementation at National Level*, ob. cit., *in totum*.

ISSN 2036-7821

regulación de los agentes deportivos ha discurrido por los cauces marcados por el signo obligado de las circunstancias que le ha tocado vivir. Así, y como se pondrá de manifiesto, sus iniciales actuaciones normativas chocarían, bien pronto, con los fundamentos y principios nucleares del Derecho comunitario, lo que forzaría el comienzo de lo que había de ser una constante evolución y adaptación, materializada en sucesivas reformas reglamentarias, para sortear los obstáculos planteados por las fricciones que sus disposiciones pudieran tener con las libertades y derechos comunitarios, así como la dificultad de controlar la sujeción a esta reglamentación de las operaciones que se realizaban en el mercado futbolístico. Esta necesidad de adaptación, finalmente, llevó a la FIFA a revisar profundamente su política reguladora, pasando de la pretensión inicial de un control absoluto a traspasar, en la actualidad, estas responsabilidades de control normativo a las asociaciones nacionales integradas en ella, las cuales tienen la obligación, eso sí, de llevarlas a cabo sobre la base de un conjunto de normas nucleares y básicas por ella elaboradas y que deben implementar a través de sus normativas nacionales.

Con esta sola obligación, las 211 asociaciones nacionales miembros de la FIFA se han visto apoderadas para adoptar criterios más estrictos en el seno de sus Estados nacionales en el desarrollo de sus normativas territoriales. Posibilitándose de este modo la implementación de estas normativas tanto en países (p. e. Argentina, Bélgica, Chipre, República Checa, Inglaterra) en los que los intermediarios en el fútbol no están regulados específicamente y se incardina su regulación en el ámbito del Derecho común, como en aquellos en los que la adaptación ha debido producirse en marcos legales más complicados como consecuencia de que su desenvolvimiento deba hacerse en el ámbito de Estados federales (p. e. Bélgica o Suiza), donde se aplican diversas leyes regionales.

Como señala COLUCCI[23], la evolución de la reglamentación de la FIFA ha deparado un cambio en el enfoque de la regulación de la profesión de los agentes, a partir del momento que ahora se traslada a la supervisión de las obligaciones de los jugadores y clubes en sus tratos con los intermediarios. Considera, pues, que este radical cambio de enfoque puede identificarse como un prudente repliegue del afán regulador que hasta la fecha se había llevado a cabo sobre la figura del agente/intermediario, en cuanto que ahora el interés se dirige a los actores tradicionales del fútbol, esto es, a jugadores y clubes.

A) El Reglamento de 1996

El 20 de mayo de 1994, la FIFA adoptó un Reglamento sobre los agentes de jugadores, que se modificó el 11 de diciembre de 1995 y entró en vigor el 1 de enero

[23] COLUCCI, M., «The FIFA Regulations on Working with Intermediaries: a comparative an updated analysis», in COLUCCI, M. (Ed.), *The FIFA Regulations on Working With Intermediaries: Implementation at National Level*, 2ª Edition, International Sports Law and Policy Bulletin,, Nocera Inferiore, 1/2016, pp. 591-615 (p. 592).

ISSN 2036-7821

de 1996. El Reglamento inicial sometía el ejercicio de esta profesión a la posesión de una licencia expedida por la asociación nacional competente y reservaba la actividad de que se trata a las personas físicas (arts. 1 y 2). El procedimiento previo a la obtención de la licencia preveía una entrevista personal con objeto de comprobar los conocimientos, en particular los jurídicos y deportivos, del candidato (arts. 6, 7 y 8). Éste estaba asimismo sujeto a determinadas incompatibilidades y a requisitos de moralidad, como no tener antecedentes penales (arts. 2, 3 y 4). Debía además depositar un aval bancario de 200.000 francos suizos (art. 9). Las relaciones entre el agente y el jugador debían obligatoriamente regirse por un contrato de una duración máxima renovable de dos años (art. 12). Finalmente, se preveía un dispositivo de sanciones respecto a los agentes, jugadores y clubes en caso de infracción del Reglamento (arts. 14, 16, 18 y 20).

De este modo, si bien apuntaba MARÍN[24] la concurrencia de sensatos reparos a esta regulación, también convenía[25] que la misma vino a establecer una normativa uniforme con carácter universal sobre las condiciones de acceso a la profesión de agente de jugador de fútbol, al mismo tiempo que se establecían algunas particularidades del régimen jurídico sustantivo entre el agente y el jugador.

B) El Reglamento de 2002

Sin embargo, a la vista del citado Reglamento la Comisión de las Comunidades Europeas, como se ha dicho, inició un procedimiento[26] y comunicó a la FIFA un pliego de cargos, el 19 de octubre de 1999, en el que indicaba que el mismo constituía una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE y ponía en duda la compatibilidad con sus disposiciones de las restricciones contenidas en dicho Reglamento. El hecho de que a ello se añadieran de varias denuncias

[24] MARÍN HITA, L. J., «Consideraciones sobre los agentes deportivos», ob. cit., pp. 1421-1422, «Sin entrar en valoración crítica alguna sobre el contenido de esta normativa, nos tenemos que plantear su validez. Como asociación privada que es, la Federación Internacional de Fútbol Asociación puede establecer las normas internas que sus miembros aprueben de acuerdo con el procedimiento establecido en sus estatutos pero siempre que dichas normas sean aplicables a las personas o entidades que libremente formen parte de esa asociación o que, por ley, se vean obligadas a integrarse en la asociación para realizar una determinada actividad. También es posible que una asociación suscriba un acuerdo con otra asociación o colectivo que vincule a los miembros de ambas. No se da sin embargo ninguna de esas circunstancias en este caso, pues ni los agentes están integrados dentro de la Federación Internacional de Fútbol Asociación ni de las Federaciones nacionales, ni se ha suscrito acuerdo alguno entre la Federación Internacional de Fútbol Asociación y una hipotética legalmente constituida asociación de agentes. Además, aunque esto último sucediera, no se puede obligar a los agentes, salvo que una ley estatal así lo estipulara, a estar dentro de una asociación o colegio profesional similar al de otras profesiones libres. Por tanto, no está legitimada la Federación Internacional de Fútbol Asociación ni las Federaciones nacionales para limitar o poner condiciones a la actuación de los agentes. (…) Por otra parte nunca podrá, sobre la base de la no obtención de la licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociación, negársele a un agente que realmente ha intervenido en la contratación de un jugador la comisión estipulada a la que tiene derecho».

[25] MARÍN HITA, L., «Una lectura diferente de las decisiones de la Unión Europea acerca de la normativa FIFA relativa a los agentes de jugadores», en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, nº 2005, pp. 413-422.

[26] En el marco del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962: Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DOC 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

anteriormente presentadas ante la Comisión Europea sobre la incompatibilidad de la normativa FIFA con las normas europeas, llevó al Comité Ejecutivo de la FIFA a adoptar un nuevo Reglamento, en la sesión celebrada el 10 de diciembre de 2000 en Roma, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2001 y reformado una vez más en abril del año 2002. En relación con el mismo, se declaraba que

«El nuevo Reglamento de la FIFA para agentes de jugadores, que ha entrado en vigor el 1º de marzo, refleja los recientes cambios acaecidos en el fútbol y cumple con las necesidades actuales de nuestro deporte. (…) Tras la experiencia de los seis años de vigencia del reglamento anterior, la FIFA observó que era absolutamente necesario efectuar ciertas enmiendas en la reglamentación que gobierna la actividad de los agentes de jugadores. El nuevo reglamento mejora la transparencia de las relaciones entre clubes, jugadores y agentes, teniendo siempre muy presentes las particularidades de la legislación nacional, y permite una mejor supervisión de las actividades de los agentes y sus clientes»[27].

Este nuevo Reglamento de la FIFA preveía para el ejercicio de la profesión de agente de jugadores, únicamente reservada a las personas físicas, la obligación de poseer una licencia expedida por la asociación nacional competente por un tiempo indeterminado (arts. 1, 2 y 10). Para ello, el candidato -que debía tener una «reputación intachable» (art. 2)- había de someterse a un examen escrito (arts. 4 y 5), así como suscribir una póliza de responsabilidad civil[28] en el ejercicio de su profesión o, en su defecto, depositar un aval bancario de 100.000 francos suizos (arts. 6 y 7). La relación entre el agente y el jugador debía formalizarse en un contrato escrito, de una duración máxima renovable de dos años, en el que necesariamente había de estipularse la remuneración[29] del agente, que se calculaba en función del sueldo base bruto del jugador y, a falta de acuerdo entre las partes, se fijaba su importe en un 5 % de dicho sueldo. Asimismo, una copia de dicho contrato debía depositarse en la asociación nacional correspondiente, cuyos registros de contratos habían de estar a disposición de la FIFA (art. 12). Se establecía, también, la obligación de los agentes de jugadores licenciados, en particular, a respetar los Estatutos y reglamentos de la FIFA y a no tratar de apartar de su club a un jugador con un contrato vigente (art. 14). Se completaba la regulación, con un régimen de sanciones respecto a los clubes, jugadores y agentes (arts. 15, 17 y 19). Los posibles litigios se sometían a la asociación nacional competente o a la «Comisión del Estatuto del Jugador» (art. 22). Las disposiciones transitorias permitían la convalidación de las licencias expedidas con

[27] *Vid*. FIFA, *El nuevo Reglamento para agentes de jugadores*. Disponible en http://es.fifa.com/about-fifa/news/y=2001/m=3/news=nuevo-reglamento-para-agentes-jugadores-76650.html. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[28] Sobre el particular puede verse el trabajo de LANDABEREA UNZUETA, J. A., «Breve aproximación al régimen de responsabilidad civil de los agentes de deportistas y a la cobertura de tal riesgo», en *Revista Española de Derecho Deportivo*, nº 31, 2013,pp. 41-58.

[29] Al respecto, *vid*. MARÍN HITA, L., «Sobre la retribución de los agentes de deportistas profesionales», en *Revista jurídica de Deporte y Entretenimiento*, nº 9, 2003, pp. 221-226.

ISSN 2036-7821

arreglo a la anterior normativa (art. 23). Por último, al nuevo Reglamento se adjuntaba un código deontológico y un modelo de contrato de mediación (Apéndices B y C, respectivamente).

C) El Reglamento de 2008

Esta fue la regulación mantenida hasta que, como se ha expuesto, el Comité Ejecutivo de la FIFA aprobó la versión revisada del Reglamento sobre Agentes de Jugadores de la FIFA el 29 de octubre de 2007, que tuvo su entrada en vigor el día 1 de enero de 2008. Dicha regulación[30], definía la actividad del agente y determinaba su ámbito de intervención, en los términos expuestos, que estaba «estrictamente limitado»[31] a la presentación de un jugador a un club para la negociación de un contrato de trabajo o de presentar dos clubes entre sí con miras a concluir un acuerdo de transferencia, excluyendo, pues, el resto. La actividad del agente de jugadores sólo podía ser desarrollada por personas físicas que hubieran sido licenciadas[32] por la correspondiente asociación[33] para desarrollar dicha actividad (art. 3. 1).

Asimismo, se disponía que el candidato debía presentar una solicitud escrita de obtención de la licencia de agente de jugadores ante la correspondiente asociación, para ello tenía que «ser una persona física con una reputación intachable»[34], El solicitante debía realizar un examen (art. 8) y, superado el mismo, debía suscribir un seguro de responsabilidad profesional (art. 9) o depositar garantía bancaria por un monto de 100.000 francos suizos (art. 10), así como firmar un código de conducta profesional (art. 11 y Anexo 1). De modo que cumplidos todos estos requisitos la asociación nacional competente le expedía una licencia personal e intransferible (art.

[30] Se establece la obligación de las federaciones nacionales de implementar y hacer cumplir esta reglamentación a través de sus propias normativas y reglamentos federativos nacionales –que, necesariamente, debían ser aprobadas por la Comisión del Estatuto del jugador en un plazo no superior a los dos primeros años de vigencia del presente reglamento-, de tal manera que los mismos solo pueden omitir esta obligación en el caso de que las disposiciones del Reglamento FIFA no fueran conformes a la legislación aplicable en el territorio de la asociación (art. 1.5).

[31] Las licencias eran concedidas por la asociación del país de nacionalidad del solicitante, si bien se preveía que si hubiera residido de forma constante en otro país durante dos años o más sería la de este país la responsable de la concesión de la licencia (art. 5).

[32] Ello sin perjuicio de lo que denominaba «*Situaciones personales excepcionales*. 1. Los padres, hermanos o esposa del jugador podrán representarlo en la negociación o renegociación de un contrato de trabajo. 2. Un abogado legalmente autorizado para el ejercicio de acuerdo con las normas en vigor en su país de domicilio podrá representar a un jugador o club en la negociación de una transferencia o contrato de trabajo. 3. La actividad de estas personas no se encuentra bajo la jurisdicción de la FIFA» (art. 4).

[33] PARRISH, R., «The Regulation of Football Agents: Historical Background», p. 5. Disponible en https://www.edgehill.ac.uk/law/files/2018/01/History-of-Agent-Regulation.pdf. Acceso el 14 de noviembre de 2017.

[34] «Se entenderá que un solicitante tiene una reputación intachable si nunca ha sido dictada contra él una sentencia penal por un delito financiero o violento» (art. 6.1). Además, se exigía no tener vinculación con la FIFA o confederación, asociación, liga, club o cualquier otra entidad que pudiera tener relación con la misma y comprometerse, además, a cumplir los estatutos, reglamentos, directivas y decisiones de los órganos competentes de la FIFA, así como aquellos de las confederaciones y las asociaciones correspondientes (art. 6).

ISSN 2036-7821

12) y tenía derecho a utilizar el título «Agente de jugadores licenciado por la asociación de fútbol de [nombre del país][35]» (Artículo 12). La cuantía de la remuneración del agente se determinaba en función de los ingresos brutos anuales de su jugador, incluida cualquier prima por contrato que el agente de jugadores haya negociado para él en el contrato de trabajo, en caso de no llegar a un acuerdo, se establecía una compensación que ascendía al 3% de los ingresos descritos y si el cliente era un club, la remuneración debiera realizarse en un único pago acordado previamente (art. 20). Se establecía, también, un sistema de infracciones y sanciones para agentes, jugadores, clubes y asociaciones (arts. 33, 34, 35 y 36). Por último, se adjuntaba un código deontológico (Anexo 1) y disposiciones relativas a la póliza de seguro y garantía bancaria (Anexo 2).

D) El vigente Reglamento de 2015

Como se ha visto, la FIFA se propuso la revisión de su sistema regulador relativo a la actividad de los agentes deportivos. Se pretendía verificar más sistemáticamente las operaciones de transferencias de jugadores entre clubes, de modo que el control se dirigiera más a los actos y antes que a los actores. De ahí la idea de llevar a cabo una suerte de «desregulación»[36] de la actividad en el fútbol, de suerte que pudiera ser realizada por cualquier persona sin la autorización previa de una federación nacional. En el 59º Congreso de la FIFA, celebrado el 3 de junio de 2009, se decidió esta profunda reforma[37] de la regulación establecida en el Reglamento sobre los

35 Dicha licencia expiraba después de cinco años y la renovación implicaba la necesidad de hacer un nuevo examen, de modo que, hasta que no se superase el mismo, la licencia quedaba suspendida. Asimismo, la asociación nacional estaba obligada a mantener un registro de agentes con licencia y compartirlo con la FIFA (art. 13). Esta disposición fue objeto de severa crítica, con razón, por parte de ESPADA CORCHADO, J. L., «F.I.F.A. versus Agente de Jugadores» (documento sin paginar), en *iusport*, 24 de septiembre de 2008. Disponible en http://www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=682. Acceso el 2 de enero de 2018. De ahí que no resultara extraño, como pone de manifiesto GÓMEZ VALLECILLO, J., «La licencia de agente de jugadores de fútbol como extralimitación reglamentaria federativa», en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.). *Estudios jurídicos sobre el fútbol profesional*, Reus, Madrid, 2013, pp. 457-469, que esta «impopular norma» fuera objeto de continuas y sucesivas suspensiones, hasta el punto de ser suspendida *sine die* por parte de la FIFA mediante la Circular nº 1298, de 19 de abril de 2012 (p. 467).

36 ANTIGNANI, F., «Gli intermediari: ruolo e portata nella regolamentazione calcistica internazionale», *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, 2/2014, pp. 13-19, sin embargo, considera «quizás incorrecto, hablar de desregulación (…) es más propio decir que con el Reglamento de Intermediarios, el acceso a la profesión fue sustancialmente liberalizado y se ha desplazado la atención de la FIFA al campo de las transacciones individuales. (…). Por tanto, se han abierto las puertas de la profesión (de intermediario de fútbol) a todos, independientemente del título académico obtenido o de haber aprobado un examen de habilitación *ad hoc* y, al mismo tiempo, han sido introducidos numerosos controles para todo asesor en relación con operaciones individuales de mercado» (p. 14). En el mismo sentido, GARCÍA CABA, M. M., «El régimen jurídico aplicable a los intermediarios («ex agentes») futbolísticos, A propósito de la reciente normativa de la FIFA en la materia», ob. cit., pp. 385-386, cuando indica que el fin perseguido por la FIFA «no fue nunca "desregular" sino más bien al contrario, poder controlar mejor a aquellos que representan a clubes o jugadores en las negociaciones de contratos y traspaso, consiguiéndose así el incremento de la transparencia en este ámbito».

37 Según la FIFA, la reforma del régimen se realizaba con «el fin de abordar ciertas deficiencias que se habían detectado en el sistema de licencias establecido en el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores, entre otras: (…)

ISSN 2036-7821

Agentes de Jugadores, enfocándolo hacia el concepto de «intermediario»[38]. Tras la aprobación de las enmiendas necesarias en los Estatutos de la FIFA y el Reglamento de Aplicación de los Estatutos de la FIFA por parte del 64º Congreso de la FIFA, el nuevo *Reglamento sobre las relaciones con intermediarios* –que reemplazó el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores- fue aprobado previamente por el Comité Ejecutivo de la FIFA en su sesión del 21 de marzo de 2014 y entró en vigor el 1 de abril de 2015. En el Preámbulo del nuevo texto regulador se declara que

«(…) la FIFA considera insoslayable el deber de proteger a los jugadores y a los clubes de caer en prácticas o circunstancias contrarias a los preceptos éticos, o bien ilegales, cuando contratan los servicios de intermediarios con el fin de negociar contratos laborales entre jugadores y clubes o cerrar acuerdos de traspaso entre clubes. A la luz de estas consideraciones, y con el fin de afrontar como es debido la realidad cambiante vinculada a las relaciones actuales entre los futbolistas y los clubes, así como para propiciar el control y la transparencia de los traspasos de jugadores, la FIFA ha promulgado el presente reglamento de conformidad con el artículo 4 del Reglamento sobre la Aplicación de los Estatutos de la FIFA. El presente reglamento estipula las normas y los requisitos mínimos que deberán implantar las asociaciones en el ámbito nacional. Las asociaciones podrán añadir otras normativas»[39].

---

la ineficiencia en la concesión de licencias a los agentes de jugadores, la cual implicaba la concertación de muchos traspasos internacionales sin la intervención de agentes titulares de una licencia. (…) la falta de transparencia y la resultante imposibilidad de verificar incluso en el caso de las transferencias concertadas a través de agentes con licencia. (…) la confusión relativa a las diferencias entre representantes de los clubes y agentes de jugadores, así como a las obligaciones económicas de ambos». *Vid*. FIFA, Relaciones con intermediarios: reforma del régimen de agentes de jugadores de la FIFA Información general, p. 1. Disponible en http://es.fifa.com/governance/intermediaries/index.html Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[38] *Vid*. FIFA, *Circular nº 1417 A las Asociaciones miembro de la FIFA. Nuevo Reglamento FIFA de Intermediarios,* 30 de abril de 2014. Disponible en http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/33/57/54/circularno.1417-nuevoreglamentofifadeintermediarios_spanish.pdf. Acceso el 1 de diciembre de 2017. Según BARRENECHEA CORREA, G.; «Novedades en la responsabilidad profesional de los agentes de futbolistas: Sentencia Zubiaurre y nuevo Reglamento sobre las relaciones con intermediarios», en *El Derecho* (documento sin paginar) [Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Novedades-responsabilidad-Sentencia-Zubiaurre-Reglamento_11_798805007.html. Acceso el 2 de febrero de 2018], «Da la sensación de que se ha pretendido eliminar algunas de las características que hacían que el Agente –ahora denominado intermediario- sea más un prestador de servicios que un mediador. Sin embargo, a juicio del suscribiente, la de intermediario continuará siendo una figura que trasciende a la mediación, entrando de lleno en el terreno del arrendamiento de servicios, pues se ha declarado su obligación de advertir de las consecuencias de los actos en los que interviene, no bastando con poner en contacto a los firmantes. El hecho de que la FIFA haya aprobado un nuevo reglamento –el cual no constituye ninguna fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico-, no puede eliminar la configuración jurídica que ha realizado el Tribunal Supremo. Pero, aparte de ello, el propio reglamento de intermediarios define esta figura como aquel que representa a jugadores y clubes con miras a negociar un contrato de trabajo o a celebrar un contrato de traspaso, centrando su atención más en la propia negociación que en la presentación de futuros contratantes».

[39] FIFA, *Reglamento sobre las relaciones con intermediarios*, p. 4. Disponible en https://img.fifa.com/image/upload/j1uulj0atk3vs7dow2kc.pdf. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

ISSN 2036-7821

La nueva regulación no varía la determinación -establecida en el reglamento anterior- de que el ámbito de aplicación del Reglamento de Intermediarios incluye servicios que prestan intermediarios a jugadores y/o clubes encaminados a celebrar contratos laborales o de transferencias (art. 1). Se exhorta a jugadores y a clubes a actuar con la debida diligencia al seleccionar un intermediario, consistiendo la misma en que la Declaración de Intermediario, la cual se encuentra adjunta al Reglamento, sea completada y suscrita por dicho intermediario (art. 2). Cada asociación miembro tendrá un sistema de registro[40] de intermediarios, consecuentemente, los intermediarios deberán registrarse en todas aquellas transacciones que realicen y en las que intervengan, ya sean personas físicas o jurídicas y las asociaciones deberán exigir a los jugadores y clubes que contraten los servicios de un intermediario, como mínimo, la presentación de la declaración de intermediario (arts. 3). Se mantiene el requisito de reputación intachable, pero éste ya no se basa en los antecedentes penales del intermediario sino en la declaración que éste tiene que firmar y someter al ya citado registro de la federación, que confirma, además de su intachable reputación, su adhesión a los Estatutos y reglamentos de la FIFA. Si el intermediario es una persona jurídica, toda persona que actúe en nombre de la empresa deberá cumplimentar esta declaración de intermediario. Asimismo, en cualquier operación de intermediario, será obligatorio presentar a la federación la declaración del intermediario debidamente firmada, el contrato de trabajo o acuerdo de transferencia debidamente firmados, el contrato de representación en el que se especifique la naturaleza legal de la relación entre el intermediario y el jugador o club (arts. 3 y 4).
En los contratos de representación del intermediario con el jugador o con el club, según cada caso, deberá especificarse cierta información mínima[41], como puede ser el ámbito de aplicación de los servicios ofrecidos, su naturaleza, el objeto y el ámbito de la gestión. Junto a dicho información, deberán especificarse los nombres, la duración del contrato, la remuneración (junto con las condiciones de pago), la firma y cualesquiera otros pactos existentes entre los intervinientes (art. 5). Con la finalidad de alcanzar la transparencia en las actividades de los intermediarios, se establecen indicaciones específicas para las asociaciones miembros en cuanto a la divulgación de la información en aspectos tales como los honorarios de los intermediarios, los

[40] Señala a este respecto CASANOVA GUASCH, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de una problemática jurídica*, ob. cit., p. 260, «Llegados a este punto, cabe preguntarse si la posición que ostentan las federaciones en la regulación del acceso a la profesión mediante el sistema de licencias puede calificarse de dominante. Aunque la nueva regulación aprobada por el Comité Ejecutivo de la FIFA en su reunión de 21 de marzo de 2014 abandona el sistema de licencias y obliga a los agentes a registrarse en la asociación nacional en la que vayan a intervenir en alguna negociación o traspaso de jugadores (…)».

[41] «2. El contrato de representación deberá incluir como mínimo los datos siguientes: los nombres de las partes, el alcance de los servicios, la duración de la relación jurídica, el monto de la remuneración adeudada al intermediario, las condiciones generales de pago, la fecha de la firma, las cláusulas de rescisión y la firma de las partes. Si el jugador es menor de edad, su tutor también deberá firmar el contrato de representación, de conformidad con la legislación del país en el que el jugador tenga su residencia» (art. 5).

ISSN 2036-7821

contratos y acuerdos con éstos. Adicionalmente, estas asociaciones deberán publicar, anualmente, los nombres de todos los intermediarios que figuren en sus registros y habrán de hacer pública, también, la cantidad total abonada en concepto de remuneración a los intermediarios en su conjunto, por todos los jugadores registrados en una misma asociación miembro y, de forma separada, por cada uno de sus clubes afiliados (art. 6). En cuanto al pago a intermediarios contratados para actuar en nombre de un jugador, su remuneración se calculará[42] sobre el ingreso bruto base del jugador correspondiente al periodo de vigencia del contrato y, si el cliente es un club, deberán remunerarlo mediante el pago de una cantidad global acordada antes de llevar a cabo la transacción correspondiente, aunque, también y si así se ha acordado, la remuneración podrá hacerse en varios pagos. Toda retribución de los servicios de un intermediario deberá pagarla exclusivamente el cliente del intermediario al intermediario[43]. En los casos de transferencia de menores, se prohíbe[44] el pago a intermediarios (art. 7).

Se mantiene la proscripción del conflicto de intereses, pero, si en el momento anterior al comienzo de las negociaciones el intermediario revela por escrito a las partes involucradas la existencia de algún conflicto de intereses y éstas consienten (también por escrito) esa situación, deja de existir conflicto de intereses, no quedando así ningún obstáculo a la doble representación (art. 8). Corresponderá a las asociaciones miembro la sanción, en su caso, a las partes que infrinjan las disposiciones contenidas en el Reglamento de Intermediarios, debiendo publicar y notificar a la FIFA las sanciones impuestas a intermediarios Sanciones (art. 9). La FIFA supervisará[45] la

[42] «3. Teniendo en cuenta la reglamentación nacional pertinente y las disposiciones obligatorias de leyes nacionales e internacionales, y a modo de recomendación, los jugadores y los clubes podrán adoptar los siguientes puntos de referencia: a) La remuneración total por transacción adeudada al intermediario contratado para actuar en nombre del jugador no deberá superar el tres por ciento (3 %) del ingreso bruto base del jugador correspondiente al periodo de vigencia del contrato. b) La remuneración total por transacción adeudada al intermediario contratado para actuar en nombre del club con el fin de firmar un contrato de trabajo con el jugador no deberá superar el tres por ciento (3 %) del posible ingreso bruto base que percibirá el jugador durante el periodo de vigencia del contrato. c) La remuneración total por transacción adeudada a intermediarios contratados para actuar en nombre del club en la negociación de un acuerdo de traspaso no deberá superar el tres por ciento (3 %) de la posible suma de transferencia pagada en relación con el traspaso correspondiente del jugador» (art. 7).

[43] Si bien, «6. Tras la firma de la transacción y supeditado a la conformidad del club, el jugador podrá dar su consentimiento para que el club remunere al intermediario en su nombre. Esta remuneración se hará de acuerdo con las condiciones de pago acordadas entre el jugador y el intermediario» (art. 7).

[44] Al decir de CERDÁ LABANDA, D., «Reflexiones en torno al Reglamento FIFA de intermediarios y el Derecho de la Competencia», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 53, 2016, pp. 201-220, «la nueva definición es, la posibilidad de que la actividad del intermediario, además de ser remunerada, pueda ser gratuita, idea que no resulta desconcertante si se piensa en los objetivos de la FIFA con respecto a la protección de los menores de edad en el fútbol, para lo cual se establece que las actividades de intermediación, donde una de las partes sea un menor de edad, serán gratuitas. Por tanto, la inclusión de la posibilidad de gratuidad de los servicios de intermediación contemplada en la definición del reglamento responde a la búsqueda de la compatibilidad de la definición de la actividad y la prohibición de remuneración de la misma cuando interviene un menor de edad. Si ello no fuere así, dicha posibilidad de gratuidad carecería de sentido» (p. 210).

[45] De conformidad con esta disposición y con la Circular de la FIFA nº 1519, el 30 de marzo de 2016 las federaciones miembro debían publicar el primer informe sobre las actividades de los intermediarios en sus

ISSN 2036-7821

correcta implementación del Reglamento por las asociaciones nacionales, podrá adoptar las medidas adecuadas si no se acatan los principios pertinentes (art. 10).

E) Recapitulación

Según consta en los registros de datos de la *FIFA TMS, Intermediaries in International Transfers*, veinte meses después de la entrada en vigor del Reglamento FIFA de Intermediarios, en el 21% del total de las transferencias internacionales de jugadores realizadas en 2016, participó un intermediario registrado[46]. Según el *International Transfer Matching System* (ITMS)[47], justo antes de la entrada en vigor de esta regulación, 1680 intermediarios registrados participaron en operaciones de contratación y transferencias. En el periodo de marzo a octubre la participación de intermediarios registrada ya ascendía a 1700. En 2016, los clubes de fútbol en el ámbito mundial realizaron un gasto total de 368 millones de dólares en comisiones a los intermediarios, frente a los 274 millones pagados en 2015 y a los 238 millones en 2014.

Para COLUCCI,

«(…) todas estas cifras muestran claramente que la entrada en vigor del Reglamento FIFA de Intermediarios determinó un aumento significativo de la transparencia para obtener las cifras reales de los intermediarios involucrados en las transferencias

---

respectivos territorios. Como indica la citada circular de la FIFA, la Comisión Disciplinaria de la FIFA asignó al Departamento de Integridad y Cumplimiento de FIFA TMS la tarea de supervisar «la implantación correcta de los requisitos básicos por parte de las federaciones miembro, en consonancia con el Reglamento de Intermediarios, y rendir informes exhaustivos de los resultados obtenidos con las medidas adoptadas». A lo largo de un año, el departamento de Integridad y Cumplimiento de FIFA TMS se puso en contacto con las federaciones miembro para localizar sus respectivos informes y determinar qué información ha publicado cada una de ellas. A partir de los Informes publicados por el departamento *Data & Report de FIFA TMS*, en especial los informes *Intermediaries in International Transfers 2016* y *Global Transfer Market Report 2017*, en mayo de 2017 se publicaban los enlaces a los informes de las federaciones miembro cuyos clubes más intermediarios contratan y más gastan en comisiones a intermediarios. Todo ello puede verse en FIFA, *Las federaciones miembro publican sus informes sobre intermediarios*, 24 de mayo de 2017. Disponible en http://es.fifa.com/governance/news/y=2017/m=5/news=las-federaciones-miembro-publican-sus-informes-sobre-intermediarios-2886201.html. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[46] MORRIS, K., *presentation on FIFA TMS and FIFA Regulations on working with intermediaries, Players Contracts*, London, 21 October 2016. Disponible en https://www.fifatms.com/data-reports/reports/. Acceso el 30 de enero de 2018.

[47] El *International Transfer Matching System* (ITMS) fue desarrollado tras la publicación de un estudio encargado por la FIFA en 2005, para solventar los problemas existentes en el mercado de traspasos. Antes de que este sistema viese la luz, no existían datos fiables sobre el mercado de fichajes, hecho que limitaba bastante el conocimiento existente sobre los traspasos realizados, los flujos monetarios y las transferencias internacionales de menores. *TMS Global Transfers & Compliance* aceptó el imponente reto de organizar el mercado de traspasos futbolísticos internacionales, desarrollando una plataforma en línea para estandarizar y mejorar la transparencia a partir del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA. En la actualidad, El ITMS es la plataforma en línea que contiene todos los datos relacionados con transferencias internacionales de jugadores (contratos de empleo y transferencias, referencias a otros acuerdos, declaraciones de TPO, declaraciones de intermediarios, etc.) que introdujo la estandarización y una mayor transparencia acorde al Reglamento de FIFA sobre la situación y transferencias de los jugadores. Disponible en https://www.fifatms.com/es/itms/. Acceso el 30 de enero de 2018.

ISSN 2036-7821

internacionales y el monto de su volumen de negocios. De hecho, al comparar las cifras de 2015-2016 con las de los primeros siete meses del período 2016-2017, el observador puede verificar fácilmente el resultado positivo del registro obligatorio establecido por la normativa de la FIFA e implementado, aunque de forma bastante fragmentaria, mediante las asociaciones miembros. Se ha cumplido, pues el objetivo de la nueva Reglamentación de la FIFA de proteger mejor la integridad del fútbol y los intereses de sus partes interesadas que, de esta forma, contribuyen al cumplimiento de sus responsabilidades financieras»[48].

El nuevo sistema de la FIFA, que sustituye al Reglamento de Agentes, pretende ser, ciertamente, más transparente y para ello traslada a las asociaciones nacionales la responsabilidad de gestionar directamente las relaciones entre intermediarios y clubes y/o jugadores. Con este nuevo planteamiento, la FIFA ha limitado voluntariamente el alcance de su propia intervención en este campo, renunciando a una perspectiva reglamentaria detallada para privilegiar un enfoque «funcional» en el que el intermediario solo adquiere relevancia cuando lleva a cabo actividades vinculadas a las negociaciones que conducen a una transferencia o a un contrato laboral de un jugador. Para ello ha eliminado hasta el propio término *agente* sustituyéndolo por el de *intermediario*s y que abarca, también, a personas jurídicas, abriendo[49] la profesión a cualquier persona con una «autocertificada» reputación intachable y sin que sea ya necesaria ni siquiera la obtención de licencia alguna, ni la contratación de un seguro, pudiendo intervenir directamente como intermediarios, tanto personas físicas como jurídicas. A tal fin, se exige a las asociaciones que establezcan un nuevo sistema de registro de los intermediarios y sus actividades. Asimismo, la FIFA exige que jugadores y clubes actúen con la debida diligencia al elegir un intermediario y son responsables de las obligaciones relativas a la firma y presentación a la asociación nacional de los documentos solicitados pertinentes. Todo ello orientado al objetivo principal de proporcionar la máxima transparencia en las operaciones relativas a la contratación laboral y transferencias de jugadores.

Como señala COLUCCI[50], fuera de estos ámbitos, la profesión de intermediario tiene

[48] COLUCCI, M., «The FIFA Regulations on Working with Intermediaries: a comparative an updated analysis», ob. cit., pp. 591-592.

[49] En este sentido, *vid*. DE LACALLE BAIGORRI, I., «El nuevo reglamento FIFA de intermediarios. Diferencias con el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores». Disponible en http://sennferrero.com/descargaspdf/asuntos-de-interes/nuevo-reglamento-fifa-intermediarios.pdf. Acceso el 30 de enero de 2018.

[50] COLUCCI, M., «The FIFA Regulations on Working with Intermediaries: a comparative an updated analysis», ob. cit., pp. 592-593. Quizás por esto señala críticamente VILLEGAS LAZO, A., «Comentarios y sugerencias sobre el nuevo régimen de intermediarios a implantarse en el fútbol mundial», en *Revista digital Derecho Deportivo en linea, dd-el.com*, que «(…) si se nos diera a elegir entre el sistema del Agente licenciado y el de Intermediario, responderíamos que el primero es mejor, porque brinda mayores garantías a los representados, y permite un mayor control sobre la actividad de estos profesionales. Incluso, para los mismos representantes (agentes o intermediarios), hay una mayor garantía de que recibirán la retribución por sus servicios. Es cierto (…) que los agentes licenciados han tenido una competencia desleal en su actividad. (…) de "agentes" sin licencia, con

ISSN 2036-7821

una importancia limitada o nula para la FIFA. Prueba de ello es que la reglamentación llevada a cabo, antes que una desregulación, supone más bien una translación de la ejecución y desarrollo de sus planteamientos a las federaciones nacionales que, a partir de aquí, son las que deberán de llevarlos a cabo, si bien se les da un amplio margen de autorregulación para efectuarlo. De manera que
«(…) si continua la actividad profesional del agente/intermediario, los estándares de calidad que la misma deberá cumplir, dependerán, exclusivamente, de las asociaciones nacionales, pues ahora son las responsables encargadas de crear los mecanismos apropiados para garantizar que la actividad de los intermediarios se desenvuelva con la necesaria cualificación de profesionalismo, experiencia y competencia. Los agentes están definitivamente acabados para la FIFA, de modo que su intervención en relación con los intermediarios se limita, en el contexto internacional, a decidir si las sanciones impuestas por las asociaciones nacionales que se le notifiquen se ampliarán al ámbito mundial, de acuerdo con el Código Disciplinario de la FIFA»[51].

4. La eficacia de la Reglamentación federativa frente a legislación comunitaria o estatal

En el estudio realizado por encargo de la Comisión Europea sobre la actividad de los agentes deportivos en Europa, se incluía un apartado relativo al *cuestionamiento de la validez jurídica del poder de las federaciones deportivas para regular el acceso a la actividad de los agentes deportivos*[52]. En el mismo se concluía que estas reglamentaciones de las federaciones, tanto nacionales como internacionales, tienen el propósito fundamental de subordinar la validez de contratos entre los agentes y sus clientes a las disposiciones que han sido unilateralmente promulgadas por las federaciones, que son terceros en estos contratos. Sin embargo, no hace falta decir aquí que las entidades federativas no tienen potestad alguna para regular una profesión –ni, en particular, las condiciones de acceso a esta profesión-, pues esto resulta ser, al menos en España, una competencia del Estado.

En este sentido, debe recordarse que, en el único pronunciamiento de la jurisprudencia europea relativa a los agentes deportivos –Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante TPICE), Caso Laurent Piau contra Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por la *Fédération*

---

la complicidad de jugadores y clubes, incluso dándose el caso de que algunos directivos u otros oficiales (gerentes, entrenadores, etc.) hacían labores de agentes de jugadores, a pesar de las prohibiciones expresas de la Reglamentación FIFA. Pero el nuevo sistema a nuestro entender no soluciona el problema, porque no pone ningún filtro a esta actividad. En lo que realmente debería incidirse es en ser más estricto y efectivo en las sanciones a quienes emplean agentes no licenciados». Disponible en https://www.dd-el.com/news/comentarios-y-sugerencias-sobre-el-nuevo-regimen-de-intermediarios-a-implantarse-en-el-futbol-mundial/. Acceso 7 de enero de 2018.

[51] *Ibidem*, p. 593.

[52] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit., pp. 77-78.

ISSN 2036-7821

Internationale de Football Association (FIFA), Sentencia de 26 enero 2005- el TPICE expresó sus dudas sobre la legitimidad de una federación deportiva como la FIFA para crear una regulación que pudiera afectar una actividad económica periférica a la actividad deportiva, en este caso la de agente deportivo. Así,

«76. En lo que atañe a la legitimidad de la FIFA, que el demandante discute, para adoptar esta normativa, que no tiene una finalidad deportiva sino que regula una actividad económica accesoria a la actividad deportiva de que se trata y que afecta a libertades fundamentales, cabe efectivamente plantearse la cuestión de la facultad normativa que se atribuye una organización privada como la FIFA, cuyo objeto estatutario principal es la promoción del fútbol (véase el apartado 2 supra) en relación con los principios comunes a los Estados miembros sobre los que se basa la Unión Europea. 77. En efecto, el propio principio de la regulación de una actividad económica que no atañe ni a la especificidad deportiva ni a la libertad de organización interna de las asociaciones deportivas, por parte de un organismo de Derecho privado que no ha recibido una delegación de una autoridad pública a tal fin, no puede considerarse inmediatamente compatible con el Derecho comunitario, cuando se trata en particular del respeto de las libertades civiles y económicas».

De tal manera que, a pesar de que la sentencia fuera favorable al Reglamento FIFA –entonces cuestionado- ya que sólo se examinó lo que el mismo concernía a las normas sobre competencia, en el contenido que se acaba de transcribir «parece meridiano que se deslegitima a la a la normativa FIFA sobre agentes»[53] De hecho, como pone de relieve SEKULOVIC[54], este entramado regulador se basa en todo un aparato de reglamentos, códigos de conducta y múltiples acciones políticas y deportivas que obstruyen el funcionamiento del mercado de trabajo interno, mediante la restricción del margen de maniobra de los actores y el control sobre la profesión, pero sin realizar ni partir, por tanto, de una consulta real a los principales interesados.

Se basaba, por tanto, en la premisa de que un sistema de regulaciones deportivas es suficiente para supervisar la profesión de agente deportivo y que se podía prescindir de un espacio para el diálogo social entre el Estado, los organismos deportivos y los agentes. De este modo, «con la procura de mantener al agente deportivo alejado de los mecanismos reguladores, debido a su presunta incapacidad para implementar una autorregulación de su profesión, las autoridades deportivas han venido acordando el establecimiento de dispositivos de regulación particularmente restrictivos, aunque sin llegar a alcanzar un completo éxito en su aplicación»[55].

[53] MARÍN HITA, L., «Los agentes de deportistas», ob. cit., p. 1291. En el mismo sentido, este parecer ya había sido mostrado institucionalmente en el *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne* encargado por la Comisión Europea, ob. cit. p. 78.

[54] SEKULOVIC, A., *Profession: agent sportif. Contribution à une théorie des modèles professionnels*, ob. cit., p. 415.

[55] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

El análisis de las reglas federativas sobre la materia provoca que haya de afirmarse que en las mismas se contienen disposiciones sobre el ejercicio de la actividad profesional del agente deportivo, lo que supone que, según el cabal juicio de DE LA IGLESIA,

«(…) una asociación privada, impone previsiones formativas y requisitos de capacidad para el ejercicio de la actividad, limitando por ello la realización de dicha tarea a los sujetos habilitados a tal fin por estas entidades, por lo que pudieran estar abordándose requisitos para el acceso a una profesión o actividad profesional por parte de una entidad privada, con incidencia igualmente en cuanto al contenido de la relación, pues se alteran principios generales de los contratos, como el de la libertad de forma del artículo 1.278 del Código Civil, se determina el ámbito obligacional de la relación en algunas cuestiones, así como se obliga a la inserción de cláusulas en los contratos de representación de los deportistas para la exclusión del acceso a los Tribunales de Justicia para la resolución de las controversias derivadas de la relación, imponiéndose la resolución de los litigios derivados de la aplicación del contrato a órganos federativos internos habilitados a tal fin (…)»[56]

Todo ello, desde la perspectiva normativa española, genera una dudosa legitimidad de esta regulación , habida cuenta de la «discordancia entre reglamentación federativa y ordenamiento jurídico español»[57]. Siendo lo cierto que es incuestionable que la incidencia de contradicciones entre las previsiones de nuestro Ordenamiento jurídico y estas regulaciones deportivas expuestas, deban ser resueltas con absoluta prevalencia de las normativas europeas y estatales que resulten ser de aplicación[58]. No debe olvidarse que la reglamentación sobre los intermediarios/agentes de jugadores no fue adoptada por la FIFA en virtud de facultades normativas delegadas por las autoridades públicas en el marco de una misión o delegación considerada de interés público referida a la actividad deportiva, así como tampoco se inscribe dentro de la libertad de organización interna de las asociaciones deportivas. Se trata, pues y como se ha dicho, de una reglamentación obligatoria para las asociaciones nacionales miembros de la FIFA -que tienen que establecer una normativa análoga aprobada posteriormente por la FIFA-, para los clubes, los jugadores y los agentes de jugadores y que traduce la expresión de la voluntad de la FIFA de coordinar el comportamiento de sus miembros respecto a la actividad de los agentes de jugadores. No obstante, y ni que decir tiene, dicha normativa está sujeta al respeto de las normas comunitarias puesto que tal decisión produce efectos en la Unión europea y esta circunstancia,

[56] DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho Patrimonial Privado y Deporte*, Madrid, Editorial Reus, 2016, pp. 221-222.

[57] GÓMEZ VALLECILLO, J., ob. cit., p. 467.

[58] En tal sentido, *vid*. por todos, MARÍN HITA, L. J., «Consideraciones sobre los agentes deportivos», ob. cit., pp. 1417-1422; RODRÍGUEZ TEN, J., ob. cit., pp. 268-277; COMINO RÍOS, R., «Las cláusulas más conflictivas de los contratos de representación de los agentes de jugadores», ob. cit., p. 439; GÓMEZ VALLECILLO, J., ob. cit., pp. 465-469; CASANOVA GUASCH, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de una problemática jurídica*, ob. cit., pp. 222-242; DE LA IGLESIA PRADOS, E., ob. cit., pp. 220-227.

ISSN 2036-7821

también, resulta ser plenamente predicable respecto de la relación entre los ordenamientos jurídicos estatales y las regulaciones federativas nacionales[59].

A título de recordatorio, en este sentido y en el caso de España, bien puede traerse a colación, la aludida declaración que realizara el Consejo Superior de Deportes a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) indicándole, en relación con su entonces vigente Reglamento de Jugadores, que «(…) las relaciones que establezcan los agentes de los jugadores no causan efecto jurídico alguno sobre todas aquellas funciones de las Federaciones que sean de carácter público»[60]. De manera que resulta palmario que estas reglamentaciones federativas expuestas producen afectación, en su caso, en el ámbito interno y siempre que concurra el correspondiente sometimiento libre y voluntario de las partes. Sin que, en ningún caso, su naturaleza privada pueda ser integrada, como se acaba de exponer, en ámbito competencial federativo relativo al ejercicio de funciones públicas delegadas como justificación de lo que pudiera ser una actuación impositiva *erga omnes* que pretendiera regular el acceso a una profesión[61] o condicionar el contenido y forma de los contratos. De ahí

[59] INDRACCOLO, E., «Intermediazione fra club sportivi e atleti militanti in categorie dilettantistiche: regole federali e unitarietà dell'ordinamento negli stati membri dell'unione europea», en Actualidad Jurídica Iberoamericana, Vol. 2 bis, pp.77-104. Disponible en http://revista-aji.com/articulos/2015/77-104.pdf. Acceso 11 de enero de 2018.

[60] Asimismo, muy tempranamente señalaba MARÍN HITA, L. J., «Una lectura diferente de las decisiones de la Unión Europea acerca de la normativa FIFA relativa a los agentes de jugadores», ob. cit., p. 419, que «Los Estatutos de la FIFA, si bien establecen unos objetivos muy amplios, entre los que se encuentra la elaboración de reglamentos y disposiciones que garanticen la implementación mundial del fútbol, reconocen como principales finalidades las estrictamente deportivas. A igual conclusión se podría llegar del examen de los Estatutos de la RFEF (…). El establecimiento de una normativa sobre los agentes no se puede entender incluida en su ámbito objetivo competencial, por más que se encuentre relacionada con el mismo. El hecho de que en España las federaciones ejerzan por delegación determinadas funciones públicas no modifica en nada la conclusión anterior, sino que por el contrario la refuerza. El Real Decreto 1825/1991, de 21 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, al enumerar estas funciones, no cita ninguna que pueda darnos pie a justificar una regulación sobre los agentes. Incluso a pesar de que, abundando en lo que antes decíamos, les encomienda respecto a sus asociados las funciones de control, tutela y supervisión, hoy por hoy los agentes no forman parte de la RFEF. Aún más, aunque en el futuro lo hicieran, la regulación de los mismos (…) podría encontrar otros impedimentos. Es decir podría pensarse que se estarían excediendo los límites del control, la tutela y la supervisión encomendados».

[61] Si bien esto es una realidad en España en el plano de los deportistas profesionales y, sobre todo, en el caso de la profesión de entrenador. Como hemos puesto de manifiesto en ESPARTERO CASADO, J., «Los Proyectos de Ley de racionalización del sector público, unidad del mercado y servicios y colegios profesionales. Posibles efectos y consecuencias en la regulación de las profesiones deportivas»; «Reflexiones sobre las deficiencias asociativas del modelo federado español», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 45, 2014, pp. 45-112; «Reflexiones sobre las deficiencias asociativas del modelo federado español»", en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Asociacionismo deportivo: diagnóstico y perspectivas*, Reus, Madrid, 2017, pp. 49-75; «La afectación a la libertad negativa de asociación y su interrelación con el acceso a la prestación de servicios profesionales técnico deportivos», en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Un nuevo marco jurídico para el deporte*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 335-355. Suponiendo esta circunstancia, además y entre otras cosas, una vulneración del derecho fundamental de asociación, así como una seria fricción con la normativa del Derecho de la competencia de la UE. En este sentido, también, *vid*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *INF/CNMC/0001/15 Informe sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/779599_0.pdf. Acceso 2 de noviembre de 2017.

ISSN 2036-7821

que, acordemente con la jurisprudencia, el Reglamento de Intermediarios de la FIFA o el de la RFEF son

«(…) meros reglamentos de una sociedad privada, que deberán o podrán tener aplicación en el ámbito interno del mundo del fútbol, pero que no pueden ser invocados en el ámbito civil. Si un contrato no se realiza de acuerdo con dichos reglamentos un club o un futbolista podrá ser sancionado, o no podrá ser alineado, pero el contrato celebrado entre las partes desplegará toda su eficacia[62] en el ámbito civil, y se regirá por las normas de los contratos y obligaciones del Código Civil»[63] (FD. 7).

En definitiva, la Reglamentación FIFA y de la RFEF en materia de intermediarios/agentes de jugadores, resulta ser normativa de naturaleza privada de referencia para la interpretación de los contratos sometidos a su ámbito objetivo de aplicación. En conclusión, dicha reglamentación federativa sobre los intermediarios/agentes se constriñe al ámbito federativo y a sus propios órganos de resolución de conflictos, sin que puedan anteponerse a las disposiciones del Ordenamiento jurídico aplicable y, por tanto, la interpretación y enjuiciamiento de estas regulaciones federativas deberá ser siempre realizada atendiendo a la legislación vigente.

5. El interés de la Unión Europea en materia de regulación de los agentes deportivos.

Como se ha expuesto páginas atrás, ya en 1999, la Comisión de las Comunidades Europeas inició un procedimiento frente al Reglamento de agentes de la FIFA al entender cuestionable el mismo desde la perspectiva del Derecho comunitario. Toda vez que se iniciaron contactos con la FIFA y ésta modificó su Reglamento de agentes de jugadores hasta tener la versión del mismo que entró en vigor en 2001, cerró el procedimiento en 2002[64], admitiendo que «el criterio contenido en las nuevas reglas

[62] De tal manera que, al decir de MARÍN HITA, L. J., «Consideraciones sobre los agentes deportivos», ob. cit., p.1422, «Por otra parte nunca podrá, sobre la base de la no obtención de la licencia de la Federación Internacional de Fútbol Asociación, negársele a un agente que realmente ha intervenido en la contratación de un jugador la comisión estipulada a la que tiene derecho. »Al respecto, resulta ser absolutamente recomendable consultar las consideraciones de RODRÍGUEZ TEN, J., en relación con la eficacia civil y deportiva de los contratos celebrados con agentes no licenciados, ob. cit., pp. 303-313.

[63] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), de 8 julio de 2008. Ésta es, por lo demás, la doctrina a que básicamente ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el contexto de la figura de los agentes/intermediarios y sus relaciones, sin perjuicio de que «(…) Precisamente, y en relación a los usos, puede servir, según ya es expusimos, como criterio interpretativo los Reglamentos de la FIFA, traspuestos por la RFEF» (STS, Sala 1ª de lo Civil, de 24 de febrero de 2017, FD. 7º). De modo que, según, CASANOVA GUASCH, F., *El estatuto jurídico del agente de deportistas. Estudio de una problemática jurídica*, Reus, Madrid, 2015, p. 662, «la normativa federativa sobre agentes de deportistas rebasa la función propiamente organizativa de estos entes asociativos, por lo que su aplicabilidad queda prácticamente reducida al ámbito federativo y de los órganos arbitrales de resolución de conflictos, mientras que tienen escasa virtualidad cuando son invocadas ante los tribunales ordinarios de justicia».

[64] I P/02/585. Brussels, 18 April 2002.

ISSN 2036-7821

para acceder a la profesión son objetivas y transparentes y no constituyen una limitación al acceso a las personas» que quieran ejercer la profesión de agente.
Contra tal Decisión el Sr. Laurent Piau, agente de deportistas francés, interpuso demanda ante el TPIUE, interviniendo la FIFA en el procedimiento en apoyo a la Comisión. El TPIUE resolvió a favor de la Comisión Europea desestimando la demanda, en su sentencia de 26 de enero de 2005. Tal sentencia fue recurrida ante el TJUE, que por Auto de 23 de febrero de 2006 en el Asunto C-171/05P, acordó desestimar el recurso de casación.
Las líneas fundamentales de esta resolución judicial del TPIUE pueden resumirse en los siguientes términos. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia constata que los clubes de fútbol y las asociaciones nacionales que los agrupan son respectivamente empresas y asociaciones de empresas en el sentido del Derecho comunitario de la competencia; por consiguiente, la propia FIFA, que reúne a las asociaciones nacionales, es una asociación de empresas. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia señaló que el Reglamento sobre los agentes de jugadores constituye una decisión de una asociación de empresas. En efecto, el agente de jugadores desempeña con regularidad una actividad remunerada que lleva a un jugador al establecimiento de una relación laboral con un club, o a dos clubes a acordar un contrato de transferencia. Se trata, por consiguiente, de una actividad económica de prestación de servicios que no se encuadra dentro de la especificidad deportiva tal como la define la jurisprudencia.
Por lo que respecta a la legitimidad de la FIFA para adoptar esta normativa, el Tribunal de Primera Instancia subraya que el propio principio de la regulación de una actividad económica que no atañe ni a la especificidad deportiva ni a la libertad de organización interna de las asociaciones deportivas, por parte de un organismo de Derecho privado, como la FIFA, que no ha recibido una delegación de una autoridad pública a tal fin, no puede considerarse inmediatamente compatible con el Derecho comunitario, cuando se trata en particular del respeto de las libertades civiles y económicas. Tal regulación forma parte, en principio, de las competencias de las autoridades públicas. No obstante, el recurso del Sr. Piau atañe a la legalidad de una decisión adoptada por la Comisión a raíz de una denuncia presentada en virtud del Derecho comunitario de la competencia. La Comisión, por tanto, sólo podía ejercer las facultades de las que dispone en este marco. El control jurisdiccional se circunscribe necesariamente a las normas sobre la competencia y a la apreciación efectuada por la Comisión acerca de las violaciones de dichas normas por parte del Reglamento de la FIFA. Este control sólo puede extenderse a la observancia de otras disposiciones del Tratado y principios fundamentales en la medida en que su vulneración revele una violación de las normas sobre la competencia.

ISSN 2036-7821

Asimismo, el TPIUE consideró que la Comisión no efectuó una apreciación manifiestamente errónea cuando estimara que la modificación del Reglamento inicial efectuada por la FIFA eliminó los principales aspectos de éste contrarios a la competencia. En particular, la Comisión obró correctamente al considerar que el examen presentaba garantías de objetividad y de transparencia satisfactorias, que la obligación de contratar un seguro profesional no constituía una exigencia desproporcionada y que las disposiciones del Reglamento relativas a la remuneración del agente de jugadores no constituían una fijación de precios impuestos en el sentido del Derecho de la competencia.

De otra parte, el Tribunal señaló que la exigencia de una licencia para ejercer la profesión de agente de jugadores constituye una barrera al acceso a esta actividad económica y afecta al juego de la competencia. Por consiguiente, sólo puede admitirse en la medida en que el Reglamento modificado contribuya a fomentar el progreso económico, reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, no imponga restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos y no elimine la competencia, lo cual le permitiría acogerse a una exención. Así pues, se consideró que la Comisión no incurrió en un error manifiesto de apreciación al estimar que las restricciones derivadas de la obligatoriedad de la licencia podían acogerse a tal exención. En efecto, la necesidad de profesionalización y moralización de la actividad de agente de jugadores con el fin de proteger a estos últimos, cuya carrera es breve, el hecho de que el sistema de licencias no elimine la competencia, la inexistencia casi general de regulaciones nacionales y la ausencia de una organización colectiva de los agentes de jugadores son circunstancias que justificaban la intervención normativa de la FIFA.

Por último, el TPIEU no coincidió con la Comisión al considerar que la FIFA, que emana de los clubes, goza por ello de una posición dominante en el mercado de los servicios de los agentes de jugadores. Toda vez que el Reglamento de la FIFA no impone restricciones cuantitativas al acceso a la actividad de agente de jugadores que sean perjudiciales para la competencia, sino restricciones de carácter cualitativo tendentes a alcanzar, con el transcurso del tiempo, la profesionalización y moralización de dicha actividad, de modo que pudieran estar justificadas. Concluyéndose, por tanto, que la actuación de la FIFA en este mercado no constituía un abuso de posición dominante.

A partir de aquí, el interés de las instituciones europeas por la actividad de los agentes de los deportistas, sobre todo en el contexto del fútbol, fue *in crescendo*, dada la fricción que la misma virtualmente podría generar en el pretendido ámbito de conciliación entre el deporte y el Derecho comunitario. De ahí la proliferación de iniciativas comunitarias que, en los años posteriores, se llevaron a cabo por sus instituciones y que, a continuación, pasamos a relacionar.

ISSN 2036-7821

5.1. El Libro Blanco sobre del Deporte de la UE.

En octubre de 2006, a raíz de una iniciativa de la Presidencia británica, se publicó y se remitió oficialmente a la Comisión Europea un estudio titulado *Informe independiente sobre el deporte europeo*[65], conocido más comúnmente como Informe Arnaut debido al nombre de su autor, José Luis Arnaut, antiguo Viceprimer Ministro portugués. En el informe[66], entre otras cosas[67], se recomienda que las Instituciones de la UE hagan uso de los instrumentos pertinentes para proporcionar la cobertura y garantía jurídica en relación con el deporte, constituyendo una de tales cuestiones la necesidad de una directiva que regulara concretos aspectos[68] de dicha actividad profesional.

El Parlamento Europeo tuvo en cuenta dicho estudio al elaborar su Resolución de 29 de marzo de 2007 sobre el futuro del fútbol profesional en Europa (2006/2130/(INI))[69], haciéndose suya la citada recomendación[70] realizada en el Informe. Sin embargo, sería el *Libro Blanco sobre el Deporte* que aprobó la Comisión Europea el 11 de julio de 2007[71], el documento que se señala[72] como el punto de inicio de la actividad de la UE en el contexto de los agentes de deportistas. Así, la Comisión declaraba en el mismo que

---

[65] La iniciativa de realizar el informe surgió en diciembre de 2005, apoyada por cinco ministros de la UE, entre ellos España", además de por la UEFA y la FIFA. Sin embargo, dicha iniciativa ***motivó la siguiente pregunta escrita del parlamentario europeo Mathieu Grosch (PPE-DE) a la Comisión «¿Podría indicar la Comisión cómo se financió este estudio? ¿Qué papel activo desempeñó la UEFA en la financiación del estudio y en la elección de los expertos que lo realizaron?». Vid. DO C 191, de 29 de julio de 20007.***

[66] Disponible en http://www.munideporte.com/imagenes/documentacion/ficheros/20070410142436informe_independiente_deporte_europeo_2006.pdf. Acceso 1 de diciembre de 2017.

[67] *Vid*. GARCÍA SILVERO, E. A., «Caminando hacia un Derecho Comunitario del deporte. Una propuesta inicial a través del Informe Independiente sobre el Deporte Europeo 2006», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 18, 2006, pp. 409-410.

[68] «Una directiva para los agentes de los jugadores europeos que incluya cláusulas que abarquen lo siguiente: estrictos criterios de examen, mayor transparencia, estándares mínimos para los contratos de los agentes, control eficaz y sanciones disciplinarias por parte de los órganos de gobierno deportivo europeos, la introducción de un "sistema de licencias para agentes", la prohibición de la "doble representación" y otros conflictos de intereses, y un sistema basado en el pago de los jugadores a los agentes».

[69] DO C 27 E de 31.1.2008, p. 232.

[70] «(…) habida cuenta de la realidad económica en la que intervienen actualmente los agentes de los jugadores, las instancias del fútbol de todos los niveles tienen la obligación de mejorar en concertación con la Comisión la normativa aplicable a los agentes; pide, a este respecto, a la Comisión que apoye los esfuerzos de la UEFA para regular a los agentes de los jugadores, si es preciso presentando una propuesta de Directiva relativa a los agentes de los jugadores que debería incluir una serie de normas y criterios de examen estrictos que habría de cumplir toda persona para poder ejercer la actividad de agente de jugadores de fútbol, normas sobre la transparencia de las transacciones de los agentes, normas mínimas armonizadas para el establecimiento de los contratos de los agentes, la creación por las instancias europeas de un régimen eficaz de control y de sanciones disciplinarias, la creación de un sistema de concesión de licencias a los agentes y de un registro de los mismos, así como la prohibición de la denominada "doble representación" y el pago de los agentes por los jugadores» (aptdo. 44).

[71] COM/2007/0391 final.
Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/sport/l35010_es.htm. Acceso 1 de diciembre de 2017.

[72] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit., p. 2.

ISSN 2036-7821

«El desarrollo de un auténtico mercado europeo de jugadores y el aumento del nivel de los sueldos de estos en algunos deportes han dado lugar al incremento de las actividades de los agentes. En un entorno jurídico cada vez más complejo, muchos jugadores (y clubes deportivos) recurren a los servicios de agentes para negociar y firmar los contratos. (…) Existen informes de prácticas irregulares en las actividades de algunos agentes que se han traducido en casos de corrupción, blanqueo de dinero y explotación de jugadores menores de edad. Estas prácticas perjudican al deporte en general y suscitan importantes cuestiones en materia de gobernanza. Es necesario proteger la salud y la seguridad de los jugadores, en particular de los menores, y combatir las actividades delictivas. (…) Por otro lado, los agentes están sujetos a normativas que difieren de un Estado miembro a otro. Algunos Estados miembros han introducido legislación específica sobre agentes de jugadores, mientras que, en otros, la ley aplicable es la ley general relativa a las agencias de colocación, pero con referencia a los agentes de jugadores. Además, algunas federaciones internacionales (como la FIFA o la FIBA) han establecido sus propias normativas. (…) Por todo ello, se ha instado repetidamente a la UE para que regule la actividad de los agentes de jugadores a través de una iniciativa legislativa»[73].

5.2. La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco sobre el deporte.

La posición del Parlamento europeo en la materia vendría determinada por la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Blanco sobre el deporte*[74] (2007/2261(INI)), de 8 de mayo de 2008. Así, tras considerar que «(…) resulta necesaria una formación específica destinada a los agentes de los jugadores y a sus representantes», solicitaba de la Comisión «que aclare cuál es el estatuto del deporte en la legislación de la UE con respecto a algunos puntos específicos, como (…) los agentes de jugadores(…)» (aptdo. 14).

Asimismo, en el apartado de *Asuntos relativos al empleo de los deportistas*, realizaba las siguientes consideraciones en relación con la situación de los agentes deportivos y su actividad profesional:

«100. Desaprueba las prácticas ilegales de algunos representantes de jugadores profesionales de élite, que han llegado hasta la corrupción, el blanqueo de dinero y la explotación de jugadores o de deportistas menores, ya que, en su opinión, estas prácticas perjudican al deporte en general; está convencido de que la realidad

[73] Asimismo, adquiría el compromiso de que «41. la Comisión llevará a cabo una evaluación de impacto para obtener una visión clara de las actividades de los agentes de jugadores en la UE, así como una evaluación destinada a determinar si es necesario actuar a nivel europeo y, al mismo tiempo, a analizar las diferentes opciones posibles». Que se vio cumplido, como se ha dicho, con el encargo y posterior publicación del *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*.

[74] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0198+0+DOC+XML+V0//ES. Acceso 1 de diciembre de 2017.

ISSN 2036-7821

económica que rodea actualmente a los agentes de jugadores exige de los organismos directivos del deporte a todos los niveles que, en consulta con la Comisión, mejoren las normas que rigen dichos agentes; pide al respecto a la Comisión que apoye los esfuerzos que hacen dichos órganos rectores para regular la actividad de los agentes de jugadores, presentando si es necesario una propuesta de Directiva sobre dichos agentes; apoya las colaboraciones público-privadas entre los organismos que representan los intereses del deporte y las autoridades encargadas de luchar contra la corrupción, que contribuirán a elaborar estrategias eficaces de prevención y represión de este fenómeno; (…) 101. Señala que el reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los agentes de los jugadores se encuentra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales cuando la profesión esté sometida a normas nacionales; (…) 107. Considera que los agentes de jugadores deberían desempeñar una función dentro de un diálogo social reforzado en los deportes, lo que, junto con una mejor reglamentación y un sistema europeo de licencias para los agentes, protegería asimismo contra los casos de actuación ilegal por parte de los agentes».

5.3. La Resolución del Parlamento Europeo sobre los agentes de los jugadores en el deporte.

Posteriormente, el 17 de junio de 2010, el Parlamento Europeo volvería a pronunciarse sobre la figura de los agentes deportivos en la Resolución del Parlamento Europeo sobre los agentes de los jugadores en el deporte (2011/C236E/14)[75]. Con base en los estudios e informes anteriores, se consignan en la Resolución una serie de problemas graves suscitados en el seno de la actividad profesional de los agentes deportivos y pone de relieve que es necesario tomar alguna decisión para tratar de paliar la situación existente en este contexto, señalando que la falta de una regulación a nivel comunitario y, sobre todo, la falta de mecanismos coercitivos a nivel europeo suponen la práctica la imposibilidad de controlar debidamente la corrección de la actuación de los agentes[76].

«3. Muestra su especial preocupación por los resultados del estudio en lo que atañe a las actividades delictivas relacionadas con el deporte y por los casos citados en que el deporte se ha visto afectado por el crimen organizado asociado a actividades de agentes de jugadores; considera que esta evolución perjudica a la imagen del deporte, a su integridad y, en último término, a su función en la sociedad; (…) 4. Toma nota de la conclusión a la que se llega en el estudio de que los agentes

[75] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0233&language=ES&ring=B7-2010-0343. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[76] Un análisis más detenido del mismo puede verse en PARDO GONZÁLEZ, M., «Los agentes deportivos: breve comentario de la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2010 sobre los agentes de jugadores en el deporte», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 803, 2010, 1-3.

ISSN 2036-7821

deportivos son protagonistas de flujos económicos que no siempre son transparentes y que les hacen propensos a actividades ilegales; (…) 5. Observa que el estudio pone de manifiesto la opacidad inherente a los sistemas de transferencias, en especial en los deportes de equipo, que son propicios para actividades ilegales en las que estén implicados agentes y también clubes y jugadores; (…) 6. Destaca la especial vulnerabilidad de los jugadores jóvenes y el riesgo de que se conviertan en víctimas del tráfico de seres humanos; (…) 7. Subraya la responsabilidad concreta de los agentes de los jugadores y de los clubes, en especial frente a los jugadores jóvenes, y les pide, por tanto, que asuman esta responsabilidad, en especial por lo que se refiere a la educación y la formación profesional de los jugadores jóvenes; (…) 8. Destaca la conclusión del estudio de que las normativas en materia de agentes establecidas por las federaciones deportivas tienen básicamente la finalidad de controlar el acceso a la profesión y de regular su ejercicio, mientras que estos organismos sólo disponen de facultades limitadas de supervisión y sanción, ya que carecen de instrumentos de control o acción directa sobre los agentes deportivos que no tienen registrados y tampoco están facultados para imponer sanciones civiles o penales; (…) 9. Comparte la opinión de los órganos rectores del deporte y de las partes interesadas en este ámbito de que se han de adoptar medidas para abordar los problemas de integridad y credibilidad del deporte y de sus actores; (…) 10. Estima que suprimir el actual sistema de licencias de la FIFA para los agentes de los jugadores sin establecer un sistema alternativo sólido no es la forma adecuada de solucionar los problemas relativos a los agentes de los jugadores de fútbol; (…) 11. Celebra el esfuerzo realizado por los órganos rectores del deporte para aumentar la transparencia y la supervisión de los flujos económicos; (…) 12. Pide al Consejo que intensifique los esfuerzos de coordinación en la lucha contra las actividades delictivas relacionadas con las actividades de los agentes, incluidos el blanqueo de dinero, el amaño de partidos y el tráfico de seres humanos; (…) 13. Se remite a la sentencia citada en el asunto T-193/02, en la que el Tribunal afirmó que la regulación de las actividades de los agentes de los jugadores que corresponde al control de una actividad económica y afecta a libertades fundamentales forma parte, en principio, de las competencias de las autoridades públicas; (…) 14. Recuerda que en la misma sentencia el Tribunal reconoció que las federaciones como la FIFA están facultadas para regular la profesión de agente en la medida en que el objetivo de la regulación consista en propiciar la profesionalización y la moralización de la actividad de los agentes con el fin de proteger a los jugadores y dicha regulación no sea contraria a la competencia; recuerda que, en su conjunto, los agentes no está organizados profesionalmente y que la profesión apenas está regulada en los Estados miembros; 15. Tiene la convicción de que en un contexto de actividades transfronterizas y regulaciones nacionales divergentes en materia de deporte, la eficacia de los controles y la imposición de sanciones sólo pueden lograrse con un esfuerzo conjunto de los

ISSN 2036-7821

órganos rectores del deporte y las autoridades públicas; (…) 16. Constata que, mientras que las actividades de los agentes están ampliamente reguladas a escala nacional e internacional por los organismos deportivos de algunas disciplinas, son muy escasos los Estados miembros que han aprobado leyes específicas en materia de agentes deportivos; 17. Considera que vista la confusa diversidad de regulaciones aplicables a las actividades de los agentes deportivos, resulta necesaria una solución coherente en toda la UE para evitar lagunas debidas a una regulación imprecisa y conseguir un seguimiento y un control adecuados de las actividades de los agentes; (…) 18. Reitera su llamamiento en favor de una iniciativa de la UE relativa a las actividades de los agentes de los jugadores que debería tener como objetivos: (…) normas y criterios de examen estrictos antes de que alguien pueda actuar como agente de jugadores, (…) la transparencia en las operaciones realizadas por los agentes, (…) la prohibición de remuneración a los agentes en el caso el traspaso de menores, (…) normas mínimas armonizadas para los contratos de los agentes, un sistema eficaz de vigilancia y disciplina, (…) el establecimiento de un "sistema de licencias de agentes"» y un registro de agentes para toda la UE, (…) el final de la "representación dual", una remuneración gradual que dependa del cumplimiento del contrato».

5.4. La Conferencia de la Unión Europea sobre agentes deportivos de noviembre de 2010.

Los días 9 y 10 de noviembre de 2010 se celebró en Bruselas una Conferencia sobre los agentes de deportistas, organizada por la Comisión Europea. El objetivo de la conferencia, que reunió a todos los estamentos del fútbol (asociaciones nacionales, ligas, clubes, jugadores y agentes), así como a representantes de otros deportes de equipo, era valorar la situación actual con respecto a los agentes de jugadores, y estudiar posibles soluciones a los problemas identificados.

El primer día, después de los discursos introductorios pronunciados por los representantes de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y la Presidencia polaca de la Unión Europea la primera jornada de la conferencia concluyó con un debate entre un grupo de representantes de las ligas y clubes europeos, así como de los sindicatos de jugadores y de agentes deportivos, en el que se discutieron los numerosos asuntos abordados. En la segunda jornada, la conferencia analizó más detenidamente los modelos que regulan los representantes de jugadores en el baloncesto[77].

[77] Un cumplido resumen de la misma puede verse en RODRÍGUEZ TEN, J., ob. cit., pp. 163-170.

ISSN 2036-7821

5.5. El Informe del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea del deporte.

Con ocasión del pleno del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, se aprobó la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea en el deporte*[78] (2011/2087(INI)), sobre la base del informe elaborado por el ponente del mismo, el eurodiputado por Santiago Fisas. Si el Tratado de Lisboa dotó a la Unión Europea de una nueva competencia en el deporte, este informe es el primero sobre el tema que elaboró el Parlamento Europeo. El documento enuncia los principios rectores de la Unión Europea en materia de deporte e insta a la Comisión para la ejecución de determinadas políticas en ejercicio de la recién estrenada competencia comunitaria en materia deportiva.

El informe cubre una gran variedad de aspectos dentro del mundo del deporte, como son la lucha contra el dopaje, la corrupción y blanqueo de capitales, la promoción de las funciones sociales y culturales del deporte, la necesidad de la lucha contra la discriminación y la necesidad de transparencia y participación de los aficionados en la estructura de gobierno del mismo[79]. En esta contextualización, a lo largo de la Resolución se hace una prolija referencia a los agentes deportivos «Considerando que la regulación de la actividad de los agentes de los jugadores requiere una concertación entre los órganos rectores del deporte y las autoridades públicas, de modo que se puedan imponer sanciones efectivas a los agentes o intermediarios que incumplan las normas» (Considerando AQ).

A partir de aquí, se realizan las siguientes menciones,

«(…) 75. Considera que la profesión de agente deportivo debería ser una actividad profesional regulada, sometida a la obtención de una cualificación oficial adecuada y que la residencia fiscal de los agentes deportivos debe estar en el territorio de la Unión en aras de la transparencia; pide a la Comisión que elabore y aplique, en colaboración con las federaciones deportivas, los sindicatos de jugadores y las asociaciones de agentes, un sistema de licencias y registro europeo acompañado de un código de conducta y un mecanismo sancionador; (…) 76. Propone que las federaciones deportivas creen un registro europeo no público de agentes de deportes, en el que dichos agentes relacionen los jugadores a quienes representan, a fin de proteger a los atletas, en particular los menores de 18, de forma que se limite el riesgo de conflictos de intereses; considera que el pago de honorarios de los agentes por razón de las transferencias se debe efectuar en varios tramos a lo largo de la duración del contrato, del que el deportista es parte contratante en virtud de la transferencia,

[78] Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012IP0025&rid=4. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[79] Sobre el mismo puede verse un detallado y completo análisis en ORDOÑEZ SOLÍS, D., «Europa en juego: ¿por qué en el deporte europeo Bosman ha sido más decisivo que Cruyff? A propósito de la Resolución, de 2 de febrero de 2012, del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea del deporte», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 35, 2012, pp. 171-1994.

ISSN 2036-7821

dependiendo el pago completo del cumplimiento de dicho contrato; (…) 77. Pide a los Estados miembros que complementen las disposiciones reguladoras existentes sobre agentes e intermediarios de los jugadores con sanciones disuasorias, y que apliquen rigurosamente dichas sanciones; (…) 78.Pide a los órganos rectores del deporte que aumenten la transparencia en relación con las actividades de los agentes de los jugadores y que cooperen con las autoridades de los Estados miembros para erradicar la corrupción; (…) 87. Expresa su honda inquietud ante los graves actos ilegales que se cometen en el deporte, como el blanqueo de capitales, y pide a los Estados miembros que intensifiquen su cooperación para abordar estas cuestiones y asegurar una mayor transparencia en las transacciones financieras realizadas como parte de las operaciones de fichaje de jugadores y de las actividades de los agentes».

5.6. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del Plan de Trabajo Europeo para 2011-2014.

Con el fin de desarrollar la dimensión europea del deporte, el Consejo aprobó un plan de trabajo de tres años que detallara las acciones que debieran poner en marcha los Estados miembros y la Comisión. Para el apoyo y refuerzo de la ejecución del plan de trabajo, se introdujeron métodos de trabajo jamás utilizados en el ámbito del deporte. En particular, *grupos de expertos*[80] creados por la Comisión y los países de la UE en los ámbitos siguientes: lucha contra el dopaje, buena gobernanza en el deporte, educación y formación en el deporte, salud y participación, estadísticas deportivas y financiación sostenible del deporte. Asimismo, se han aplicaron estructuras de diálogo reforzadas y se pidió a la Comisión a que elaborara un informe sobre la ejecución del plan de trabajo publicado en enero de 2014, que hubiera de servir de base para un nuevo plan de trabajo aplicable a partir de mediados de 2014. En cumplimiento de esta petición se presentó el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 enero de 2014, sobre la aplicación del Plan de Trabajo Europeo para el deporte para 2011-2014*[81] (COM(2014) 022 final).

En el mismo, y en relación con la *Acción 5: tratar las cuestiones señaladas en relación con el acceso a la profesión de agente deportivo y su supervisión y con el traspaso de jugadores entre equipos deportivos*, se significó que

[80] El Grupo de Expertos en Buen Gobierno (XG GG) fue creado por el Consejo en la adopción del Plan de Trabajo de la Unión Europea para el Deporte para los años 2011-2014 con la obligación de informar y asesorar al Consejo en la materia. Sobre el Grupo de Trabajo *Buena Gobernanza*, encargado de ocuparse de estudiar la regulación de los agentes deportivos deben verse las consideraciones de TEROL GÓMEZ, R., «La regulación de los agentes en el deporte como objeto de atención por las autoridades comunitarias», ob. cit., pp. 795-796.

[81] Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52014DC0022. Acceso 1 de diciembre de 2018.

«Los resultados de 2013 del estudio independiente sobre los aspectos económicos y jurídicos del traspaso de jugadores, el estudio sobre los agentes deportivos en la UE y las conclusiones de la conferencia de la UE sobre los agentes deportivos han constituido la base de la labor del grupo de expertos «Buena Gobernanza» en relación con la acción 5. Las recomendaciones adoptadas por el grupo deben considerarse en el contexto de los actuales trabajos emprendidos por la FIFA para reformar su sistema de concesión de licencias a los agentes de jugadores. Si bien los trabajos del grupo se centraron principalmente en el fútbol, también se abordaron en los debates otros deportes de equipo. (…) Las recomendaciones del grupo se dirigen sobre todo a las partes interesadas del deporte, como reconocimiento de la importancia de la autonomía del mundo del deporte a la hora de establecer su normativa, al tiempo que recuerdan la necesidad de respetar la legislación aplicable, en particular la legislación de la UE. Se invita al mundo del deporte a mejorar la transparencia de las operaciones en las que participen jugadores y agentes y a reforzar la protección de los deportistas más jóvenes. La Comisión considera que los Comités de diálogo social sectorial de la UE constituyen un foro adecuado para debatir la relación entre las recomendaciones y la aplicación del Derecho laboral».

5.7. Resolución del Parlamento Europeo sobre un enfoque integrado de la política del deporte: buena gobernanza, accesibilidad e integridad.

A partir de la ratificación del Tratado de Lisboa la Unión Europea asumió, como se ha dicho, ciertas competencias en política de deportes. Siete años después, el Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, dictaba la *Resolución del Parlamento Europeo sobre un enfoque integrado de la política del deporte: buena gobernanza, accesibilidad e integridad*[82] (2016/2143 (INI). La misma tiene por objeto la evaluación de la trayectoria de esta política. Basándose en el Informe Fisas sobre la dimensión europea en el deporte, se propone como uno de sus objetivos el establecer directrices y recomendaciones para el trabajo de la Comisión Europea sobre la evaluación de la ejecución de la política y orientar a los Estados miembros y al sector organizado del deporte, en colaboración con las autoridades públicas nacionales y europeas. El informe[83] se divide en tres temas principales: integridad, buena gestión y accesibilidad. Precisamente, entre las propuestas para tratar los problemas de integridad mediante acciones concretas, se consigna, entre otras, un registro de transparencia para agentes deportivos para aportar más transparencia en el deporte. De modo que el Parlamento Europeo

[82] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0012+0+DOC+XML+V0//ES. Acceso el 1 de diciembre de 2017.

[83] Es muy recomendable el compendioso comentario que, con notable acierto, realiza sobre el mismo GARCÍA CABA, M., «El buen gobierno deportivo y el derecho de la unión europea: situación actual y perspectivas de futuro», en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, nº 55, 2017, pp. 395-426.

«42. Reitera su petición de que se creen registros de transparencia para el pago de los agentes deportivos respaldados por un sistema de control eficiente, como un centro de compensación para pagos y sanciones apropiadas, en colaboración con las autoridades públicas pertinentes, para hacer frente a las malas prácticas de los agentes; reitera su petición de que se creen licencias y registros de agentes deportivos y se introduzca un nivel mínimo de cualificaciones; solicita a la Comisión que realice un seguimiento de las conclusiones de su «Estudio sobre agentes deportivos en la Unión Europea», en particular con respecto a la observación de que los agentes son una pieza clave en los flujos económicos que no suelen ser transparentes, lo que hace que aquellos sean propensos a realizar actividades ilegales».

6. La permanente tensión entre las normativas federativas y la normativa de la competencia.

Como se ha dejado constancia, la voluntad reglamentaria de la FIFA en materia de agentes/intermediarios deportivos, a partir de su Reglamento de 2015, se hace descansar en la transparencia de las transferencias internacionales de jugadores para obtener las cifras reales de los intermediarios involucrados, así como el monto real de su volumen de negocios. Es cierto, también, que este objetivo parece que está viendo cumplido sus fines si se atiende al muy ilustrativo informe *Club Licensing Benchmarkin–The European Club Footballing Landscape*[84], publicado por la UEFA, en cuanto que revela que los agentes ingresaron, entre 2014 y 2017, 2.500 millones de euros por intervenir en los traspasos de futbolistas, tal y como como acreditan los casi 2.000 fichajes consignados en los registros federativos. De modo que, de los 19.000 millones de euros invertidos por los clubes en fichajes durante estos cuatro años, se calcula que la comisión media que se cobró en estas operaciones, fue del 12,6%[85], aunque esta media varíe según los países[86]. No obstante, esta cifra no refleja, en todo caso, el volumen total de negocio generado por el mercado de fichajes, ya que el análisis de la UEFA se ciñe a operaciones en las que intervinieron clubes que hubieran participado en competiciones europeas en ese periodo de tiempo. Esperándose que, en el futuro, ese análisis podrá ser más exhaustivo y trasparente, ya que desde 2016 la UEFA obliga a las federaciones nacionales a registrar todas las comisiones pagadas por los clubes a los representantes.

[84] UEFA, *Club Licensing Benchmarkin – The European Club Footballing Landscape*, 2018, pp. 44-53. Disponible en https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/OfficialDocument/uefaorg/Clublicensing/02/53/00/22/2530022_DOWNLOAD.pdf. Acceso 1 de marzo de 2018.

[85] *Ibidem*.

[86] De modo que esta cantidad percibida por los agentes, constituye un Los porcentajes que se embolsan los intermediarios son muy dispares. Desde el 9% que se llevan de media en operaciones de más de 5 millones de euros hasta el 40% por un traspaso tipo inferior a 100.000 euros. La UEFA incluso ha tenido constancia de comisiones superiores al 100% del coste del fichaje en 32 movimientos que superaron el millón de euros. En Dinamarca es del 21% mientras que España registra con Israel el porcentaje más bajo: 8%.

ISSN 2036-7821

Sobre la base de esta finalidad, como se ha dejado dicho, se ha llevado a cabo con el nuevo Reglamento FIFA una liberalización de la actividad de los agentes. La cual comienza por su propia designación, eliminando el término agentes sustituyéndolo por el de intermediarios, integrando en esta categoría, junto a las personas físicas, también a personas jurídicas y suprimiendo la necesidad de licencia alguna, así como la contratación de un seguro. Sin embargo, todas estas innovaciones y sus resultados no han suscitado en Europa los parabienes de la profesión en la misma medida. A título ejemplar destaca el caso de la *Italian Association of Football Agent* (IAFA), cuyo Presidente, Sr. Cristian Bosco, presentó la Petición nº 0736/2014 ante la Comisión Europea,

«(…) expresando su oposición a la decisión de la FIFA de anular los reglamentos relativos a las actividades de los agentes de jugadores y otros intermediarios que operan en el negocio del fútbol. Según la petición, la decisión provoca mucha confusión entre los jugadores sobre cuestiones relacionadas con sus contratos, por lo que tienen que contratar a un abogado o a otro asesor que los ayude. La petición afirma asimismo que los intermediarios incompetentes no están sometidos a un control centralizado ni están sujetos a controles desde una perspectiva ética o profesional. A consecuencia de ello, los poderosos grupos de presión económicos tienen un monopolio completo en relación con los intermediarios, lo que puede provocar que organizaciones delictivas entren en el mundo del fútbol. La petición propone que se revoque la decisión de la FIFA de anular los reglamentos, y que la cuestión sea investigada por un órgano formado por abogados familiarizados con la legislación de la Unión, el derecho civil y el derecho deportivo sobre la decisión de la FIFA relativa a agentes de jugadores y clubes»[87].

Admitida a trámite el 13 de marzo de 2015, se pidió a la Comisión Europea que facilitara información. La respuesta de la Comisión fue recibida el 30 de mayo de 2016 y en la misma se significaba que el Reglamento FIFA de Intermediarios

«(…) permite a las asociaciones nacionales de fútbol regular sus propios sistemas relativos a los intermediarios de los jugadores, siempre y cuando respeten una serie de requisitos mínimos obligatorios. Queda a discreción de cada asociación de fútbol supervisar a los intermediarios; cada asociación debe establecer un sistema de registro. (…) Un grupo de expertos sobre buena gobernanza establecido en el marco del Plan de Trabajo de la Unión Europea para el Deporte para 2011-2014, que incluye representantes de la Comisión, de los Estados miembros y los principales interesados, adoptó un conjunto de recomendaciones sobre la supervisión de las actividades de los agentes deportivos (y sobre el traspaso de los jugadores) en diciembre de 2013; estas recomendaciones se presentaron al Consejo de la Unión Europea en marzo de 2014. El grupo llegó a la conclusión, en general, de que en ese

[87] Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-584.022&format=PDF&language=ES&secondRef=02. Acceso 6 de marzo de 2018.

ISSN 2036-7821

momento el marco legal era adecuado y que las partes interesadas del deporte eran las más indicadas para regular sus propias actividades con la asistencia de la Unión, cuando fuera necesario. (…) Con respecto al nuevo Reglamento de la FIFA sobre las relaciones con intermediarios, todavía no está claro cuáles son sus consecuencias en cuanto a posibles discrepancias en la aplicación y el cumplimiento de este Reglamento en diferentes países. Podría ser que los Estados miembros vayan más allá de los requisitos mínimos del Reglamento e introduzcan normas más estrictas que podrían impedir la libertad de circulación. Además, está la cuestión del mutuo reconocimiento de calificaciones, el comportamiento anticompetitivo, la inseguridad jurídica general y los riesgos implícitos del aumento de la corrupción. (…) Se han celebrado reuniones entre asociaciones nacionales, agentes y ligas en las que expresaron sus opiniones. En febrero de 2016, la Comisión Europea celebró una reunión con una serie de partes interesadas para lograr una mejor comprensión común de los posibles ámbitos de conflicto en cuanto a la aplicabilidad general del Reglamento de la FIFA sobre las relaciones con intermediarios en la Unión. La reunión confirmó que una aplicación fragmentada de este Reglamento podría impedir el correcto funcionamiento del mercado»[88].

Efectivamente, estas pesimistas previsiones de la Comisión se verificaron para la IAFA, como consecuencia de la aprobación del *Regolamento per i Servizi di Procuratore Sportivo* de la *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (en adelante RFIGC), que entró en vigor el 1 de abril de 2015[89]. El motivo de su queja le llevó a presentar su reclamación, en el contexto de la jurisdicción contencioso-administrativa, ante el *Tribunale Amministrativo regionale del Lazio-Roma*, entre otras cosas[90], sosteniendo, que la recomendación realizada por el Reglamento FIFA de fijar la comisión total debida al intermediario en el 3% sobre los ingresos básicos brutos percibidos por el jugador –y traspuesta en el artículo 6. 3 del RFIGC-, suponía el establecimiento de un precio máximo mucho más bajo que el pudiera corresponder a la dinámica normal del funcionamiento del mercado y, por tanto, constituía una restricción objetiva de la competencia y una violación del artículo 101. 1. a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), que prohíbe expresamente «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de

[88] *Ibidem*.

[89] Disponible en http://www.figc.it/Assets/contentresources_2/ContenutoGenerico/28.$plit/C_2_ContenutoGenerico_3818_Sezioni_lstSezioni_0_lstCapitoli_0_upfFileUpload_it.pdf. Acceso 6 de marzo de 2018.

[90] Su queja por, la «supresión ilegítima» del régimen de licencias que garantizaba una mayor transparencia y alentaba «la ética y la profesionalidad» en el acceso a la actividad de agente, así como establecimiento de motivos atípicos para la terminación de los efectos del contrato, la renuncia a la confidencialidad de las condiciones contractuales acordadas entre las partes, etc.

ISSN 2036-7821

transacción»[91]. Reclamación esta y las que la acompañaban, que fueron rechazadas por el Tribunal[92].

De nuevo, venía ahora cuestionarse el ajuste de la reglamentación aprobada por la FIFA, al Derecho de la competencia. Como se comentó páginas atrás, primero la Comisión Europea y después el TPIUE concluyeron, en la primera ocasión que se invocara la incompatibilidad de la normativa FIFA en materia de agentes de jugadores con la competencia comunitaria, que aquella condicionaba el ejercicio de dicha profesión, constituyendo una barrera al acceso a esta actividad económica y, por tanto, afectaba necesariamente al juego de la competencia.

Sin embargo, recordamos, se consideró que la regulación federativa, al perseguir un doble objetivo de profesionalización y moralización de la actividad de agente de jugadores con el fin de proteger a estos últimos, así como el hecho de que, por otro lado, la competencia no quedaba eliminada por el sistema de licencias, en cuanto suponía una selección cualitativa adecuada para satisfacer el objetivo de profesionalización de la actividad de agente de jugadores, más que una restricción cuantitativa del acceso a ésta, y que, por último, las condiciones existentes entonces de ejercicio de la actividad de agente de jugadores se caracterizaban por una inexistencia casi general de regulaciones nacionales y por la ausencia de una organización colectiva de los agentes de jugadores, determinaron que las restricciones derivadas de la obligatoriedad de la licencia podían acogerse a una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3.

Dicho lo cual, creemos que si estas consideraciones permitieron al Reglamento FIFA de agentes eludir entonces la obligatoriedad de la normativa comunitaria de la competencia, es cuestionable que ahora esto pueda suceder. El contenido de recomendación contenido en el Reglamento FIFA de Intermediarios es claro, «la remuneración total por transacción debida a un intermediario (...) no puede superar el 3% (...)» (art. 7. 3). También lo es que el fin que se pretende conseguir es abaratar el precio de un servicio utilizado por miembros de la FIFA, jugadores y clubes. Con lo

[91] Por tanto, se reproducía el recurso presentado ante la Comisión, en agosto de 2014, por la Asociación Inglesa de Agentes de Futbolistas sobre la cuestionable legalidad de las tasas recomendadas por la FIFA y el posible incumplimiento del artículo 101 del TFUE.

92 *Vid*. Tar Lazio, Sez. I-Ter, n. 6624 del 6 giugno 2017, IAFA c. FIGC e CONI. Sobre el caso puede verse el trabajo de GARRAFFA, P., «Il mandato sportivo, tra "deregulation" dell'ordinamento sportivo, normativa statale e ordinamento comunitario», in *Rivista de Diritto Sportivo di CONI*, pp. 19-44. Disponible en http://www.coni.it/images/rivistadirittosportivo/dottrina/02_Garraffa_19-44.pdf. Acceso el 3 de marzo. Esto, sin embargo, no hizo cesar las reivindicaciones de la IAFA, que continuaron con sus reclamaciones para la consecución de la implementación de una regulación de expedición licencias apropiado para los agentes de fútbol. Consiguiendo finalmente su propósito con la aprobación, el 1 de enero de 2018, de la *legge di Stabilità 2018*, que prevé una nueva y orgánica reforma del sector de agentes deportivos en Italia. En relación con esta normativa, puede verse CRISTIANO, T., «La figura dell'agente sportivo e la nuova riforma introdotta dalla Legge di Stabilità 2018», in *diritto.it*. Disponible en https://www.diritto.it/la-figura-dellagente-sportivo-la-nuova-riforma-introdotta-dalla-legge-stabilita-2018/. Acceso 1 de febrero de 2018.

ISSN 2036-7821

que, es evidente, debe convenirse con MARMAYOU[93] que esta disposición no tiene por objeto llevar a cabo «una selección cualitativa» tendente a elevar la calidad moral y profesional de los agentes. Además, el hecho de que esta restricción de la competencia adopte la forma de una «recomendación», no afecta a la realidad de que las circunstancias que rodean la misma determinan que ésta funcione en la práctica como un precio impuesto[94]. Y ello a partir del momento que los actores del mercado -clubes y jugadores- tienen un interés común en que este reglamento se imponga, que las federaciones nacionales tienen la obligación de hacer todo lo posible para implementarlo en sus propias reglas de procedimiento y que, en cualquier caso, la particular publicidad que se da a la reiterada recomendación «proporciona todos los jugadores de fútbol una guía de negociación que inevitablemente afectará los contratos celebrados (…) las leyes nacionales en los países de la UE imponen precisamente el respeto por la legislación europea de competencia. *De facto* y *de iure*, este reglamento de la FIFA no podría ser integrado por las federaciones nacionales de la UE»[95].

Estas cuestiones planteadas no son las únicas que arrojan dudas sobre la compatibilidad del Reglamento FIFA de Intermediarios con el Derecho de la competencia. En este sentido, es cierto que se sustituyen los requisitos de acceso a la profesión establecidos en la reglamentación anterior por la necesidad del intermediario de llevar a cabo una declaración, a cuyo través podrá acceder a la inscripción en el correspondiente registro de la federación nacional (arts. 2, 3 y 4). Sin embargo, la contemplación detenida de estas previsiones invita a objetar[96] que sí puedan ser cuestionables desde la perspectiva de la normativa comunitaria de la competencia y, por tanto, de la correspondiente normativa estatal. La FIFA traslada a las asociaciones nacionales esta declaración de mínimos que tiene un carácter de

[93] MARMAYOU, J.-M., «La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen, en Les cahiers de droit du sport», Les cahiers de droit du sport, 2015, pp.15-42. Disponible en https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01310555/document. Acceso 3 de diciembre de 2017.

94 Tomamos la terminología utilizada de CERDÁ LABANDA, D., «Reflexiones en torno al Reglamento FIFA de intermediarios y el Derecho de la Competencia», ob. cit., p. 220, cuando señala que «En este sentido, hay que decir que la mera recomendación de un precio máximo de remuneración por los servicios de intermediación no se considera una práctica contraria a la libre competencia, tan solo se considera restrictivo de la competencia el establecimiento de precios fijos o mínimos. En general, se considera que la fijación de precios máximos o indicativos no veta la libertad de la autonomía de la voluntad de las partes que acuerdan el precio de los servicios contemplados en el contrato. No obstante, si este precio recomendado o máximo va acompañado de medios indirectos y de las medidas de acompañamiento necesarias, pueden emplearse para lograr que los precios recomendados funcionen en realidad como precios impuestos, en cuyo caso si estaríamos frente a una restricción de la competencia».

[95] MARMAYOU, J.-M., ob. cit., p. 21, considerando que esta medida vulnera la competencia en los términos del artículo 1. 1 a) del TFUE, pues, fijar un precio máximo para el servicio de intermediación deportiva, no tiene por objeto asociativo defender el interés general, sino más bien los intereses particulares de sus miembros -que, además, son los clientes de los agentes deportivos-, de ahí que esta medida no sea en modo alguno apropiada ni proporcionada para «moralizar la actividad de intermediario en el fútbol o para garantizar la transparencia de las transferencias».

[96] *Vid*. GARRAFFA, P., ob. cit., p. 35.

ISSN 2036-7821

obligado cumplimiento para las mismas. A su vez, éstas hacen descansar la garantía de este cumplimiento en la imposición a sus jugadores y clubes asociados de unas pautas de conducta que necesariamente deben observar cuando contraten, precisamente, con un intermediario, so pena de asumir una responsabilidad. Verificándose así un auténtico círculo vicioso que, al final, ineludiblemente termina constriñendo la libre voluntad del intermediario.

Véase si no el Reglamento de intermediarios de la RFEF, donde se determina que los jugadores y los clubes deberán actuar con la debida diligencia en el marco del proceso de selección y contratación de intermediarios, entendiendo que «actuar con la debida diligencia» significa que los jugadores y los clubes deberán comprobar que el intermediario se encuentra debidamente inscrito en la RFEF y harán todo lo posible por garantizar que los intermediarios firmen la declaración de intermediario correspondiente» (art. 2. 2). Además, ese deber de diligencia se refuerza todavía más al estipularse que «Los clubes o los jugadores no podrán emplear, contratar o pagar a ninguna persona por la realización de actividades reguladas en el presente reglamento, salvo que se encuentre registrada como intermediario y actúe amparado por un contrato de representación» (art. 2. 4). Es cierto que el intermediario no tiene obligación de someterse a las normativas federativas, pero no lo es menos que si no firma la declaración de intermediario no puede inscribirse (arts. 2, 3 y 4) y, si no se registra, debe ser consciente de que los jugadores y clubes no pueden contratar sus servicios, so pena de verse sancionados o, en todo caso, asistir a la consecuencia de que el contrato suscrito no puede acceder al registro federativo y, por tanto, carecerá de efectos para producir su finalidad principal, que no es otra que la alineación del jugador de referencia con el club que lo ha contratado.

Estos planteamientos van a mediatizar la voluntad del agente/intermediario que, a no dudar, se va a ver compelido por las circunstancias dichas, al menos indirectamente, a firmar[97] la declaración de intermediario, que es el medio que le permitirá acreditar su reputación intachable (art. 3. 2) y, con ello, presentar su solicitud de inscripción en el registro de la RFEF, lo que comportará su compromiso de cumplir los estatutos, reglamentos, directivas, circulares y decisiones de los órganos competentes de la RFEF, de la FIFA y de la UEFA. Todo lo cual hace abrigar serias dudas de la compatibilidad de estas circunstancias con la normativa de la competencia comunitaria[98].

[97] Estos planteamientos son los que recogen CASANOVA GUASCH, F., ob. cit., pp. 259 y ss.; CERDÁ LABANDA, D., «Reflexiones en torno al Reglamento FIFA de intermediarios y el Derecho de la Competencia», ob. cit., pp. 216 y ss.

[98] CERDÁ LABANDA, D., ibídem, p. 17, «En el momento en que la RFEF exige como requisito de acceso al registro la firma de todas las condiciones insertas en la «declaración de intermediario», siendo ésta a su vez fundamental para estar autorizado a ejercitar la profesión, podemos hablar de una restricción de acceso al mercado impuesto por la RFEF, situación que ha más agravamiento implica la afectación del comercio de los estados miembros, al imponerse dicha exigencia de manera dispar a la que posiblemente se plantee en otros reglamentos nacionales del resto de Europa, separándose de la línea de la FIFA, que establece que dicha

ISSN 2036-7821

Como pone de relieve MARMAYOU[99], en el caso Piau se admitió la exención de la aplicación del Derecho de la competencia porque la misma suponía una selección cualitativa, potencialmente eficaz en el contexto temporal, para alcanzar el objetivo de conseguir una ética profesional en la actividad del agente de futbolistas. Sin embargo, es francamente difícil pensar que los planteamientos expuestos puedan facilitar alcanzar dicho propósito u objetivo. No en el caso de la declaración de intermediario, pues, a pesar de que algunas cláusulas de esta declaración, finalmente forzada por las circunstancias dichas, puedan tener alguna finalidad ética y de transparencia, ello no permite afirmar que las manifestaciones realizadas por el agente en la misma, necesariamente, sean las más efectivas para lograr una ética profesional individual intachable. Y lo mismo cabe decir respecto del registro que se impone, cuyos trámites, además de retrasar el inicio de la actividad, generan costos, pues la federación exige el pago de tasas por los mismos. De manera que «los mismos, obviamente, pueden desanimar a algunos candidatos a recurrir a la actividad de agente deportivo»[100].

7. A modo de conclusión: ¿la regulación de los agentes/intermediarios resulta ser un problema sin solución?

Como bien ha podido verse, las cuestiones que aquí se han planteado no son nuevas y sus desajustes siguen causando las mismas tensiones, en particular y como se acaba referir, con el principio de libre competencia. Frente a esto son muchos y autorizados los pareceres doctrinales que postulan una intervención pública reguladora de la profesión de agente/intermediario deportivo para corregir la problemática que la situación viene generando. En tal sentido, se señala[101] como principal actor de esta intervención a la UE. Sin embargo, la misma, y tras plantear posturas o soluciones contrapuestas a esta posibilidad, no parece estar de acuerdo en que sea ésta la vía resolutiva que mejor pueda convenir a la subsanación de las fallas detectadas. En efecto, en 2009, el estudio[102] sobre agentes deportivos en la UE, encargado por la Comisión Europea, concluía sobre la regulación de esta actividad, que lo recomendable resultaba ser que

«(…) el actor principal en la implementación de la regulación debe seguir siendo el movimiento deportivo. Debe ser respaldado por las autoridades públicas debido a los problemas éticos y legales planteados por las actividades de colocación laboral deportiva, particularmente en su dimensión transfronteriza. La Unión Europea tiene

"declaración de intermediario" se firme en el contexto de la contratación entre el intermediario y el jugador o el club y no como un requisito de acceso al registro»

[99] MARMAYOU, J.-M., ob. cit., p. 26,

[100] MARMAYOU, J.-M., ob. cit., p. 20.

[101] Sin ánimo de exhaustividad, *vid*. MARÍN HITA, L., «Una lectura diferente de las decisiones de la Unión Europea acerca de la normativa FIFA relativa a los agentes de jugadores», ob. cit., p. 422; RODRÍGUEZ TEN, J., ob. cit., pp. 127 y ss. y pp. 387 y ss.; CASANOVA GUASCH, F., ob. cit., pp. 664 y ss.

[102] Commission Européenne, *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, ob. cit., pp. 5-6.

ISSN 2036-7821

un papel importante que desempeñar para cambiar el comportamiento, armonizar las prácticas y destacar lo mejor de ellas y, si es necesario, regular si esto fuera necesario a largo plazo. (…) Los Estados tienen, a partir de aquí, que desempeñar un papel complementario de las federaciones mediante la supervisión de las medidas adoptadas por las federaciones nacionales y la sanción de las infracciones del orden público. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la intensificación de los controles ejercidos por la inspección fiscal, la inspección social y por la inspección de trabajo sobre flujos financieros, permisos de trabajo, matriculación en un régimen de seguridad social, trabajo en negro, condiciones de trabajo, alojamiento, etc.».

Tan solo un año más tarde, en 2010, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre los agentes de los jugadores en el deporte*, mostraba su preocupación por los resultados del estudio citado y reiteraba su «llamamiento en favor de una iniciativa de la UE relativa a las actividades de los agentes de los jugadores que debería tener como objetivos: (…) normas y criterios de examen estrictos antes de que alguien pueda actuar como agente de jugadores, (…) la transparencia en las operaciones realizadas por los agentes, (…) la prohibición de remuneración a los agentes en el caso el traspaso de menores, (…)»[103]. Esta postura del Parlamento, se vería notablemente reafirmada, en 2012, con la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la dimensión europea en el deporte*, en cuanto que mostraba su parecer de que «la profesión de agente deportivo debería ser una actividad profesional regulada, sometida a la obtención de una cualificación oficial adecuada» y pedía a la Comisión que elaborara y aplicar, en colaboración con las federaciones deportivas, los sindicatos de jugadores y las asociaciones de agentes, «un sistema de licencias y registro europeo acompañado de un código de conducta y un mecanismo sancionador»[104].

Sin embargo, el grupo de expertos sobre buena gobernanza establecido en el marco del Plan de Trabajo de la Unión Europea para el Deporte durante el periodo 2011-2014 y que incluía representantes de la Comisión, de los Estados miembros y de los principales actores interesados, adoptó un conjunto de recomendaciones sobre la supervisión de las actividades de los agentes deportivos (y sobre el traspaso de los jugadores) en diciembre de 2013. De forma que en las mismas se llegaba a la conclusión, en general, de que en ese momento el marco legal era adecuado y que las partes interesadas del deporte eran las más indicadas para regular sus propias actividades con la asistencia de la Unión, cuando fuera necesario. Situación esta, en definitiva, que es la que parece mantenerse en la actualidad.

No obstante, en los planteamientos doctrinales citados se apunta, también, la intervención del poder público estatal como elemento regulador de la actividad profesional del agente/intermediario. Es cierto, como se ha dejado indicado, que en algunos Estados miembros de la Unión Europea se ha llevado a cabo una

[103] *Vid*. el aptdo. 18 de la referida Resolución.
[104] *Vid*. el aptdo. 76 del citado informe.

ISSN 2036-7821

intervención legislativa en el ejercicio de esta profesión[105]. Sin embargo, desde la perspectiva española, no es fácil afirmar que ésta pueda ser la solución más adecuada. En este sentido, a estas alturas no parece necesario tener que explicar que la actividad profesional de los agentes/intermediarios de deportistas constituye una actividad económica. Por tanto, la regulación estatal de dicha actividad, por ejemplo, en los términos vistos que se plantean por el Parlamento Europeo, pueden suponer una severa afectación de los principios de regulación económica eficiente y promoción del Derecho de la competencia contenidos en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006[106], relativa a los servicios en el mercado interior y en su transposición en España a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre[107], sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre[108], de garantía de la unidad de mercado. Todo ello por cuanto que dicho conjunto normativo viene a erigir un postulado fundamental del sistema: el acceso a la prestación de un servicio sólo se puede restringir por una «razón imperiosa de interés general[109] (…) y habrá de ser tal

[105] El último de ellos ha sido Italia, como ya se ha dejado constancia, que ha empezó dicho proceso, con la aprobación, el 27 de diciembre de 2017, de *la legge nº 205 Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*. De tal manera que, el 1 de enero de 2018, entró en vigor la *legge di Stabilità 2018*, que prevé una nueva y orgánica reforma del sector de agentes deportivos en Italia. La principal novedad de dicha norma vino incardinada en el apartado 373 del art. 1 de dicho texto legal, al disponer el establecimiento en el *Comitato Olimpico Nazionale* (CONI) CONI del Registro Nacional de Agentes Deportivos. Así, se establecían nuevas reglas para el ejercicio de la profesión de agente deportivo, cuyo desarrollo se encomendaba a futuros Decretos del Consejo de Ministros, previa consulta con el CONI. En efecto, el Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, de 23 de marzo de 2018, dispone la regulación del Registro nazionale degli agenti sportivi. El procedimiento previsto en esta disposición reglamentaria, que obtuvo la validación de la *Corte dei Conti* el 19 de abril de 2018, crea esencialmente un registro profesional que, manteniendo cualificaciones obtenidas antes del 31 de marzo de 2015, requiere ahora un examen de habilitación (art. 3), que se estructura en una prueba general o común (art. 4) organizada por el CONI (dos sesiones anuales, en los meses de marzo y septiembre) y en una prueba específica (art. 5) organizada por las federaciones deportivas profesionales individuales (esto es, la Federación Italiana de Fútbol, Federación Italiana Baloncesto, Federación Italiana de Golf y Federación Italiana de Ciclismo -dos sesiones anuales, en los meses de mayo y noviembre-).Por su parte, el CONI, mediante Resolución con *Delibera del Consiglio Nazionale* de 10 de julio de 2018 (nº. 1596) y reformada el 26 de febrero de 2019, a través de la Resolución con *Delibera del Consiglio Nazionale* (nº. 1630), aprobó el *Regolamento per gli Agenti Sportivi.*

[106] DO L nº 376, de 27 de diciembre.

[107] BOE nº 283, de 24 de noviembre.

[108] BOE nº 295, de 10 de diciembre.

[109] Según el considerando 40 y el artículo 4 de la Directiva 2006/123/CE, «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (…) "razón imperiosa de interés general", razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

ISSN 2036-7821

que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica»[110].

A partir de aquí debe ponerse en consideración, asimismo, el hecho de que, a los efectos de la Directiva 2006/123/CE se entenderá por «"profesión regulada", la actividad o conjunto de actividades profesionales tal y como se definen[111] en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE» (art. 4.11). No obstante, como bien explica GONZÁLEZ[112], en el ámbito interno esta Directiva se aplicará para el acceso, vía reconocimiento de cualificación profesional, a la prestación de servicios en el marco de las profesiones reguladas en sentido estricto, cuales son las *profesiones tituladas*. Categoría de la que deben distinguirse las *profesiones reguladas no tituladas*, al implicar éstas presupuestos previos de acceso a la competencia profesional exclusiva distintos de la posesión de un determinado título académico. De modo que esta categorización entronca directamente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que hace depender la competencia profesional exclusiva de la obtención de una autorización o licencia administrativa:

«Es así posible que, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (…), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos intervengan el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud. Pero (…) la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno, equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales, a que se refiere el art. 149.1.30 de la Constitución, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado» (STC 122/1989, de 6 de julio, FJ. 3º).

De manera que, si el ejercicio de la profesión de agente/intermediario se hace depender de la tenencia de una licencia –no puede ser de otra manera, dado que el establecimiento de una licencia voluntaria implicaría que no se está regulando la actividad o profesión-, nos encontraríamos ante la necesidad de autorización

[110] *Vid*. el artículo 5 de la Ley 20/2013.

[111] Esta citada Directiva 2005/36/CE (DO L nº 255, 30 de septiembre) fue objeto de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico por del RD 1837/2008 (BOE nº 280, de 20 de noviembre), y por lo que interesa a la presente exposición en el mismo se determina que «A los exclusivos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este real decreto, se entenderá por "profesión regulada" la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. (…)» (art. 4.1).

[112] GONZÁLEZ CUETO, T., «El concepto de "profesión regulada" a que se refiere el documento. "La organización de las enseñanzas universitarias en España"», Informe para el Ministerio de Educación y Ciencia, 11 de abril de 1997, págs. 32 y ss. Disponible en http://www.uco.es/organizacion/eees/documentos/nuevastitulaciones/reforma/informe-mec-prof-reguladas.pdf. Acceso el 11 de diciembre de 2009. De manera que esta previsión halla su justificación por el carácter más amplio de citada Directiva 2005/36/CE que transpone y que regula el reconocimiento de todas y cada una de las cualificaciones profesionales con independencia del título o causa de las mismas. De modo que se hace necesario que el concepto utilizado por la norma comunitaria dé cobijo a cualquier regulación profesional que pueda existir.

ISSN 2036-7821

administrativa para la prestación de servicios profesionales, lo que determinará que dicha intermediación deportiva se configure como una *profesión regulada no titulada*. Si además, la expedición de aquella autorización administrativa o licencia al operador económico, se hace depender de la tenencia por parte de éste de un título o certificado que acredite una determinada cualificación, así como, también, de su inscripción en un determinado registro, del pago de determinadas tasas o cuotas, etc., entonces tendremos que ver como dichas circunstancias, al ser colocadas a la luz de la Directiva 2006/123/CE, muy probablemente generen importantes fricciones con dicha norma. A no ser, claro está, que las susodichas circunstancias formen parte de un régimen de autorizaciones para acceder a la prestación de un servicio que cumpla las siguientes previsiones insertas en la propia 2006/123/CE. A saber, que «a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz» (art. 9.1).

A su vez, tales consideraciones encuentran cumplido traslado en el marco de la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, al establecer que

«1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia. (…) 2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, (…) o para la prestación de servicios (…)» (art. 9).

Dicho esto, de entrada, es difícil ver cuál pueda ser en este contexto la «razón imperiosa de interés general» que pudiera invocarse para poder implantar ese régimen de autorizaciones para acceder a la prestación de servicios profesionales de intermediación deportiva, dada la similitud de estos, en términos generales, que se puede establecer con otras actividades económicas de contratación de otros servicios y que no gozan de dicha consideración. De ahí que un régimen de autorización que implique la necesidad de licencia para la prestación de servicios profesionales de intermediación en el deporte, cualificada por la exigencia de titulaciones o certificados, así como además, y en su caso, por el de pago de cuotas, inscripción en un registro, etc., nos parece ajeno a las disposiciones normativas de libre prestación

ISSN 2036-7821

de servicios antedichas. De hecho, y como significamos en su momento[113], puede resultar muy indicativo de dicha circunstancia el que la pretendida liberación de los servicios profesionales en España, en los términos del nonato Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, hubiera supuesto la remoción en materia de determinación de los requisitos o condiciones -tales como los indicados- que pudieran identificarse como restricciones o barreras al acceso al ejercicio de las profesiones deportivas.

Por lo demás, entendemos que este parecer es el que recogiera, igualmente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Competencia (CNMC) –que si bien lo hace en relación con la profesión de entrenador de fútbol deportivo, expresamente lo amplía al «resto de profesiones deportivas», en la que no nos parece descabellado incluir la de los agentes/intermediadores deportivos-, al declarar que «se recomienda una reforma en profundidad de la normativa relativa a la actividad (…) desde la óptica de los principios señalados, partiendo del principio general de libertad de acceso y ejercicio de las mismas, trasunto concreto de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente»[114].

Las aristadas implicaciones que pudiera tener, en los términos expuestos, la intervención estatal en la regulación de la prestación de servicios de intermediación deportiva, a nuestro juicio, provoca razonables reparos a su favorable acogida. Pues no parece que pueda ser una alternativa coherente a la problemática analizada de las normas federativas, sobre todo de la FIFA, que regulan esta actividad[115] de intermediación deportiva, el implantar una normativa estatal que continúe alejando el cumplimiento de los principios que animan la Directiva 2006/123/CE, dado que podría deparar, como se ha dejado dicho, un conjunto de barreras de acceso a las actividades profesionales que podrían no superar el test de necesidad y proporcionalidad que implica el ejercicio de una determinada actividad económica en los términos demandados por la normativa comunitaria.

[113] ESPARTERO CASADO, J., «Los proyectos de ley de racionalización del sector público, (…) », nota 38, pp. 106-107.

[114] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *INF/CNMC/0001/15 Informe sobre las condiciones de acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en competiciones deportivas*, ob. cit., p. 15.

[115] Y que, como bien señalan, GUTIÉRREZ PÉREZ, M. y MARÍN HITA, L. J., «La intervención de los agentes de deportistas en la intermediación laboral en España », ob. cit., pp. 223-241 «y que equivocadamente o no, le confiere para los actores del mundo del deporte cierto marchamo de legalidad».

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Las transformaciones y la evolución del Derecho Administrativo.

di Alberto Palomar Olmeda

(Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid)

Sumario

1. Las formas tradicionales de actuación administrativa. 2. Un elemento previo: concepto y la virtualidad actual del concepto de potestades. 2.1. Aproximación general al concepto y la delimitación de las potestades. 2.2. Algunas referencias específicas y consolidadas en la delimitación del concepto de potestad de las Administraciones Públicas. 3. El criterio del ejercicio de potestades como delimitador de la existencia o no de determinadas relaciones jurídicas: la perspectiva del Derecho comunitario. 4. Una nueva forma de actuación: la supervisión de sectores y de actividades. 4.1. Una mínima aproximación a la formulación conceptual de la supervisión. 4.2. Consideraciones generales sobre la operatividad de la supervisión de mercados. 4.3. El modelo español de supervisión de mercados. 5. Los grandes debates en relación con el funcionamiento de los "órganos de supervisión": más allá de la unificación o la heterogeneidad. 5.1. Consideraciones de alcance general. 5.2. El tratamiento de la cuestión en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público. 6. La responsabilidad y el control parlamentario como elemento de cierre del conjunto del sistema. 7. Algunas referencias generales a modo de conclusión.: ¿la regulación de los agentes/intermediarios resulta ser un problema sin solución?

Abstract

The present work has as a central line to highlight the role and the forms of action of the Public Administrations of our days. The aim is to indicate the line of transformation of public presence in social activity and, therefore, how the transformation of said action or presence has taken place from the general schemes that Administrative Law has explained at other moments in history. The result is a complex amalgamation of new techniques and forms that, certainly, are not completely defined and, in many cases, are yet to be built.

1. Las formas tradicionales de actuación administrativa

La lectura de los libros clásicos del Derecho Administrativo nos permitía identificar la actividad administrativa en torno a tres conceptos: la policía administrativa, el fomento y el servicio público.

Sobre la base de estos tres ámbitos competenciales y de actuación se fue construyendo a lo largo de los siglos un Derecho administrativo asentado en un régimen estatutario aplicable a la Administración Pública y considerado como un derecho exorbitante del común, caracterizado por la utilización de potestades y que se funda en las exigencias del interés general frente al interés de los particulares.

En este estado de cosas hemos vivido durante muchos años y sobre este esquema se han ido dictando en los diferentes Estados un conjunto de leyes –de grandes leyes administrativas- que llenaban el esqueleto conceptual al que nos acabamos de referir. De esta forma, las normas de procedimiento, contratos, empleo público, presupuestación o patrimonio se han convertido en un "ius comune" de la Administración Pública.

Esta situación de relativa paz legislativa y de consenso sobre la forma de articular el estatus de la Administración ha entrado en los últimos tiempos en una evidente crisis. Las grandes leyes existen, se mantienen y se cambian o transforman intentando que el funcionamiento de lo público se ajustase a las necesidades cambiantes de una sociedad que se ha evolucionado radicalmente en los últimos años.

Esta transformación de la sociedad responde a cuestiones muy diferentes. La revolución tecnológica ha modificado nuestras conductas, nuestros contratos, nuestras formas de relación y ha transformado, igualmente, la Administración. Algunos de los aspectos más evidentes y más relevantes de la modernización de ésta como es la proximidad al ciudadano ha saltado hecha añicos en su concepción clásica porque no son los edificios los que generan, en la actualidad, la proximidad de lo público, sino que lo es una organización que es capaz de interactuar en el propio domicilio del ciudadano en el momento que el mismo elija y al margen, en muchos casos, de los esquemas procedimentales clásicos en los que estábamos situados.

Adicionalmente, la propia conformación social y el crecimiento imparable de los servicios prestacionales con los que las Administraciones Públicas de nuestros días intentan subvenir la necesidad, aproximar la igualdad, o, simplemente, atender a los ciudadanos han hecho que la mayor parte de los servicios sean prestacionales y que la Administración de las autorizaciones se haya convertido en la Administración de las prestaciones. Adelantemos que la gestión de prestaciones se ha convertido en un reto para el ámbito público. Se trata, en su mayor parte, de servicios 365 días y 24 horas de atención que en realidad tensan claramente con la concepción tradicional de la Administración Pública y han obligado a una transformación del régimen del empleo público, de los contratos públicos para admitir la "externalización" de

servicios; la presupuestación y otros elementos que, ciertamente, eran característicos del estatus público.

Pero es que, además, en lo que es esencial del propio funcionamiento administrativo existen cambios notables. La Administración garante de la actividad privada mediante las autorizaciones se ha convertido por obra de la Directiva Bolkenstein[1] en una Administración confiada, supervisora, actuando a posteriori y sensibilizada con que el funcionamiento administrativo y las propias autorizaciones no se conviertan en lo que el mundo económico se denomina una traba a la actividad económica.

En este mismo esquema, la policía administrativa en su aspecto prestacional y de aseguramiento de la convivencia y el libre ejercicio de los derechos individuales ha sufrido una amplia modificación y, hoy, podríamos decir que muchos de los servicios que tradicionalmente hemos considerado como reservados a la Administración Pública y a sus agentes ha dejado paso a la gestión por privados.

Esta simple enunciación nos sitúa en una posición que podríamos calificar de profundo cambio y de la realización de nuevas actividades o viejas, pero en forma nítidamente diferente con un esfuerzo conceptual y normativo que no siempre ha acompasado en su rapidez la propia transformación lo que ha generado y genera un evidente desconcierto sobre las bases conceptuales del Ordenamiento Jurídico y la forma o el alcance de su condición de soporte del funcionamiento administrativo.

Una parte de este problema se aprecia si nos imbuimos en la propia estructura del sistema de derecho administrativo clásico y analizamos la pervivencia de sus elementos estructurales más esenciales. En este esquema nos centramos seguidamente en el concepto de potestades y su pervivencia actual.

2. Un elemento previo: concepto y la virtualidad actual del concepto de potestades.[2]

2.1. Aproximación general al concepto y la delimitación de las potestades

Tradicionalmente hemos situado el concepto de potestades como un elemento que explica o, cuando menos, que era inherente al funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Derecho Administrativo y que permite el ejercicio de competencias por las Administraciones Públicas.

Lo característico es que el ejercicio se vincula a la forma de actuación de éstas y se realiza en condiciones que resultan exorbitantes en la forma convencional de conseguir la ejecutividad de las decisiones en razón a que el elemento subyacente y final es el interés público cuya ordenación y ejecución corresponde a una

[1] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

[2] En este análisis resulta un clásico de referencia la obra de De la Cuétara Martínez, J.M.: "Las potestades administrativas". Madrid. 1986

Administración Pública sometida al principio de legalidad e imbuida del principio de autotutela como garantía de su propia eficacia.

De alguna forma podemos indicar que se trata de un conjunto de técnicas que separan el funcionamiento y la actuación pública de la privada porque permiten a quien administra la primera el ejercicio de facultades, fundadas en la unilateralidad y en la determinación del mismo orden en aplicación estricta del Ordenamiento Jurídico y que permiten ejecutar sus propias decisiones al transformar el control judicial en un control revisor y no constitutivo de las decisiones.

Se trata en esencia de creer en que el estatus constitucional de la Administración le obliga a una actuación sometida a Derecho y al servicio imparcial del interés general y eso permite las decisiones como forma de manifestar y de asegurar el funcionamiento administrativo que, de lo contrario, necesitaría una autorización judicial para la realización de prácticamente todos los actos que impliquen una confrontación de interese con los particulares.

El concepto de potestad lo hemos ligado, por tanto, al ejercicio de facultades exorbitantes y propias que solo son posibles en el ámbito administrativo por una exigencia de funcionamiento de lo administrativo y por el especial estatus de la Administración que no puede ejercer dichas potestades en su favor sino a favor del propio Ordenamiento y su posición ordinamental presidida, como señala el artículo 103.1 de la CE que <<…sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho….>>.

Precepto que completa la determinación más genérica que se contiene en el artículo 9.1 de la misma al señalar que <<…1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico…>>. El carácter exorbitante opera respecto de las técnicas del derecho privado teniendo en cuenta que en el mismo la incidencia en la esfera personal o patrimonial de una persona está limitada, esencialmente, a la existencia de un título judicial ejecutivo.

El problema, sin embargo, no es conceptual sino de definición. Realmente para saber cuáles son las potestades que puede ejercer la Administración no podemos acudir a las leyes generales que ordenan la actividad administrativa y, en concreto, podemos indicar que ni en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se establece un listado claro de las potestades de que disfruta la Administración aunque es evidente que tanto la potestad sancionadora, por ejemplo, como la ejecutividad de los actos tienen expreso respaldo en ambas normas y son muestras evidentes del ejercicio de potestades hasta el punto de que aparecen incluso nominalmente referidas a este concepto. La determinación y, sobre todo, la concreción de estas corresponden, realmente, a las leyes específicas que vienen

determinando la ejecutoriedad de los actos, la potestad sancionadora, la capacidad de expropiación o cualquiera otra de las potestades convencionales.

Es cierto, sin embargo, que en el ámbito de la Administración local ocurre justo lo contrario y el artículo 4º de la Ley de Bases de Régimen Local enuncia las potestades que le corresponden a la Administración local, precepto que, de alguna forma nos sirve para formular un criterio analógico del que corresponde a las diferentes Administraciones Públicas de carácter territorial. En concreto, señala el citado artículo que <<…1. En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas:

a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.

b) Las potestades tributaria y financiera.

c) La potestad de programación o planificación.

d) Las potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.

e) La presunción de legitimidad y la ejecutividad de sus actos.

f) Las potestades de ejecución forzosa y sancionadora.

g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

h) La inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes; las prelaciones y preferencias y demás prerrogativas reconocidas a la Hacienda Pública para los créditos de la misma, sin perjuicio de las que correspondan a las Haciendas del Estado y de las Comunidades Autónomas…>>.[3]

Con este fundamento que nos sirve, adicionalmente para proponer, como indicábamos, un listado enunciativo de las potestades que pueden ejercer las Administraciones de carácter territorial, podemos indicar que la construcción del inventario general se ha efectuado sobre una base de la normativa específica de ordenación de cada una de las potestades, de un lado, y de la jurisprudencia, de otro. Esta última no tanto en la configuración de las potestades sino, específicamente, en la determinación de los límites y de las formas de ejercicio de aquellas.

Es cierto, sin embargo, que esta enunciación se completa en la realidad sobre la base de la regulación, diseminada a lo largo de la LBRL y en otras disposiciones específicas, de la forma y alcance de concreción de las facultades. Esta determinación y alcance es la que debe tenerse presente, especialmente, a la hora de configuración en qué momento y con qué alcance se mantiene la determinación que impide su ejercicio por terceros que no estén insertos en la condición de autoridad o de titulares de potestades en términos más clásicos.

[3] Mestre Delgado, J.F. (2011): <<Las formas de prestación de los servicios públicos locales>>. <<La contratación local>>. <<El servicio público de distribución de aguas>>. En Muñoz Machado, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid Iustel.

Esto nos permite indicar que la delimitación o el listado que hace la LBRL opera como determinante de la existencia de potestades, pero no de su alcance y que su delimitación opera, igualmente, con carácter mínimo sin negar la posibilidad de que se complete o se prevea la existencia de otras en el ámbito de la normativa específica.

2.2. Algunas referencias específicas y consolidadas en la delimitación del concepto de potestad de las Administraciones Públicas.

Conforme a esta última referencia y a lo que se ha indicado en el apartado anterior podemos intentar un inventario de las potestades reconocidas como tales y de algunos de sus problemas específicos en el ámbito de la gestión indirecta. En concreto podemos referirnos a las siguientes[4]:

A) Potestad sancionadora[5]

Sin duda que uno de los elementos tradicionales más característicos del ejercicio de potestades públicas está en la capacidad sancionadora que corresponde a las Administraciones Públicas. Más allá del debate histórico sobre si la potestad sancionadora y la punitiva del Código Penal tienen o no un mismo tronco estructural es lo cierto que la potestad sancionadora es, sin duda, uno de los elementos más notables de ejercicio de potestad pública y supone la capacidad de la Administración de determinar ilícitos administrativos, fijar obligaciones y conductas que pueden ser exigidas a los particulares y, finalmente, ejercitar la posibilidad de su imposición e, incluso, su eventual exacción coactiva.

La STS de 8 de junio de 2015 nos da un concepto y una visión general de la potestad sancionadora en la que se señala que <<… El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La

[4] En relación con las condiciones de ejercicio, Vicenc Aguado i Cudola: "Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas". Madrid. 1999.

[5] Gallardo Castillo, M.J.: "Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica". Madrid. 2008, Domínguez Vila, A.: "La potestad sancionadora de la Administración: evolución histórica y planteamiento actual". Madrid. 1990.

predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador…>>.
Siendo claro que la potestad sancionadora es una de las potestades inherentes a los Poderes Públicos y que forma parte del núcleo esencial del Derecho Público es lo cierto que los fenómenos de colaboración en el ejercicio de la función sancionadora, fundamentalmente, en la fase previa de detección del ilícito (tráfico, inspección de obras, etc.…) ha generado notables problemas, especialmente en el ámbito probatorio porque las normas procedimentales reservan para los funcionarios con categoría de autoridad la prueba o la presunción de veracidad en relación con los hechos que aprecian. [6]

Esta capacidad se ha negado a muchos de estos servicios auxiliares y se ha puesto en solfa el conjunto de la potestad sancionadora porque no se cumple el requisito de la presencia de funcionario público dotado de la condición de autoridad. Esta negación se anuda a la negación de su capacidad de expedir actas que tengan la condición de prueba (Art. 77.4 LPACAP) y, por tanto, sitúa los documentos obtenidos en estas condiciones en la de documento privado con un difícil encaje en el ámbito probatorio.[7]

[6] En relación con el tema, la STSJ de Castilla y león, de 1 de junio de 2007 señala que <<… En vía judicial, las actas (...) incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas» (SSTC 76/1990 y 14/1997).>> En torno al valor incriminatorio de las actas de inspección o boletines de denuncia de los agentes se pronuncia el TS en su sentencia de fecha 14.4.90 (RJ 1990, 9025) , que a su vez recoge la de 5.3.79 según la cual "cuando la denuncia sobre los hechos sancionados es formulada por un Agente de la Autoridad , encargado del Servicio, la presunción de veracidad y legalidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos , y de sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz, sin que ello quiera decir, en coordinación con el principio constitucional de presunción de inocencia, que los hechos denunciados por un Agente se consideran intangibles, ya que la realidad de los mismos puede quedar desvirtuada mediante la adecuada prueba en contrario o aún por la ausencia de toda otra prueba, según la naturaleza, circunstancias, y cualidad de los hechos denunciados". Y sobre el valor probatorio de tales documentos y su presunción de veracidad se refiere el art. 137.3 de la Ley 30/1992 en los siguientes términos: "Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento Público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados". En términos idénticos depone el art. 17.5 del RD 1398/1993>>.

[7] Específicamente esta cuestión se analiza en la STS de 24 de noviembre de 2009 en la que se señala que <<… Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de "las actuaciones necesarias", EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de

Es éste, sin duda, uno de los sectores en los que se intentó una tímida incorporación de los medios ajenos precisamente por su reiteración, por su amplio número, por la imposibilidad de atenderlo con el esquema común de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en general, porque el marco obligacional de las Administraciones Públicas es de tal intensidad que precisa un esquema de apoyo para conseguir mínimos niveles de eficacia. Estos niveles de eficacia se han centrado en la externalización de determinados servicios –con el riesgo anunciado- y, en la actualidad, con trasladar a los medios tecnológicos la adveración de los hechos que pueden dar lugar a la sanción. La problemática de esta segunda posibilidad no puede, tampoco, considerarse menor, pero es ajena a lo que aquí se analiza.[8]

B) Potestad Tributaria

En línea con lo que se ha apuntado anteriormente no cabe duda de que la capacidad de imponer tributos es, sin duda, un elemento directamente vinculado con el ejercicio del poder público desde las épocas más remotas que podamos recordar.

En la STS de 5 de febrero de 2015 se señala de forma clara que <<…1. En el presente caso la discusión versa sobre el alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizadas en periodos afectados por el instituto de la prescripción cuando se proyectan fiscalmente en ejercicios no prescritos o, dicho de otro modo, se trata de determinar qué ocurre cuando la Administración Tributaria pretende regularizar los efectos, en un ejercicio no prescrito, de aquellos negocios que, celebrados en un ejercicio prescrito, se considera que lo fueron en fraude de ley y por ello sus efectos en los ejercicios susceptibles de comprobación pueden regularizarse.

---

clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma…>>.

[8] En otros supuestos lo que se plantea es la actuación del aplicador del derecho sancionador. La STS de 8 de junio de 2015 señala, en este sentido, que <<… El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador…>>.

2. La Administración tributaria siempre ha entendido que, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT 2003 (antiguo 64 de la LGT 1963, prescribe el derecho para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. La comprobación e investigación de la situación tributaria, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, no estaba sometida a plazo de prescripción o caducidad alguno y ello porque se trata de un poder de la Administración distinto del de liquidar, que siempre ha estado regulado en un precepto propio (art. 115 de la LGT 2003 y 109 de la LGT 1963) y respecto del cual la legislación nunca ha establecido expresamente que su ejercicio esté sometido a plazo. El artículo 115 de la LGT 2003 califica a dicho poder de potestad. Estamos por tanto ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo pero que, salvo que la Ley diga otra cosa, es imprescriptible como todas las potestades administrativas. El artículo 115 de la LGT 2003 (art. 109 LGT 1963) no somete a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación y el artículo 66 de la misma Ley tampoco las incluye dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.

Esta tesis de que "lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultra actividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella", no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aún cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos. Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos.

Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos. Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de "igualdad fuera de la ley", "igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra la ley", proscrito por el Tribunal Constitucional en, entre otras, la siguientes sentencias 88/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 88) y 181/2006, de 19 junio (RTC 2006, 181) ….>>.

Es este un terreno en el que se ha planteado, igualmente, la viabilidad de considerar que es posible la externacionalización de determinados servicios, específicamente, los que se refieren a la recaudación de los tributos tanto en vía voluntaria como en vía ejecutiva. En relación con los primeros la capacidad del ámbito privado de determinar o liquidar la deuda tributaria se presentó, desde el principio, compleja en razón a que en dicha liquidación se considera una de las manifestaciones más esenciales del poder público.

C) Funciones y potestades públicas.

La asociación entre funciones públicas y potestades y la organización administrativa de carácter pública y las formas de organización tradicionalmente establecidas en la misma no es perfecta ni, desde luego, completa. Precisamente por esto se han establecido y tenido que resolver algunas de las "lagunas" o terrenos intermedios.

En concreto y a modo de ejemplo, la STS de 1 de febrero de 2011 en la que se señala un criterio en relación con las Comunidades de regantes que se sitúan, precisamente, en esa zona gris de la organización administrativa en la que se señala que <<…La única salvedad que esta Sala ha apreciado respecto de esta legitimación general de las Comunidades de Regantes es la relativa a la legitimación para interponer recurso de casación en interés de ley, que hemos negado en las SSTS de 21 de noviembre de 2003 (RC Interés de Ley 3434 / 2000) y de 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 1826) (RC Interés de Ley 103 / 2002), si bien con la salvedad de que, ante la naturaleza mixta de estas Comunidades en función de que actúan fines de interés general o particular, la falta de legitimación únicamente opera cuando se defienden intereses privados y no cuando ejercitan potestades públicas. En particular, en ésta última declaramos que, teniendo las Comunidades de Usuarios, el carácter de Corporaciones de Derecho Público, adscritas a los Organismos de Cuenca, según establecía el artículo 74.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, "... tal consideración es mera consecuencia de su origen, que está en la ley, a diferencia de lo que acontece con las asociaciones y las sociedades en general, que nacen por un acuerdo de sus miembros. Tal consideración, sin embargo, se presenta como insuficiente para acudir legítimamente a este recurso, que por otro lado no está concebido en defensa de los intereses de los usuarios, que son claramente intereses privados. Por ello la mencionadas Comunidades de Usuarios están legitimadas para interponer el recurso de casación en interés de la Ley cuando lo que intentan rebatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, para el buen orden del aprovechamiento del agua, lo cual no ocurre cuando lo que se discute afecta al cobro de las deudas de la Comunidad por gastos de conservación, limpieza y mejora, contempladas en el nº 4 del artículo 75 de la Ley de Aguas , a pesar de que las mismas graven la finca o industria en cuyo favor se realizaron, y, de que la Comunidad de Usuarios pueda exigir su importe por la vía administrativa de apremio. Con independencia de la

naturaleza de tales facultades, lo cierto es que con el ejercicio de las mismas lo que se protege es el patrimonio de la Comunidad de Usuarios, pero no el interés general del aprovechamiento del aguas para lo que fueron constituidas; esto es, la actuación del la Comunidad dirigida al cobro de las deudas de los usuarios, no afectan sino al ámbito estrictamente privado de administración de la Comunidad, sin implicar ejercicio de funciones administrativas conferidas por la Ley o delegadas por la Administración pública…>>.

C) Potestad reglamentaria[9]

Incluimos en este apartado la referencia a la potestad reglamentaria como la capacidad delegada o de segundo orden (por debajo de la ley) que corresponde al gobierno de ordenación de la vida social.

Podemos extraer su definición de la STS de 28 de enero de 2002 en la que se señala que <<…En los pronunciamientos de esta Sala, hasta la reiterada STC 204/1992, de 26 de noviembre (RTC 1992, 204) , se pueden distinguir dos líneas jurisprudenciales: conforme a una de ellas, mayoritaria, el dictamen preceptivo del Consejo de Estado se exige para los reglamentos autonómicos dictados en desarrollo de leyes estatales, no para los reglamentos dictados en ejecución exclusiva de leyes autonómicas, entre otras, Sentencias de 12 de mayo (RJ 1987, 5258) y 23 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7394) , 18 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2481) , 5 de abril de 1989 (RJ 1989, 3153) y 6 de junio de 1988 (RJ 1988, 4533) ; conforme a otra, minoritaria, se hace depender la intervención preceptiva del Consejo de Estado de que lo disponga la concreta Ley a desarrollar por el Reglamento autonómico (SSTS de 17 de febrero [RJ 1988, 1184] y 21 de junio de 1988 [RJ 1988, 4410]). Dualidad de criterios que se mantiene después de las Sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 19 de octubre (RJ 1992, 3882) y 24 de noviembre de 1989 (RJ 1992, 3953), y de ulteriores Sentencias en las que se apunta, incluso, el carácter sucedáneo de informes de otros órganos técnicos (STS de 15 de diciembre de 1989 [RJ 1990, 2901]).

La citada STC204/1992, de 26 de noviembre (RTC 1992, 204), aborda directamente, no ya la cuestión de si el Consejo de Estado puede actuar como órgano consultivo de las Comunidades Autónomas –incluso emitiendo dictámenes preceptivos– que había sido resuelta en sentido afirmativo, sino si esta intervención podía venir establecida en una Ley de Estado y, más concretamente, en la LOCE y con la amplitud con que se establece en el párrafo segundo de su artículo 23. A estos efectos, el Tribunal Constitucional entiende que este precepto de la Ley Orgánica no hace sino concretar la normativa básica o la procedimental común, de inexcusable observancia para las Comunidades Autónomas, resalta la importante garantía que para el interés general y la legalidad objetiva representa la intervención del Consejo de Estado, y entiende

[9] Desde una perspectiva amplia, el trabajo de Menéndez, P.: "Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial". Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Civitas. Madrid.1993.

que, aunque la norma orgánica es susceptible de diversas interpretaciones, las «competencias correspondientes» que menciona parecen referirse a todas aquellas que hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, sin que la ley distinga entre las asumidas por vía estatutaria o a través de las formas previstas en el artículo 150 CE. Ello, no obstante, en el ejercicio de su autonomía organizativa las Comunidades Autónomas pueden establecer, en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, en cuyo caso resulta constitucionalmente posible la sustitución del informe preceptivo de este último por el de un órgano superior consultivo autonómico, en relación con el ejercicio de las competencias de la respectiva Comunidad. Eventualidad esta, obviamente ajena a la consideración del presente recurso, por cuanto, como reconoce la Administración recurrente, no se había creado aún el Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma Valenciana que se crea por la Ley de la Comunidad 10/1994, de 19 de diciembre.

La doctrina de la Sala posterior a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional no modificó de forma radical su interpretación de la referencia del artículo 23, párrafo segundo, de la LOCE a «en los mismos casos previstos en esta Ley (LOCE) para el Estado», sino que ha seguido distinguiendo entre disposiciones reglamentarias que son ejecutivas de Leyes estatales –o de Reglamentos Comunitarios (Unión Europea)– en cuya elaboración es preceptivo el informe del Consejo de Estado, y aquellos Reglamentos de las Comunidades Autónomas que son de carácter organizativo o son ejecutivos de Leyes regionales dictadas por los Parlamentos de esas Comunidades, en las que no resulta preceptivo, con lo que parece seguir una de las dos primeras corrientes jurisprudenciales antes expuestas; así resulta, entre otras, de las Sentencias de 21 de enero (RJ 1992, 742) , 7 de mayo (RJ 1992, 10673) y 13 de junio de 1992 (RJ 1992, 5910) , 11 (RJ 1993, 3610) y 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3421) , 15 (RJ 1993, 6194) y 19 de julio de 1993 (RJ 1993, 5594) , 2 (RJ 1993, 8401) y 25 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9041) , 14 de septiembre (RJ 1994, 6969) y 25 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8207)>> .

Sin embargo, progresivamente se ha ido consolidando una posición, más en sintonía con la mencionada STC 204/1992 (RTC 1992, 204) , que extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado, de la que son paradigmas la Sentencia de 16 de enero de 1993 (RJ 1993, 342) , dictada en recurso extraordinario de revisión y la Sentencia de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2623) , que vienen a exigir el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una Ley, siempre que no exista un organismo autonómico homologable a dicho Consejo.

E) Delimitación y actuaciones en el ámbito del dominio público y de los bienes propios de la Administración.

La defensa del dominio público y de los bienes patrimoniales frente a las intromisiones ilegítimas que puedan sufrir de terceros se ha convertido, igualmente, en uno de los ámbitos en los que es más posible el ejercicio del poder de policía y el ejercicio de potestades exorbitantes como la delimitación, recuperación de oficio, etc.…que son elementos que, en el marco del derecho privado exigen ineludiblemente la autorización de un juez. La titularidad pública y la afección esencial a los intereses públicos hace que, en este caso, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establezcan un régimen de determinación esencial de las condiciones de delimitación y defensa del patrimonio inmobiliario.

Se incluye la referencia en la STS de 21 de mayo de 2018 en la que se señala que <<…Como acertadamente resume el Sr. Abogado del Estado en su escrito de interposición del recurso, la sentencia que se recurre entiende que la Confederación Hidrográfica del Ebro no puede considerar que los terrenos en que va a realizarse la plantación, cuya autorización se solicita, pertenecen al dominio público hidráulico, desde el momento en que el solicitante presente documentos aparentemente contrarios a la inclusión de esos terrenos en el DPH; según la Sala sentenciadora, en esos supuestos, la Administración precisa acudir al deslinde administrativo o al ejercicio de la acción reivindicatoria correspondiente.

Según el escrito de interposición, la <<exigencia de determinación, mediante deslinde, del dominio público hidráulico, como requisito previo a ejercicio de potestades administrativas en el mismo por parte de la Administración Pública del Agua puede comprometer la adecuada defensa de los intereses generales en este ámbito, en el cual, como se desprende del artículo 92 bis del Texto Refundido 1/2001, de la Ley de Aguas están implicados intereses medioambientales>>, para sostener que <<Pues bien, de entrada no hay ningún precepto en nuestra legislación de aguas que condicione el ejercicio de las facultades sobre el DPH al hecho de que éste se encuentre previamente deslindado ... ... En especial, no exigen el previo deslinde ni los preceptos donde se regulan las facultades de la Administración Hidráulica sobre el DPH en sentido estricto o sobre las zonas de servidumbre o de policía, ni lo exigen las propias normas que regulan la práctica y los efectos del deslinde del DPH. Ya hemos indicado que esas normas se concretan especialmente en los arts. 4 °, 6° y título V (de la protección del DPH y de la calidad de las aguas) del TRLA aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio y en los arts. 4 °, 6 ° a 9°, inclusive, y en los capítulos II del título II (de la utilización del dominio público hidráulico) y I del título III (de la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Decreto 849/1986, de 11 de abril , en la redacción vigente en el momento de dictarse el acto administrativo recurrido en la instancia>>.

Se concluye afirmando que <<Por ello, la doctrina que debería sentar el TS es la de que el deslinde no es imprescindible para que la Administración pueda ejercitar sus

facultades sobre el DPH ni siquiera en aquellos casos en que se invocasen títulos privados o comunales contradictorios>>.

3. El criterio del ejercicio de potestades como delimitador de la existencia o no de determinadas relaciones jurídicas: la perspectiva del Derecho comunitario.

Las delimitaciones vienen en este ámbito por la interpretación de las normas de función o empleo público porque una de las características esenciales del Derecho de la Unión Europea ha sido, precisamente, la no interferencia en las formas organizativas de los diferentes estados que están en función de su propia tipología y de la sistemática de los respectivos Estados.

La STJCEE de 31 de mayo de 2001 señala que <<… A este respecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha excepción debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Comisión/España [TJCE 1998, 263], apartado 35, y Comisión/Bélgica [TJCE 2000, 37], apartado 25). El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que, por lo general, la actividad de las empresas de vigilancia o de seguridad no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público (sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 26; véase asimismo sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 39).

El Gobierno italiano no ha invocado ninguna circunstancia de la que resulte una apreciación de la situación en Italia distinta de la realizada en los casos que dieron lugar a la jurisprudencia citada. En particular, por lo que atañe a la alegación referente a la facultad de detención en caso de flagrante delito de que disponen los guardias jurados de seguridad privada que son contratados por las empresas de seguridad, basta señalar que, según se desprende del punto 45 de las conclusiones del Abogado General, los guardias no disponen de más autoridad que cualquier otro particular.[10].

[10] La STJUE de 29 de octubre de 1998 ya se había pronunciado en un sentido similar cuando señaló que <<… En cuanto al apartado 4 del artículo 48 del Tratado, procede señalar que las empresas de seguridad privada no forman parte de la administración pública y que, por consiguiente, esta disposición no se aplica al presente asunto.

34 Por lo que se refiere a la excepción prevista en el párrafo primero del artículo 55 en relación, en su caso, con el artículo 66 del Tratado (LCEur 1986, 8) , debe recordarse que, por tratarse de una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento, debe ser interpretada de tal modo que su alcance quede limitado a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencia del 15 de marzo de 1988 (TJCE 1988, 127) , Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 7).

35 Según jurisprudencia reiterada la excepción contenida en dicho artículo debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público (sentencias de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 45, y de 13 de julio de 1993 (TJCE 1993, 120), Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8).

Esto significa que reservamos al funcionario de carrera el ejercicio de las funciones que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, en primer término, y que supongan o puedan contribuir a la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Desde una perspectiva general, el artículo 1º de la Ley 13/1993, de 23 de diciembre sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Europea contenía, desde una perspectiva menos general, una mención según la cual y de conformidad con el artículo 1º <<… 1. Los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.2. El Gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea.3. En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1 de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos…>>.

Esto nos permite indicar que el legislador ha mantenido una referencia interpretativa que conecta directamente con el ejercicio directo o indirecto del ejercicio de potestades y con la salvaguarda de los intereses del Estado. Es cierto que, desde una perspectiva administrativa, la referencia a potestades es más simple que la conexión con los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. Pero es, igualmente, cierto que la inclusión de ambos conceptos viene de lejos y se ha ido consolidando.

Llegados a este punto podemos indicar de una forma natural que no existe un concepto propio ni único de poder público, sino que, realmente, son las normas estatales las que van delimitando el mismo en función de la propia organización del Estado, de su concepción, de su transformación y de su propia conceptualización del papel del Estado.

---

36 En el presente asunto, se deduce de los autos que la actividad de las empresas y del personal de seguridad tiene por objeto llevar a cabo misiones de vigilancia y de protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas>>.

4. Una nueva forma de actuación: la supervisión de sectores y de actividades.

El déficit de presencia pública y, sobre todo, en las formas clásicas se compensa – por eso aludimos en todo momento a la transformación y el cambio del rol de las Administraciones Públicas- con formas de intervención nítidamente diferentes. En este apartado nos referimos a la función de supervisión que, aunque pueda considerarse como una función ínsita en la función de policía o, desde otra perspectiva, en la función de ordenación económica o de prestación de los servicios públicos, en la tiene una relevancia y un ámbito de actuación que trasciende de este concepto. Analicemos algunas de las características esenciales de esta función.

4.1. Una mínima aproximación a la formulación conceptual de la supervisión.

Las formas de intervención de los Estados en la economía a través de la historia han sido muy variadas porque también lo son los mecanismos y los propios intereses a los que responde la misma.

En este sentido se ha indicado, muy a menudo, que la primera y más genuina de las formas de intervención ha sido precisamente la de asunción por el propio Estado de la actividad económica bien con carácter general o bien porque la misma tenía un resultado ruinoso en términos de gestión económica y, sin embargo, la posición de la misma o el interés en su mantenimiento ha justificado que no operaran los mecanismos de mercado y, específicamente, la quiebra y la suspensión de pagos y que la Administración asumiera su gestión.

Es cierto, visto con perspectiva histórica, que el mecanismo, en sí mismo, tenía un alcance limitado y que el Estado puede cubrir algunos fallos del mercado, pero tiene difícil convertirse en la red del problema general.

Sobre el tema, señala Muñoz Machado que << las regulaciones, en este último sentido, el concepto que ha tomado carta de naturaleza en Europa, en poco más de veinte años repartidos casi por igual al uno y otro lado del alba del siglo XXI. Y es también, un concepto nuevo, aunque no lo sean las técnicas e instrumentos de intervención del Estado en la actividad de los ciudadanos en que se descomponen…>>.[11]

A partir de esta idea podemos señalar que la característica esencial es que la regulación y la supervisión del mercado como medida inherente a la primera no se centra, únicamente, en el establecimiento de una regulación de carácter jurídico, sino que se identifica con otras referencias – más allá de la regulación jurídica- que caracterizan la supervisión del sector y con la adveración de que se cumplen los requisitos establecidos por la legislación en cuestión. Este factor de comprobación

[11] Muñoz Machado, S.: "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación jurídica". En "Derecho de la regulación económica". Dir. Muñoz Machado S y Esteve Pardo. J. Madrid. 2009 pág., 26.

posterior de los agentes que intervienen en el ejercicio de la actividad se ha convertido en el elemento central de la regulación y sobre el vamos a asentar la regulación que se analiza seguidamente.

4.2. Consideraciones generales sobre la operatividad de la supervisión de mercados.

En el marco al que nos acabamos de referir podemos indicar, sin embargo, que la supervisión de los mercados económicos se ha convertido en los últimos años en un elemento central de la vida social y económica convencidos todos, probablemente, de que las otras formas de intervención en la economía ya no tienen una virtualidad suficiente para convertirse en paradigmas de aplicación general y relegadas, por tanto, a supuestos y situaciones de carácter puntual.[12]

Las causas de este interés son diversas y, probablemente, muy vinculadas al propio momento y las necesidades sociales y, por tanto, también muy tributarias de nuestro propio esquema de supervisión de mercados y de las influencias que puede plantear el mismo para la garantía frente a los ciudadanos en un marco global y de riesgos generales. Como consecuencia este (el de los riesgos globales) se convierte el elemento central del eventual desconcierto en el aseguramiento del control de las actividades sociales muy centradas, hasta ese aquí, en el control de fenómenos territorialmente limitados.[13]

En un breve intento de aproximación – referido al modelo español- podemos señalar, dentro de las circunstancias propias, que, de un lado, la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia ha supuesto una inflexión evidente sobre el sistema previo al reunificar en una misma entidad las responsabilidades comunes sobre el conjunto de operadores del sistema económico (que correspondía a la Comisión Nacional de la Competencia) ha transformado el panorama de la responsabilidades diferenciadas de entes, igualmente, diferentes y con dinámicas propias a un ente con una cierta visión de conjunto más allá de su especialización y ordenación interna diferenciada.[14]

---

[12] Sobre el tema, Betancor Rodríguez, A.: "Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho". Ciencias Jurídicas. 1994; Sánchez Hernández, H A. y Serna Bilbao, M. NI.: "La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia". Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 2015

[13] Magide Herrero. M.: "Límites constitucionales de las Administraciones Independientes". Estudios de Administración General. 2000; Rallo Lombarte, A.: "La constitucionalidad de las Administraciones independientes". Teoría y realidad constitución. Revista 10-11. 2002

[14] Pomed Sánchez, L.A.: "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes". Revista de Administración Pública. Núm. 132. Madrid. 1993; Merusi, F.: "Las Administraciones independientes". Documentación Administrativa Núm. 250-251.Madrid. 1998.: Rodríguez Pontón, F.J.: "Gobierno, política y Administración: elemento de debate para las "Administraciones Independientes". Revista Catalana de Derecho Público. Núm. 24. Barcelona. 1999; García Llovet E.: "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho". Revista de Administración Pública. Núm. 131. Madrid. 1993.

Es probable que sea muy pronto aún para hacer una evaluación con fundamento de la decisión de unificación de los reguladores de mercados y de la competencia en un mismo órgano. Las noticias de prensa y la lectura de resoluciones, con votos particulares ciertamente significativos y curiosos, hacen predecir que el funcionamiento de la Comisión no es tan operativo ni fluido como cabía esperar de la finalidad perseguida con la unificación que, al menos, debía abundar en la fijación de criterios más armónicos en su conjunto en relación con las necesidades sociales. Igualmente, el conflicto en relación con el funcionamiento de la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal está replanteando el problema de la independencia funcional real y la forma de ejercerla o asfixiarla en función de la utilización instrumental del procedimiento o de la existencia o no de a de medios económicos.[15]

De otro lado, la crisis bancaria, la existencia de productos tóxicos como las preferentes o las clausulas suelo, la anulación de la salida a bolsa de Bankia han tenido como esencia que los ciudadanos españoles tengan o empiecen a tener dudas sobre la función de supervisión y la seguridad que esta función y quienes la ejercen deben desarrollar en la vida pública española. Esta sensación ha ido más lejos y la propia STS de 16 de mayo de 2008 aborda directamente la omisión, en este caso, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores del deber de inspección y en la que se señala que <<…Los recurrentes entienden que la CNMV hizo dejación de su función inspectora. Pero, a la vista de los hechos probados, ello no fue así. Tan pronto como la CNMV, como consecuencia de una visita de inspección ordinaria, tuvo conocimiento de las irregularidades en la actuación de AVA, requirió a ésta a que hiciese las necesarias subsanaciones. La CNMV fue particularmente exigente a fin de que los valores adquiridos por AVA para sus clientes que figuraban depositados a su propio nombre en llamadas "cuentas ómnibus" fueran objeto de anotaciones individualizadas a favor de los correspondientes clientes. Además, en ningún momento a lo largo del año 1997 cejó la CNMV en su presión sobre AVA: recibió un informe de auditoría ordinaria, hizo varios requerimientos, e inició una inspección

[15] En relación con las mismas y de modo prácticamente telegráfico pueden recordarse las noticias de las que se hicieron eco los medios de comunicación allá por noviembre de 2015. Por ejemplo, el Diario ABC señalaba que <<…Las diferencias entre el Ministerio de Hacienda y la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) se pueden percibir nada más entrar por la puerta de la sede del organismo que vela por la sostenibilidad de las cuentas públicas. Las obras en las que lleva meses inmersa la oficina de la Airef en la Calle José Abascal no sentaron bien en su día al Ministerio de Hacienda, por el gasto que suponían, aunque desde la Autoridad subrayan que la inversión se realizaba para ahorrar en alquileres al ampliar el espacio de la oficina.

Estas diferencias con el Ministerio dirigido por Cristóbal Montoro se han repetido desde el comienzo de la andadura del organismo que preside José Luis Escrivá el año pasado. Un conflicto interno que ha acabado por estallar al anunciar la Autoridad Fiscal que piensa recurrir ante la Audiencia Nacional una orden ministerial que regula el acceso a la información presupuestaria de la Airef…>>.http://www.abc.es/economia/abci-claves-conflicto-entre-hacienda-y-autoridad-fiscal-201511162223_noticia.html. Accesible el día 1 de mayo de 2016.

extraordinaria. Fue precisamente como consecuencia de esta nueva inspección como la CNMV consiguió que AVA reconociese que, sobre determinados valores, que habían sido adquiridos mediante financiación de SIBIL, pesaba una doble prenda a favor de esta entidad y de los bancos proveedores; y la existencia de esa doble prenda fue, como se vio más arriba, determinante de la pérdida patrimonial sufrida por los recurrentes. En resumen, no puede decirse que la CNMV se desentendiera del seguimiento de este asunto y, por consiguiente, no hubo dejación de su función inspectora. También el motivo quinto debe ser desestimado…>>. Y como consecuencia de esto se precisa el alcance de la función de inspección que, según la STS, alcanza a <<…por lo que tiene toda la razón la sentencia impugnada cuando afirma que la potestad inspectora de la CNMV "no incluye facultades coercitivas de investigación, de suerte que su actividad de inspección se encuentra circunscrita a los documentos que los operadores bursátiles pongan a su disposición, pudiendo ejercer potestades sancionadoras en caso de ocultación u obstrucción, pero no ostentando facultades compulsivas en la recabación de datos". No cabe reprochar a la CNMV, en suma, que no obtuviera antes la información relativa a la pignoración de determinados valores…>>.

En este mismo terreno, la STS de 6 de julio de 2015 se plantea los requisitos y las posibilidades de la exigencia jurisdiccional de tutela en orden a la inspección de conductas. E n concreto, señala que <<…como hemos visto, la sentencia recurrida cita la sentencia de esta Sala, Sección 7ª, de 24 de julio de 2000 (recurso contencioso-administrativo 408/2009 SIC (RJ 2001, 289)) -cuya doctrina reitera luego la sentencia de la misma Sección 7ª de 8 de enero de 2013 (RJ 2013, 1200) (casación 7097/2010)- en la que quedan señalados los requisitos exigidos para que pueda ser acogida la pretensión fundada en la inactividad administrativa que regula el artículo 29.1 de la de la Ley reguladora de esta Jurisdicción . Allí se explica que en los casos en que -como aquí sucede- no se pretende el cumplimiento de una obligación nacida de un acto o contrato sino derivada directamente de una disposición general, << (...) para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general».

Trasladando esas consideraciones al caso que nos ocupa, es claro que el recurrente no era titular de un derecho -correlativo a la obligación de la Administración- que le permita impugnar la inactividad que reprocha a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la vía del artículo 29.1 de la de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Por lo demás, en el caso que examinamos ni siquiera puede afirmarse que la Comisión Nacional del Mercado de Valores permaneciese inactiva tras el escrito del recurrente de 12 de noviembre de 2012, pues, como la propia sentencia recurrida deja señalado, la decisión de no incoar el expediente que se solicitaba estuvo precedida de "...una intensa actividad interna, solicitando informes y practicando requerimientos de información, que con más detalle se relacionan en los antecedentes de esta resolución" (fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida…>>.

Desde esta consideración podemos indicar que se ha introducido en la sociedad española una cierta duda (o un cierto miedo, según se mire) sobre la forma de ejercicio de la función de supervisión de los mercados y de la actividad económica que va más allá del cuestionamiento de la figura y de la propia necesidad y se centra, esencialmente, en el modelo y en su funcionalidad que son, sin duda, las cuestiones centrales que están planteadas y que están, a su vez, directamente relacionadas con la función social que se atribuye a las entidades de supervisión como fundamento esencial de su propia existencia.

Es cierto, sin embargo, que los problemas de supervisión de mercados no pueden, como indicábamos anteriormente, centrarse únicamente en el modelo orgánico y en su operatividad, sino que, finalmente, tienen también una problemática más amplia derivada de un mercado abierto y global en el que los órganos de supervisión de carácter supranacional comienzan a tener (por ejemplo, en materia bancaria) una influencia decisiva hasta el punto de haber eliminado a los órganos nacionales. La conexión y la operatividad entre ambas instancias territoriales esta comenzado a ser formalizada y constituye, sin duda, una referencia de funcionamiento correcto o patológico.

Adicionalmente podríamos señalar que el problema no es únicamente de órganos de supervisión y de instancias territoriales competentes, sino que va más allá como consecuencia de la propia dinámica económica y de los efectos que determinadas situaciones o crisis de entidades (bien o mal supervisada) producen en el conjunto de la actividad económica del mundo en general. No parece necesario recordar ni profundizar en qué supuso para la economía mundial los problemas de Lehman Brothers, etc.…Sin duda, la interconexión de las actividades económicas hace que la forma y el alcance de la supervisión y el control de los mercados tenga, realmente, una forma y una concepción diferente a la clásica.

El panorama es, así, más incierto de lo que era previsible y, probablemente también, menos dogmático porque las formas de realización, el alcance de las medidas y, en general, la operatividad del sistema está en un debate permanente e imbuido de una

problemática nacional o internacional que, realmente, desfigura los límites de las actuaciones de otros momentos.

4.3.- El modelo español de supervisión de mercados.

Un repaso histórico de las formas de intervención del Estado en la economía en España a lo largo de los últimos siglos nos permite indicar que el legislador optó, en muchas ocasiones, porque la intervención se concentrará en la asunción de la propia actividad económica en manos públicas (recordemos, por ejemplo, la posición que, en este sentido, ocupa el Instituto Nacional de Industria).

Sin embargo, de esta tendencia histórica quedaba, fundamentalmente, al margen la actividad bancaria en la que, prácticamente, desde el principio, se piensa en un sistema de supervisión y control que es el antecedente más claro y conocido de las formas de supervisión de sectores que hemos acabado instaurando en muchas otras actividades económicas en función de la relevancia que para el interés general tienen las mismas.[16]

Es cierto, sin embargo, que el ingreso de España en la Unión Europea condiciona, finalmente, el modelo y la asunción de actividades económicas en el ámbito público cuando responden a un interés comercial y económico que no se identifica con necesidades esenciales de la población o con la satisfacción de actividades de interés general, resulta muy mermado en función a la ordenación del mercado, la interdicción de la existencia de ayudas públicas y la libre competencia. Esta circunstancia se reconoce, expresamente, en el Dictamen de 13 de septiembre de 2012 cuando señala que <<… 2.- En esta línea, un aspecto de gran relevancia y lleno de consecuencias prácticas es el hecho de que los organismos reguladores, con cada vez mayor frecuencia, se convierten en agentes de ejecución (en ocasiones, incluso directa) del Derecho de la Unión Europea. De esta forma, se va más allá del principio de ejecución indirecta por los Estados miembros del Derecho comunitario y se establecen formas de actuación conjunta entre la Comisión Europea, los reguladores sectoriales en el nivel europeo y las autoridades nacionales de regulación.

Como luego se verá con detalle, tales formas de ejecución compartida son de especial relevancia en el mercado energético -tanto de la electricidad como del gas- y en el de las comunicaciones electrónicas, adoptando distintos niveles de intensidad: en el primer caso, se impone a los reguladores nacionales una autentica coordinación de sus decisiones con las de la Comisión Europea y la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACRE); mientras que, en el campo de las comunicaciones, se trata más bien de una especie de cooperación y de tener en cuenta los dictámenes

[16] Berenguer Fuster, L y Sánchez, P.: "Regulación, agencias reguladoras y defensa de la competencia". Revista Vasca de Economía. Núm. 37. 1997: Vidal, P y Folguera, K.: "La liberalización de las industrias de red desde una perspectiva jurídica: agencia reguladoras y órganos de defensa de la competencia". Revista Vasca de Economía. Núm. 46. 2001.

y posiciones del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE)….>>.

En gran medida, junto con la existencia de unos requisitos comunes en el marco de los indicadores más esenciales del funcionamiento económico que impiden determinados niveles de inflación, deuda o déficit han condicionado de forma evidente la participación de los Estados en la economía y reconducido el problema de la presencia pública en la economía al aseguramiento y el control de determinados mercados con el objetivo de conseguir la libre competencia y, eventualmente, la preservación de determinadas actividades en la sociedad.

Desde nuestra perspectiva podemos señalar la existencia de dos momentos históricos claramente perceptibles y diferenciables. El primero, se corresponde con un periodo – no identificable en términos concretos ni de calendario- en el que la apertura de la economía española, la privatización de determinados servicios otrora gestionados con posiciones monopolísticas, la presencia de operadores económicos no nacionales, entre otras causas, han ido propiciando una serie de normas que inciden en dichos sectores y que, han tenido como elemento central (en la mayoría de los casos) la de instaurar sistemas posteriores al propio cambio normativo para asegurar el funcionamiento de los mercados. Desde la perspectiva de lo que aquí analizamos en este momento, podemos indicar que esta fase previa se caracteriza por la heterogeneidad orgánica de forma que, prácticamente, en cada sector importante va apareciendo un órgano específico de supervisión.

Este esquema de funcionamiento es el que introduce en nuestro Ordenamiento la diferenciación entre órganos de supervisión de sectores (que habían dado en denominarse como verticales) y que se caracterizan por la vinculación íntegra del sector al órgano supervisión frente al concepto de competencia general en el que lo que se analiza es el comportamiento y los actos de los operadores jurídicos con independencia de la actividad económica en la que realicen su labor. En este último campo se preserva al mercado económico – en general- de las conductas de los operadores (sean los que sean) que puedan perjudicar el mercado (esto es lo que se ha denominado presencia o aseguramiento horizontal de los mercados).[17]

[17] En punto a esta distinción, señala el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 que <<… Respecto de todos ellos, y especialmente por lo que hace a los citados en primer lugar, es muy relevante establecer la diferencia entre organismos reguladores sectoriales ex ante (típicamente CMT y CNE) y la CNC como organismo encargado de la defensa de competencia ex post (no sólo en sentido temporal, ya que previamente vigila también las concentraciones económicas, sino en el sentido cualitativo de órgano encargado de aplicar el Derecho anti-trust, con sentido siempre sancionador o represivo). Esta distinción, que puede parecer meramente teórica, ha sido sin embargo subrayada a lo largo del expediente y se basa en algunos datos incuestionables de Derecho positivo que no deben olvidarse. De una parte, la diferente base en el Derecho originario de la Unión Europea que tienen unos y otros órganos y la consiguiente estructura normativa diversa en su aplicación: la defensa de las libertades en sentido clásico, promoviendo ampliamente la competencia en sectores con fallos de mercado (energía, telecomunicaciones, postal: artículos 126 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [TFUE] aprobado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007); frente a la defensa de la

El segundo momento, se produce con la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión nacional de los Mercados y de la competencia que produce una reunificación de los supervisores del mercado y de los sectores y que constituye el modelo actual.

Analicemos, brevemente, estos dos momentos si bien podemos recordar, con carácter previo, que se trata de un modelo de regulación y supervisión de corte europeo y muy diferenciado del modelo americano. El Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 recuerda, específicamente, esta circunstancia cuando señala que <<… Se encuentra, de un lado, la influencia de la experiencia norteamericana de las llamadas comisiones reguladoras independientes. Su peso, no obstante, en el Derecho español -como en general en los ordenamientos administrativos surgidos del modelo napoleónico- no puede considerarse excesivo, como después se observará a propósito de la parte expositiva del anteproyecto.

Y ello porque, de un lado, se integran en la forma típica de actuación administrativa en los Estados Unidos, que es la de administración por agencias; y, de otro lado, porque el reforzamiento de su independencia obedece a razones constitucionales tendentes a la solución de problemas que no se plantean en los Derechos europeos, como el límite al control presidencial de los nombramientos, el establecimiento de sistemas de designación de cargos administrativos en modelos no funcionariales o la necesaria determinación de procedimientos normativos y de decisión en ciertos sectores económicos….>>.

Sobre esta base y con fundamento en el propio Dictamen del Consejo de Estado puede señalarse la justificación última de la creación de estas instituciones en el ámbito europeo. En concreto, el Dictamen señala que <<… De otra parte, la aparición de este tipo de estructuras administrativas obedece en Europa, si se hace abstracción de las razones de independencia de los bancos centrales, a motivaciones bien diferentes>>.

En efecto, se aducen razones de neutralidad y criterios de especialización técnica para alejar de la pura decisión política sectores con intereses sociales en presencia muy relevantes (en este amplio sentido, la noción se remonta al menos a los años setenta y a la creación de entidades de este tipo en Francia e Italia en sectores como el bursátil, la protección de datos informáticos o el audiovisual).

En cualquier caso, sí puede afirmarse con certeza que, en un segundo momento -en el que la denominación de organismos reguladores comienza a cobrar un significado

---

competencia en sentido funcional, esto es operando más bien como prohibición de conductas en ciertos supuestos, en mercados competitivos (artículos 101 y siguientes del TFUE). De otra parte, a diferencia de algunos sectores donde el reparto de competencias entre reguladores a que antes se aludía se produce como un ejercicio compartido de competencias, el reparto entre órganos defensores de la competencia y supervisores sectoriales se caracteriza por la superposición de funciones de contenido diverso (dictamen y decisión, informe y resolución, etc.)….>>.

técnico más exacto, dentro del género de las llamadas administraciones independientes- es decisiva la influencia de los procesos liberalizadores en el seno del Derecho de la Unión Europea. De aquí arranca la consideración de tales organismos dedicados a la supervisión como autoridades nacionales de regulación en los sectores energético, de telecomunicaciones, postal, etcétera…>>.

El panorama completo de los órganos reguladores se completa con dos ámbitos específicos que mantienen los reguladores propios. De un lado, el régimen de supervisión de las entidades de crédito que se mantiene en el control del Banco de España y –actualmente- en el Banco Europeo y, de otro, en la Comisión Nacional del Mercado de Valores que mantiene el control de los activos bursátiles.

Adicionalmente y en esquemas de otra raíz organizativa cabe señalar que algunas legislaciones sectoriales en las que puede reconocerse una auténtica actividad de supervisión, pero realizada desde órganos de la propia Administración. En este ámbito podemos referirnos, esencialmente, a la función que corresponde al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (Ley 22/2015, de 20 de julio) o al que se contiene en la Ley 13/2007, de 2 de julio, en relación con la ordenación y la supervisión de seguros. En un sentido similar, la función que corresponde a la Dirección General de ordenación del Juego, según la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, sobre los operadores de dicha actividad – en la modalidad on line- que corresponde a la Administración una vez que el legislador decidió no crear el órgano de supervisión independiente al que se refería la citad Ley.

Este esquema podría completarse – aunque ya con otra perspectiva- al control que se establece en la Ley General de Seguridad Social en relación con las mutuas patronales o aquellos supuestos en que lo determinante es la actividad y su repercusión social como ocurre con la energía nuclear atribuida en su gestión y control al Consejo de Seguridad Nuclear.[18]

Esto nos permite señalar que existen tres niveles de supervisión. El primero, la regulación que se concentra en la Ley 3/2013- al que nos referimos detenidamente en el apartado siguiente. El segundo, el que se mantiene en órganos supervisores conforme al esquema clásico de órganos independientes, aunque no incluidos en el ámbito funcional de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y, finalmente, un tercer grupo, representado por la propia Administración o por órganos vinculados o dependientes de esta. El esquema, las facultades y la propia función de la Administración en todos los supuestos guarda una cierta identidad y se ajusta, en la mayoría de los casos, a esquemas muy similares, aunque, formalmente, el vehículo, el instrumento orgánico tenga características diferenciales y un régimen de organización y funcionamiento diferente.

[18] López Ramón, F.: "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente". Revista de Administración Pública. Núm. 126. Madrid. 1991.

Si intentamos profundizar en las verdaderas razones del legislador para optar por unos u otros esquemas no siempre han sido claras ni suficiente explicitadas. Es claro que la regulación internacional tiene una influencia decisiva en los mercados de las entidades de crédito, las operaciones bursátiles o la competencia pero – más allá de estos elementos comunes- la concreción en los diferentes sectores como el transporte o el juego (por citar las últimas referencias) no es tan clara cuando la presión no es directamente comunitaria y ahí el legislador, manteniendo un esquema de supervisión muy convencional y parecido, opta por modelos organizativos diferentes.

Esto nos permite indicar que, realmente, no existen a priori ni con validez más o menos generalizada una formulación organizativa única y que es la conformación del propio sector, su relevancia frente a terceros, su importancia social y, en general, un conjunto variable de circunstancias las que determinan uno u otro modelo.

En el contexto expuesto[19] se produce la publicación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Su modelo tiene escasos precedentes en el ámbito de la supervisión de mercados – aunque el preámbulo de la norma indique se trata de una tendencia reconocible en el ámbito de los Países Bajos- pero, como se verá seguidamente, trata de centralizar y coordinar las decisiones de ordenación y supervisión de los mercados en un esquema uniforme que pusiera fin al esquema de dispersión al que nos hemos referido. [20]

En este sentido es, especialmente, útil el resumen sobre los modelos comparados que realiza el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 cuando señala que <<… Respecto a los modelos comparados, se han tomado en consideración, además del modelo que puede llamarse "unisectorial", de un organismo regulador para cada uno de los sectores regulados (como sucede predominantemente en Francia, Italia y en nuestro propio Derecho), los siguientes:

El modelo de "regulador convergente", que asigna a un solo regulador la supervisión de sectores íntimamente relacionados, como ocurre paradigmáticamente en el Reino Unido, donde se han creado las entidades denominadas OFCOM (Office of Communications), para regular los sectores de las comunicaciones electrónicas, postal y audiovisual, y OFGEM (Office of the Gas and Electricity Markets), que aglutina la supervisión de los sectores de gas y electricidad. Es igualmente el caso de Francia para los dos primeros mercados mencionados, donde desde el año 2005 el ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) ejerce funciones reguladoras sobre el sector postal y el de las comunicaciones

[19] Massaguer Fuentes, J.; Arribas, A.: "Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia". Madrid. 2015.

[20] Ortiz, S.: "Algunos apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en España". Revista Digital de Derecho Administrativo. Núm. 14. 12/2015

electrónicas.
- Un segundo modelo que puede llamarse de "regulador multisectorial", que fusiona en un solo regulador todos los sectores regulados de las industrias en red. En el caso de Alemania, la Bundesnetzagentur (BNetzA) integra, desde 2005, a las autoridades regulatorias de correos y telecomunicaciones, y a las encargadas de supervisar los sectores de gas, energético y ferroviario.
En fin, el modelo de integración en un "único organismo regulador", tanto de los reguladores sectoriales como de la autoridad de la competencia, hasta el momento sólo ha sido previsto por los Países Bajos (estando prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2013), según el cual se crea la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM), integrándose el ya regulador convergente Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (Onafhamkelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, OPTA), junto con la Autoridad de Consumidores y la Autoridad de Competencia (Nederlandse Mededinginsautoriteit, NMa), que también actúa como regulador de los sectores de energía y transporte.

La memoria se centra en un breve análisis comparativo de los dos últimos modelos mencionados -holandés o de único organismo, alemán o de "organismo multisectorial con mantenimiento de la CNC"-, a los que añade el que llama "modelo mixto" u "organismo multisectorial que aplicaría la Ley de Defensa de la Competencia" …>>.[21]
Es claro, después, de lo dicho que el modelo elegido tiene escasos precedentes y que los que se comentan tienen como función esencial la agrupación de supervisores verticales en función de determinadas afinidades relativas al mercado en el que, respectivamente, operan. La opción por un órgano único que refunda los "verticales" y los horizontales tiene, como queda dicho, escasísimos precedentes en el contexto europeo e, incluso, en el americano.
Las causas explicitas en el Preámbulo de la norma pueden identificarse con las siguientes:
<<…A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias

[21] Sobre el tema, con carácter general, puede verse el trabajo de Salvador Martínez, M.: "Autoridades independiente: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España". Ariel. 2002.

en la misma materia.
En segundo lugar, de modo especialmente importante en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada.
En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada.
En los últimos años, se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uni-sectorial a un modelo de convergencia orgánica, material o funcional en actividades similares o a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red. Las ventajas que han motivado la adopción de estos modelos son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad.
Por último, en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia. Con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes>>.
Como consecuencia de lo anterior, se señala que <<…La situación actual en España, en la que se ha aprobado la creación de ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios y se ha previsto la creación de otro más, debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nuestro entorno. La filosofía que subyace en la existencia de todos estos organismos es fundamentalmente velar por unos mercados competitivos y unos servicios de calidad, en beneficio de los ciudadanos. La presencia de todas estas entidades de forma separada, con sus respectivos órganos de gobierno y medios materiales, exige una reforma de calado teniendo en cuenta la existencia de funciones, procedimientos, metodologías y conocimientos que, por su identidad o semejanza, bien podrían ejercerse o aplicarse por una sola institución…>>.

El Consejo de Estado en el Dictamen previo a la norma, en sesión de 13 de septiembre de 2012 señaló que, a su juicio, se trataba de un proyecto prematuro en la conformación del modelo. En concreto indicó que <<…. En fin, como se ha puesto de relieve por muchos de los organismos intervinientes -en especial, por la Comisión Nacional de la Competencia y por el citado Consejo de Consumidores y Usuarios-, así como en audiencia ante este Consejo de Estado, la reforma en profundidad de diversos sectores de gran relevancia en la economía nacional, el diseño de un nuevo modelo de supervisión plasmado en los niveles europeo y nacional, así como sus implicaciones jurídico-administrativas y presupuestarias, hubiesen requerido una tramitación mucho más detenida, con mayor participación y sobre la base de un estudio sosegado de las ventajas que se esperan del nuevo modelo.

La urgencia del dictamen que se solicita de este Consejo es otra manifestación de la premura con que se ha procedido en la tramitación de una norma que se estima de capital importancia, por las razones antes apuntadas…>>. Esta referencia es aún más explícita en otro apartado del mismo Dictamen en el que se señala, expresamente, que <<… El Consejo de Estado valora el esfuerzo por lograr los objetivos propuestos por el informe del Consejo de Ministros, que en alta medida debería satisfacer la regulación proyectada. No obstante, comparte con alguna de las entidades intervinientes -siendo de destacar la opinión de la CNC- que la relevancia del asunto y la hondura de la modificación propuesta hubieran aconsejado una tramitación más detenida que permitiese perfilar importantes aspectos de la norma. Entre ellos, son de particular importancia los relativos a la distribución de funciones entre la CNMC y los departamentos ministeriales (en especial, en lo que afecta a ciertas competencias encomendadas a los reguladores independientes por el Derecho de la Unión Europea) y a la estructura organizativa, financiera y de personal de la nueva institución; cuestiones que deberían ser objeto de una elaboración mucho más acabada para evitar el riesgo real de pérdida de eficacia en la supervisión hasta el momento encomendada a órganos que cuentan ya con una experiencia decantada en las respectivas materias, así como para evitar una merma en la independencia en la actuación del regulador. Los aspectos mencionados serán objeto después de observaciones de carácter general y algunas otras específicas a ciertos preceptos…>>.[22]

Desde una perspectiva funcional, el artículo 1º de la Ley de 2013 establece que <<…2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios…>>.

[22] Rallo Lombarte, A.: "La Comisión Nacional de los mercados y la competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia". Teoría y Realidad constitucional. Núm. 34. 7/2014.

Desde una perspectiva de la posición ordinamental, es el artículo 4º el que establece que <<…1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en todo el territorio mediante la coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con la Administración General del Estado y con los órganos jurisdiccionales.
2. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial, con la Comisión Europea y con las autoridades competentes y organismos de otros Estados miembros, fomentando la coordinación de las actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable. En particular, fomentará la colaboración y cooperación con la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y con el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas…>>.[23]
Sobre esta base y sin que entremos, en este momento, en el análisis detenido de las respectivas competencias podemos señalar, con vocación de síntesis, que se le atribuye a dicho Organismo:

- Función de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos (art. 5)
- Supervisión y control del mercado de las comunicaciones electrónicas (art. 6)
- Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural (art. 7)
- Supervisión y control del mercado postal (art. 8)
- Supervisión y control de mercado de comunicación audiovisual (art.9)
- Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias (art. 10)
- Supervisión y control del sector ferroviario (art. 11).

Desde una perspectiva orgánica, el Consejo funciona en pleno o en salas. En relación con las salas, el artículo 18 establece que <<… 2. Cada una de las salas estará compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la de Supervisión regulatoria por el vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala y, en los términos establecidos reglamentariamente, aprobará y publicará el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones. Cuando concurran circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá adoptar otras medidas tendentes a garantizar el adecuado funcionamiento de las salas…>>.

[23] Martín Aresti, P.: "Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia". Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Núm., 1. Vol.2. 2014.

Finalmente es el artículo 25 de la Ley de 2013 el que completa la regulación sobre la base de definir los órganos de dirección que cifra en los siguientes:
a) La Dirección de Competencia, a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el artículo 5 de la Ley.
b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 6, 9 y 12.1.a) y e) de la Ley.
c) La Dirección de Energía, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 7 y 12.1.b) de la Ley.
d) La Dirección de Transportes y del Sector Postal, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 8, 10, 11 y 12.1.c), d) y f) de la Ley.
Desde esta perspectiva podemos decir que se ha buscado una cierta organización funcional en el esquema preexistente por medio de las Direcciones y de las propias Salas que intentan asegurar la diferente óptica de lo que hemos denominado visiones verticales y horizontales, aunque sometidas, finalmente, a los órganos de toma de decisión en el ámbito de la Comisión Nacional. Este esquema fue, expresamente, recomendado en el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 en el que se señala que <<… Habiéndose optado por un sistema distinto debe en todo caso cuidarse que el régimen único que deriva del anteproyecto no se traduzca en una uniformidad aplicativa, de dedicación de medios y de ejercicio de funciones, en mercados cuya consistencia, volumen y experiencia reguladora son muy diferentes…>>.
De alguna forma podríamos decir que se trata del reconocimiento de heterogeneidad dentro de la uniformidad del órgano de decisión lo que, sin duda, es, a priori, un modelo complejo y que, como indicaremos en diversas ocasiones, no estaba muy testado y cuyos resultados están, igualmente, por analizar desde la perspectiva de la funcionalidad y la posición ordinamental de los órganos de supervisión.
No debe olvidarse, sin embargo, que la creación de la CNMC conllevó una redefinición funcional de los denominados reguladores y los Ministerios sectoriales.[24]

[24] Se refiere, explícitamente a ello, el Dictamen del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 en la que se señala que <<… Dos decisiones normativas han supuesto un avance importante en este sentido: de un lado, la de deslindar la función general de defensa y promoción de la competencia -que corresponde por entero a la CNMC- de aquellas otras que se ejercen en los mercados objeto de supervisión. Como consecuencia, el artículo 5 tiene un carácter, en este sentido, universal o exclusivo en lo que hace a la función de "preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos"; en tanto que los artículos 6 a 11 encuentran su correlato en las disposiciones adicionales décima a duodécima del anteproyecto, que establecen las competencias a ejercer por los ministerios correspondientes. De otro lado, la cláusula residual de competencia se establece hoy en favor de la CNMC y no de los departamentos ministeriales, como sucedía en las primeras versiones, precisión que se estima elemental e imprescindible para salvaguardar la independencia del regulador en el ejercicio de estas funciones; así, reza la disposición adicional quinta: "Las competencias que las normas vigentes atribuyen a los organismos que se extingan cuando se constituya la Comisión Nacional de los Mercados

5. Los grandes debates en relación con el funcionamiento de los "órganos de supervisión": más allá de la unificación o la heterogeneidad.

5.1. Consideraciones de alcance general

En el intento de trascender del modelo de los problemas concretos y situarnos en la problemática operativa de los órganos de supervisión y control podemos analizar ahora lo que denominamos como "grandes debates" operativos de la introducción en España de órganos se supervisión de mercados económicos o del comportamiento de los operadores en los mercados generales.

Del conjunto de los debates que podrían plantearse podemos referirnos, en este momento, a dos.

A) La extracción y el nombramiento de los órganos de dirección.

Sin lugar a duda uno de los problemas no resueltos desde la aparición de las Administraciones Independientes es el relativo a la forma de nombramiento, a las cualificaciones profesionales de quienes acceden a estos cargos y a las reglas de cese y actuación de estos. El problema no es único de este tipo de Administraciones, sino

---

y de la Competencia y que esta ley no haya atribuido expresamente a los departamentos competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia". Pero con ello no quedan solventados los problemas en lo que atañe al nuevo reparto de competencias, pues subsiste principalmente un problema de inseguridad jurídica en la definición de ciertas funciones, junto a algunas competencias concretas que se estima deberían atribuirse de forma específica a la CNMC. Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro (en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan competencias a la CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, artículos 5.1.h), 6.f), 7.ai), 8.g), 9.k), 10.c) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole "realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por ley o por real decreto". Además de la deficiente redacción, debiendo el inciso temporal ir entre comas, y de que la norma así enunciada es superflua -la CNMC tendrá esas funciones, en efecto, porque se las concedan las leyes o reglamentos que se dicten-, parece claro que el sentido debe ser el de atribuírselas en presente. Esto es, se debe otorgar al regulador de la competencia y de estos sectores la competencia de "realizar cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes u otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico vigente", tal y como figuraba en las primeras versiones. En segundo lugar, deben ser objeto de atribución expresa a la CNMC ciertas funciones que se estiman de relevancia. Así, además de otras funciones que las leyes vigentes atribuyen a los reguladores y que deberían figurar de forma expresa atribuidas a la CNMC por su importancia, hacer referencia al menos en la exposición de motivos (vg. lo relativo a la protección de los ciudadanos, a los catálogos de sus derechos y obligaciones), deberían añadirse las siguientes competencias: En el artículo 6 ("supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas"), no se han incluido las competencias recogidas hoy en el artículo 48.3.e) LGTEL -precepto cuya derogación prevé la disposición derogatoria única [apartado b)] del anteproyecto- y que tampoco se establecen en favor del MINETUR. El citado artículo, por lo que ahora interesa y prescindiendo de la función de informe al órgano de defensa de la competencia (obviamente hoy sin sentido), confiere al regulador estas competencias: Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones: 1…>>.

que, realmente, se ha proyectado sobre el conjunto de instituciones y órganos constitucionales pensado para tener una independencia de criterio y de actuación más allá o al margen de la extracción de los proponentes para dicho órgano.

La necesidad de la independencia es consustancial a la función y la consecución de esta conforma uno de los aspectos centrales del funcionamiento y de la operatividad del conjunto de estas instituciones. Cualquier simplificación sobre el balance histórico tiene como elemento central muchas informaciones y situaciones conocidas desde fuera de las mismas, pero sí podemos indicar, sin miedo a equivocaciones, que la sociedad en su conjunto no considera que el modelo esté logrado y que la independencia y la profesionalidad hayan ganado la partida al procedimiento de extracción o de propuesta.

No es fácil encontrar las causas últimas de no haber sido capaces de dotarnos de una solución final plenamente satisfactoria. Desde luego, que, desde una perspectiva no jurídica, la falta de "altura de miras" de los respectivos gobiernos y la imposibilidad de detener la tentación de la ocupación de las instituciones con criterios políticos es algo que forma parte de nuestra vida política de los últimos años y lo que es peor, una constante en momentos como los actuales en el comportamiento de muchos de los "nuevos" agentes políticos. Desde otra perspectiva, también metajurídica, podríamos decir que los técnicos, la meritocracia y la propia burocracia tienen una "mala prensa" en España fundada en la insensibilidad y el rigor excesivo que sus soluciones – en general- suponen y que exige las matizaciones y las adaptaciones que provienen de la sensibilidad política.

Finalmente, no hay que descartar, tampoco, que la independencia funcional de cualquier órgano es, realmente, una pérdida de poder político que ningún gobierno sacrifica con naturalidad ni aceptación generalizada.

Más allá de estas consideraciones si nos centramos en los modelos posibles podríamos resumir las opciones en la de nombramiento directo y sin requisitos de los respectivos gobiernos, en el nombramiento directo pero sometido a criterios técnicos de designación, en el nombramiento directo por el Parlamento (con o sin mayorías específicas). En el otro lado de la balanza se discute si nombramiento de único tramo temporal, su duración y, eventualmente, la posibilidad o no de renovación. Son estas variables las que han ido combinándose – con mayor o menor éxito- en las diferentes regulaciones sin que, realmente, hoy, tengamos un criterio definitivo de la que resulta más idónea para asegurar el funcionamiento y la organización de las instituciones y organizaciones independientes.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los mercados y de la competencia, el propio Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de valores, la Ley 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad independiente de responsabilidad fiscal y, en general, las normas que regulan el nombramiento del personal que dirige

los entes en cuestión es designada por el gobierno entre personas que cumplan la característica de ser personas de reconocido prestigio y experiencia en el sector con una experiencia que se determina en cada una de las respectivas normas.
Este esquema se completa con la posibilidad de veto de alguna de las dos cámaras parlamentarias. La opción por la participación del parlamento no puede considerarse que haya desvirtuado el sistema de cuotas extractivas ni asegurado un funcionamiento independiente y profesionalizado del conjunto de las instituciones y órganos constitucionales. Por decirlo en términos coloquiales "pesa" demasiado el esquema de cuotas y de reparto como para vislumbrarse un cambio notable de paradigma por la presencia del Parlamento en la designación o la elección.
El sistema, en su conjunto, ha planteado serias dudas a todos los supervisores, probablemente, porque, como se ha dicho, los respectivos gobiernos no han hecho o puesto el suficiente énfasis en el nombramiento de personas que actúen con independencia funcional que es lo que dicen las respectivas normas de organización y funcionamiento de los supervisores. No supone ninguna ayuda, en este sentido, el sistema de propuesta ni que, finalmente, se consiga que el voto y la actuación en la respectiva institución coincidan con los intereses del partido político proponente en la designación inicial como miembro del órgano.
Un análisis más profundo de esta disfuncionalidad nos lleva a reconocer que, ciertamente, es muy difícil encontrar un sistema de reconocimiento de la profesionalidad y la experiencia que no pase por el elemento subjetivo de la propuesta y valoración de alguna institución y la aprobación de otras. Es cierto, sin embargo, que en lo que es funcionamiento, el comportamiento y la actividad existe una sensación generalizada de que no se ha conseguido <<despegar>> a los designados de los intereses de los designantes o proponentes y eso ha condicionado la percepción social de muchas de sus conductas y, por ende, de las propias instituciones.
En este punto y reconociendo las dificultades de separar ambos intereses (los de proponentes y los designados) cabe indicar que éste es, sin duda, uno de los grandes déficits del funcionamiento de estas instituciones y, por ende, la que más ha minado su credibilidad funcional.
En consideración a lo anterior es preciso postular la necesidad de conseguir que el funcionamiento y los aciertos y las equivocaciones de estos órganos consigan someterse a un sistema en el que sus intereses sean únicamente los de la institución que representa y que se refuerce su independencia, su transparencia, orden y una visión centrada, únicamente, en su función.
Con una mínima perspectiva histórica podríamos decir que ni con los sistemas puros de designación gubernamental ni con la interposición adicional del control parlamentario de la elección y su sometimiento a la criba parlamentaria no han

conseguido, sin embargo, el efecto final de visualización real de la independencia de órgano respecto de su extracción o propuesta política.

La percepción institucional de los supervisores no forma parte de nuestra cultura y de la forma esencial de entender la presencia de estos en la sociedad y en, este caso, en la actividad económica. La vida y la continuidad de la función, por encima o al margen de las dinámicas políticas y parlamentarias, no puede considerarse definitivamente asentada en el espectro administrativo español. Sin este factor de institucionalización es evidente que la propia dinámica del órgano independiente y de la elección fundada en criterios no partidistas queda, cuando menos, en entredicho.

Llegados a este punto y, sobre la base de lo que acaba de analizarse, cabría preguntarse sobre las posibilidades de encontrar un sistema alternativo que supere algunas de las dificultades de las aquí apuntadas. Desde nuestra consideración el elemento central es el incremento del profesionalismo en la elección o, sobre todo, en la propuesta de los partidos políticos. Pero este incremento debe necesariamente compensarse o apoyarse con un margen adicional y una mayor altura de miras en la designación. Los partidos políticos deben entender que la apropiación de estas instituciones no produce a la larga ningún beneficio para la sociedad y que, por tanto, la dinámica general del botín (o del reparto) de los puestos públicos debería dejar paso al gobierno de los mejores con el debido control, pero rompiendo y liberando a los elegidos del vínculo o de la fidelidad política a favor de la fidelidad institucional.

Esto debería visualizarse en un panorama en el que los clásicos bloques políticos no se traducen en una forma de funcionamiento mimético en el ámbito de la respectiva institución y en la que en esta los criterios de mayorías-minorías dejan de ser un elemento de confrontación para dejar paso a un esquema diferente en el que el conjunto de los elegidos piensa en clave de la institución y no de la ideología o del agradecimiento por la designación.

Es probable que en la sociedad actual sea complicado encontrar este perfil de profesionales competentes y no alineados estrictamente al funcionamiento o al agradecimiento por la designación. El problema ni es nuevo ni es únicamente español. Todos recordamos como el funcionamiento de los jueces del Tribunal Supremo (al que, eventualmente, se le reconocía un problema como el que ahora planteamos) se resolvió sobre la base de declarar perpetuo el nombramiento de los mismos de forma que nadie conoce y dispone, a priori, de una determinada cuota por la sencilla razón de que se desconoce el ritmo de las vacantes.

Es probable que la opción por considerar perpetuos los puestos en determinados órganos públicos no sea, finalmente, una solución de carácter general pero es cierto que evidencia un problema que se plantea con mayor agudeza en momentos en los que la vida política es menos plural y está más concentrada en opciones políticas

limitadas en las que finalmente hay una cierta esperanza de conseguir el poder en todas sus manifestaciones de una forma cíclica y, por tanto, la ocupación de los niveles de decisión política.

Sea como fuere es lo cierto que sistemas de mejora existen muchos, pero será difícil conseguir su operatividad si realmente no existe un consenso entre los agentes políticos y representativos de conseguir un marco de actuación más profesional, menos imbuido por criterios o fidelidades políticas y sin entender, finalmente, que el interés público es, en muchas ocasiones, una renuncia a determinadas cosas o facultades en aras de la mejora del interés general.

Este factor de renuncia al control de las instituciones y el fomento de la independencia en su funcionamiento son elementos centrales de la conformación de un modelo diferente que debería servir de una forma, igualmente, diferente al cumplimiento de los objetivos que las instituciones de supervisión deben cumplir en la sociedad actual.

B) La dotación de fines y medios

En el mismo plano de la renuncia al control de las instituciones cabe indicar y reclamar la necesidad de que las instituciones en concreto tengan los medios suficientes para el ejercicio de su función. El debate sobre los medios es, claro está, un debate sobre el control de la institución, de su funcionamiento y de su operatividad social.[25]

A partir de esta simple referencia podemos señalar que es cierto que el esquema de financiación de estas entidades se presenta a priori como ciertamente complejo. Tradicionalmente nos hemos movido entre su asignación presupuestaria convencional y en la financiación mediante la generación de créditos como

[25] El problema de los costes de los órganos reguladores está presente en el debate previo y en la elaboración de la Ley 3/2013. En concreto, se señala en el Informe del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 2012 que <<… E) Versión de 20 de julio de 2012, que fue informada por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (25 de julio siguiente), poniendo de relieve -entre otros aspectos- que "se precisaría un estudio en el que se recogieran los costes que supone en la actualidad el desarrollo de las funciones en materia de regulación de los mercados y de competencia, tanto para los distintos organismos competentes como para los departamentos ministeriales, de forma que mediante su comparación con los costes que dichas funciones supondrían una vez puesto en funcionamiento el nuevo marco de distribución de competencias regulado en el anteproyecto de ley (también tanto para el nuevo organismo como para los departamentos ministeriales afectados) pudieran cuantificarse los ahorros derivados de la mayor eficiencia organizativa que se plantea".

Sugerencia que dio lugar a la incorporación al expediente de la siguiente documentación: cuadros de costes de CNSP, CREA y CRF -acompañados de las correlativas memorias económicas de los costes elaboradas por el Ministerio de Fomento, la Dirección General de Aviación Civil y el CRF, respectivamente-; cuadro con las previsiones de retribuciones de la relación de puestos de trabajo de la CNMC para 2012; resolución de 10 de octubre de 2011, de la Comisión Nacional de Energía, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2010 y nota de la SETSI (10 de julio de 2012) dedicada al "cálculo de los costes del organismo de nueva creación y forma de financiación" y al "cálculo de los costes derivados de la redistribución de funciones y competencias que se regulan para cada uno de los departamentos ministeriales afectados"….>>.

consecuencia de su potestad sancionadora y del ingreso de las multas correspondientes a la misma o la exacción de tasas o precios públicos como consecuencia de los servicios que se presten.

En el primero caso, la vinculación al presupuesto tiene un predominio evidente de las autoridades presupuestarias y sus decisiones, en el marco de un planteamiento general y de objetivos muy generales, es más que claro. Los límites del equilibrio entre lo que solicitan los órganos independientes y lo que se pueda conceder en el marco de un planteamiento presupuestario genérico es, ciertamente, un equilibro más que difícil de establecer y, depende, de nuevo, de la altura de miras y de la comprensión institucional.

Adicionalmente y como fórmula alternativa la vinculación a su propia recaudación fundada en el ejercicio de la potestad sancionadora puede llegar a desfigurar la propia naturaleza de ésta y su ubicación en el marco del interés general para convertirla en un sistema con dinámica propia en la que el factor recaudación puede desfigurar el más genérico del interés general.

Más allá del debate sobre los objetivos y la función propia de las entidades de supervisión cabe indicar que la función de supervisión es una función de cada vez mayor complejidad. El mercado global, las relaciones económicas en todo el mundo, con elementos y operaciones que, ciertamente, se han vuelto más complicadas y difíciles hace que la función de supervisión sea una labor, esencialmente, difícil.

En este punto resulta muy relevante el debate sobre los medios y los fines. La financiación presupuestaria estricta y el sometimiento de los entes supervisores a políticas comunes como las de empleo público han supuesto un deterioro evidente de la propia capacidad de actuación.

La congelación de plantillas y de presupuestos ha supuesto qué duda cabe una merma de la capacidad real de funcionamiento y algunas de las instituciones no han tardado en expresarlo así de forma, incluso, pública.

De alguna forma podríamos decir que la independencia real queda condicionada por la propia capacidad material de actuación y, en tiempos de crisis como los que estamos viviendo la mayor complejidad e intensidad de los mercados supervisados no se ha visto reforzada con una política decidida de apoyo material. Las limitaciones materiales condicionan, de facto, la función real y su efectividad.

En este sentido y reconociendo que el principio de equilibrio presupuestario admite pocas soluciones individuales que escapen de la disciplina general del ciclo presupuestario son, sin duda, una aventura difícil de admitir sí cabe indicar la necesidad de dotar al supervisor de los medios suficientes para el cumplimiento de los fines que tiene asignados.

Es cierto que la problemática de los medios es, ciertamente, diferente según el supervisor que analicemos y, especialmente, menos intensa en aquellas instituciones que, por su propio funcionamiento, tienen posibilidades de obtener ingresos propios

que puedan ser afectados a la financiación del mismo. Más allá de la idoneidad de las respectivas fórmulas lo que no es menor es el concepto: la necesidad de que la independencia operativa no pueda ser condicionada por una política de asfixia en los medios necesarios para el ejercicio de la actividad. La independencia exige medios y su provisión o su elusión son elementos esenciales para comprender la esencia del modelo.

C) Un modelo por madurar

Las consideraciones que acaban de indicarse nos ponen de relieve que, en el plano operativo, el modelo de supervisión (con carácter general y al margen de si plasmado en su forma dispersa y heterogénea o, como el actual, centralizado) es un sistema por <<madurar>>.

El régimen actual no ha conseguido la funcionalidad suficiente para considerar que se ha "despegado" de los condicionantes de su elección y, sobre todo, de la fidelidad o de las consignas propias de los partidos o instituciones proponentes. Este es, probablemente, el mayor reto: a la institucionalización de los mecanismos de supervisión y la conformación de órganos que no responda, directa o indirectamente, a los intereses o los debates que mantienen sus designantes sino únicamente a favor de los intereses de la institución que representan.

Al margen de estas dos consideraciones la funcionalidad y la operatividad de algunas de las entidades de supervisión han sido cuestionadas por sus propios resultados en los últimos tiempos en orden al cumplimiento real de su función en el ámbito de los casos más relevantes en los que se ha visto envuelta la sociedad española de los últimos tiempos. De hecho, comienzan a conocerse algunos procesos en los que se reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración por el mal funcionamiento y por las omisiones en la actuación de los principales órganos de supervisión. Probablemente la propia existencia de los procedimientos demuestra que el modelo no ha llegado a clarificarse tanto como era necesario.

De esta forma podríamos decir que el debate ha mezclado, por un lado, las cuestiones referidas al modelo de organización con las referidas el modelo de funcionamiento. Ambas circunstancias nos permiten señalar que queda mucho camino por recorrer y que el modelo tiene que consolidarse y, por ende, consolidar el papel de los supervisores en la vida económica española.

5.2. El tratamiento de la cuestión en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público

La publicación y entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen del Sector Público incluye en el artículo 84 dentro del sector público institucional las Administraciones independientes. Su regulación se contiene en los artículos 109 y 110 de la Ley de Régimen del Sector Público.

El primero de los artículos señala establece la definición señalando que son Administraciones Independientes<<… de ámbito estatal las entidades de derecho

público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley….>>.

Más allá de esta definición, el artículo 109 establece dos requisitos señalando que:

Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

- Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

Desde una consideración de régimen jurídico, es el artículo 100 de la Ley el que establece que <<… 1. Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común…>>.

Régimen que se completa con la indicación de que <<… Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril…>>.

De alguna forma podríamos indicar que la regulación se presenta con perfiles bastantes continuistas, en lo conceptual, y que su regulación, en sí misma, no soluciona los problemas generales y, sobre todo, los operativos a los que nos venimos refiriendo reforzando que la cuestión no es tanto de régimen jurídico como de operatividad y funcionalidad real de las instituciones en cuestión.

6. La responsabilidad y el control parlamentario como elemento de cierre del conjunto del sistema[26].

[26] Pauner Chulvi, C.: "La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: Parlamento y Administraciones independiente". Teoría y realidad constitucional. Núm., 19. 2007; Chistensen, T.: "Control político y autonomía en las Administraciones pública noruegas". Foro Internacional. Núm. 182. 2005

Más allá de las consideraciones operativas que acaban de hacerse podemos señalar, para concluir, que el entero sistema de supervisión exige, sin duda, una reformulación del control parlamentario de sus miembros y del establecimiento de formas de determinación de la responsabilidad por la gestión de los miembros de la supervisión.

En muchas de las normas reguladoras de los mercados se contiene formas de reprobación por incumplimiento de la función esencial. La característica central es situar –de alguna forma y en algún estadio- la responsabilidad de la remoción en el propio ente o en el gobierno.

Desde nuestra consideración estos instrumentos deben completarse con alguna forma de control parlamentario más intenso en comisiones específicas o en las comisiones generales, pero con una intensidad muy superior a la actual y, finalmente, en la posibilidad de reprobación que para evitar su uso partidista puede rodearse de la necesidad de una mayoría reforzada que evite aquel uso pero que refuerce el papel del parlamento en el control de esta actividad.

La intensificación del papel de control por el Parlamento puede matizar mucho la discusión sobre la independencia de órganos administrativos en el contexto constitucional que establece al Gobierno como el directo órgano de la legitimación democrática y respecto del cual se articula el conjunto de instrumentos de control que la Constitución establece. Esta referencia a la legitimación democrática directa es, precisamente, la que ha llevado a cuestionarse el alcance de la independencia de estos órganos a los que sus propias normas de creación otorgan independencia funcional del Gobierno.

En razón a estas circunstancias que, por otro lado, es realmente necesaria para el cumplimiento de la función podemos indicar el punto de equilibrio de la desafección funcional puede encontrarse, precisamente, en el establecimiento de mecanismos específicos de control parlamentario del funcionamiento y de la actividad de los órganos de supervisión.

Es cierto, eso sí, que el Parlamento debería articular una forma de control – en comisión o en comisión mixta Congreso-Senado- que realmente pueda tener una intensidad y un alcance que, realmente, es difícil de reconocer en la formulación actual de los sistemas de control parlamentario muy pensados – se diga o no- en la figura del Gobierno y en el establecimiento de mecanismos cuya última referencia es la moción de censura como sistema de control.

Desde nuestra consideración es preciso superar esta tendencia a hacer al gobierno el eje único del control parlamentario y establecer un sistema específico para este tipo de entes a los que, funcionalmente, se separa de la responsabilidad del gobierno para atribuirles la entera responsabilidad sobre un sector económico y sobre la posición de los agentes en el mismo.

7. Algunas referencias generales a modo de conclusión.

Las reflexiones que se contienen en los apartados precedentes nos sirven para indicar, con carácter general, que la presencia y la actuación de las Administraciones Públicas en la actualidad se ha transformado. Durante algunos años se tuvo la tentación de considerar que bastaba con la modificación del régimen jurídico aplicable y, en concreto, con la abdicación de la aplicación del Derecho Público para conseguir que la Administración Pública se volviera proactiva y eficaz y que los problemas que venían diagnosticando el conjunto de operadores jurídicos en relación con su propia esencia y funcionamiento encontraran una salida rápida.

El tiempo ha demostrado que el problema no era únicamente del régimen jurídico de la actuación administrativa, sino que las cuestiones son más estructurales y que, por tanto, son las propias funciones y, sobre todo, las formas de actuación administrativa los elementos nucleares de una transformación de contenido amplio y que afecta al conjunto del sistema y de la actuación de la Administración. El tipo de actuación que se espera de la Administración va más allá del concepto clásico de policía, de servicio público y de fomento para situarse en una Administración de la que se demandan servicios prestaciones e infraestructurales y de la que se demanda el aseguramiento de la actividad privada sin necesidad de una presencia directa.

Esta transformación y, sobre todo, la función de supervisión y aseguramiento permite que la presencia pública en el conjunto de sectores sea diferente, probablemente menor, y, en todo caso, con un conjunto de técnicas que no son reconducibles a los esquemas clásicos de los que partimos. Este es el elemento central del cambio y de una Administración que tiene funciones diferentes y pautas de actuación, igualmente, diferentes. En esencia, el problema es cómo pueden asumirse las funciones indicadas con los viejos esquemas clásicos y cómo tiene que producirse la evolución de estos. Este es, sin lugar a duda, el gran reto.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il rapporto tra la pianificazione territoriale e la disciplina delle attività commerciali alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali

di Giuliano Taglianetti

(Ricercatore Università Federico II)

Sommario

I. Premessa e obiettivi della ricerca. II. L'evoluzione della normativa sul commercio in Italia: dal sistema autorizzatorio all'affermazione del «principio di liberalizzazione» delle attività economiche. II.1. La centralità dei Comuni nella disciplina del commercio e la prevalenza delle previsioni urbanistiche su quelle commerciali. II.2. Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e la valorizzazione del ruolo delle Regioni. II.3. La normativa nazionale in tema di concorrenza e liberalizzazione delle attività economiche. I suoi effetti sulla potestà legislativa regionale in materia di commercio … II.4. Segue … e sugli strumenti urbanistici locali previgenti. III. La discrezionalità riconosciuta ai Comuni di porre limiti e restrizioni alle attività economiche nella giurisprudenza del giudice amministrativo. IV. Riflessioni conclusive.

Abstract

Based on the recent case-law, this work aims to focus on the impact over the public administration of a normative approach oriented to the competition and to the liberalization of the economic activities. More precisely, this work seeks to prove that the Municipalities do represent the main players called to implement in concreto the liberalization process due to their autonomy and discretion in the implementation of all administrative policies. As a matter of fact, Municipalities do know which are the peculiarities of the territory under their competence and shall combine them with the national and European policies aiming to liberalize the commercial activities

I. Premessa e obiettivi della ricerca.

«La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (…) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»[1].

In questo contesto si inseriscono le presenti riflessioni, concernenti il rapporto intercorrente tra la disciplina delle attività commerciali e le politiche urbanistiche di regolazione del territorio locale, nell'attuale quadro di (tendenziale) liberalizzazione delle attività economiche[2] e di promozione della concorrenza.

La prospettiva di analisi non è quella relativa al rapporto tra normativa nazionale ed europea[3]. La ricerca riguarda, invece, le conseguenze derivanti da una normativa

---

***** Il testo riproduce la lezione tenuta alla X edizione del Master di II livello in Diritto Amministrativo su «Il rapporto tra la pianificazione territoriale e la disciplina delle attività commerciali», presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa e riprende, con approfondimenti e aggiornamenti, le considerazioni svolte in G. TAGLIANETTI, *Regolazione del territorio e limiti all'iniziativa privata: il rapporto tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio, alla luce della normativa tendente alla liberalizzazione delle attività economiche,* pubblicato in *Riv. giur. ed.*, 2017, pp. 57 ss.

[1] Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1424, con nota di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*.

[2] In questo contesto l'espressione «liberalizzazione» è utilizzata per contrassegnare l'affrancamento dell'attività economica dai poteri amministrativi di conformazione e controllo. In una prospettiva più vasta, sulle liberalizzazioni nel diritto amministrativo e sulla disciplina della libertà di iniziativa economica rispetto all'acceso al mercato, cfr. A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 645 ss., spec. p. 647 ss.; R. VARALDO, *La disciplina del commercio tra liberalizzazione e regolamentazione*, *Ivi*, p. 983 ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3492 ss.; ID., *Liberalizzazione. Le premesse di diritto europeo*, in *Ist. fed.*, 2007, p. 279 ss.; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*. *Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008; F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali,* Milano, 2016.

[3] Sul rapporto tra normativa nazionale ed europea nella disciplina delle attività economiche, v., in particolare, N. LONGOBARDI, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo,* in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, p. 133 ss., spec. p. 135 ss.: l'A. evidenzia il carattere di libertà fondamentale assunto, attraverso il diritto europeo, dalla libertà di impresa e, in connessione a ciò, la perdita da parte del potere amministrativo del tradizionale primato nei confronti di tale libertà (dello stesso A., v. pure *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 606 ss.). Sull'argomento, cfr., altresì, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 99 ss., che riconduce l'attenuazione del potere discrezionale delle autorità pubbliche in materia di limitazione dell'acceso ai mercati e di svolgimento dell'attività imprenditoriale al necessario rispetto delle regole europee sulla concorrenza. Sulla inidoneità degli interessi economici (o di politica economica) a giustificare deroghe statali alle regole del mercato, sulle ragioni di questo limite e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, v. M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, spec. p. 177 ss. e p. 195 ss.

favorevole alla concorrenza e alla liberalizzazione delle attività economiche sull'autonomia decisionale delle pubbliche amministrazioni nella regolazione del proprio territorio.

La necessità di uno studio organico di questo tema - e l'esigenza che l'indagine venga svolta guardando non solo all'ampio dibattito dottrinale, ma anche all'evoluzione normativa[4] e giurisprudenziale[5] - nasce dalla notevole estensione dei poteri discrezionali attribuiti all'autorità pianificatrice[6] e dalle inevitabili difficoltà connesse al loro sindacato, che danno costantemente origine a pronunce contrastanti e a una notevole mole di controversie.

L'interesse sull'argomento è inoltre dettato dall'incessante evoluzione delle finalità perseguibili dagli enti locali nella gestione del territorio - testimoniata anche dallo

[4] Nel momento in cui si scrive è in discussione alla Camera dei Deputati la proposta di Testo Unico unificato in materia di disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali al dettaglio (recante «Modifica all'articolo 3 del decreto-legge 4 luglio 2006, n.223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248»), la cui approvazione inciderebbe in modo rilevante sul potere regolatorio in materia di Regioni ed enti locali.

[5] Da ultimo, la quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 298 del 14 gennaio 2019, ripercorrendo il quadro normativo in materia di liberalizzazione delle attività commerciali, ha sancito la legittimità del regolamento regionale veneto 21 giugno 2013, n. 1 (recante «Indirizzi per lo sviluppo del sistema commerciale» e attuativo della legge regionale 28 dicembre 2012, n. 50, recante «Politiche per lo sviluppo del sistema commerciale nella Regione del Veneto»), che ha assoggettato l'esercizio delle medie e grandi strutture di vendita a un regime autorizzatorio preventivo finalizzato alla verifica da parte dell'amministrazione della compatibilità urbanistica, viabilistica e ambientale connessa all'insediamento commerciale: i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimo l'intervento regionale in quanto preordinato alla salvaguardia di valori costituzionalmente rilevanti, tra cui la tutela dell'«ambiente urbano». Per una compiuta analisi della disciplina dell'insediamento degli esercizi commerciali nella Regione Veneto, v. S. MORO, *La disciplina dell'insediamento degli esercizi commerciali nella Regione Veneto come paradigma dell'evoluzione della funzione urbanistica*, in *Ist. fed*., 2014, p. 1023 ss.

[6] P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, p. 17, osserva come proprio nella materia urbanistica si abbia la discrezionalità più ampia che in qualsiasi altro ramo della pubblica amministrazione. La vasta latitudine di tale discrezionalità è efficacemente posta in evidenza anche da M. A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, in *Riv. giur. ed*., 2000, p. 3 ss. Tra i lavori monografici dedicati allo studio della discrezionalità amministrativa in relazione alla legislazione in materia urbanistica, cfr. L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988; L. PISCITELLI, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive: i vincoli urbanistici*, Padova, 1990, spec. cap. V; M. GOLA, *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, 1995; P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, spec. p. 55 ss. Anche in giurisprudenza è stata posta in risalto la natura altamente discrezionale dell'attività di pianificazione urbanistica: si veda in proposito Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 1986, n. 582, in *Cons. Stato*, 1986, I, p. 1105, secondo cui «la pianificazione urbanistica, finalizzata all'ordinato assetto complessivo del territorio, con tutte le attività che vi si svolgono, coinvolge una pluralità di interessi rispetto ai quali l'ordinamento non pone alcuna gradazione, né fissa criteri per la scelta. Ne deriva che rientra nell'ampia discrezionalità dell'amministrazione l'impostazione da dare alla pianificazione, soprattutto […] in relazione alle individuazioni delle aree da assoggettare al vincolo di piano ed all'assetto degli interessi collettivi da realizzare»; in termini analoghi, v. pure Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2004, n. 6401, in *Urb. e app*., 2005, p. 59 ss., con commento di M. RAGAZZO, *Scelte di pianificazione urbanistica e obbligo di motivazione*.

sviluppo della disciplina urbanistica verso la consensualità[7] e dall'introduzione di strumenti come il cambio di destinazione d'uso in deroga, previsto dall'art. 14, comma 1-*bis*, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - che nell'esercizio delle proprie potestà devono tenere conto di interessi sempre più complessi e variegati.

Il dato concreto da cui prendere le mosse per una riflessione sul rapporto tra la regolazione del territorio e la disciplina delle attività economiche è l'impatto, in termini fisici e funzionali, di queste ultime sul territorio[8].

Al riguardo, cogliendo l'aspetto conflittuale tra la prospettiva urbanistica e quella economica, autorevole dottrina ha definito l'urbanistica (che oggi è pacificamente considerata parte integrante del «governo del territorio»[9]) come «il settore nel quale il raggiungimento di un ordine giuridico in chiave pubblica deve fare i conti in continuazione» non solo con la proprietà, ma anche con «l'iniziativa economica»[10]; ovvero come «disciplina degli usi del territorio e delle sue risorse al fine di preservarli da iniziative economiche incompatibili con gli obiettivi della conservazione e della tutela, cui si riconnette il potere di imporre limiti al potere incondizionato della proprietà privata conformandola a finalità sociali»[11].

---

[7] Per un'analisi esaustiva dell'argomento si rinvia a P. URBANI, *Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000, nonché alla dottrina ivi citata. Sul tema, si vedano pure G. CROCIONI, *Dall'urbanistica prescrittiva all'urbanistica negoziale*, in P. URBANI (a cura di), *La disciplina urbanistica in Italia. Problemi attuali e prospettive di riforma*, Torino, 1998, p. 99 ss.; L. GAETA, *L'urbanistica contrattuale tra governo e mercato,* in M. GRAZIADEI, M. SERIO (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro,* Torino, 2017, p. 22 ss.

[8] Come è stato lucidamente osservato da G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm*., 2003, p. 707, «forse con la sola eccezione della c.d. *new economy* (ad es. i servizi *on line*), lo svolgimento di qualsiasi attività imprenditoriale incrocia necessariamente, in modo più o meno intenso, il territorio (se non altro per quanto riguarda l'ubicazione e l'uso dei locali in cui essa si svolge)».

[9] Sulla nozione di «governo del territorio» si rinvia a P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa economica e disciplina della proprietà,* in M. GRAZIADEI, M. SERIO (a cura di), *Regolare la complessità,* cit., p. 3 ss. É opportuno segnalare che il Giudice costituzionale si è in più occasioni pronunciato in merito alla appartenenza dell'urbanistica e dell'edilizia all'ambito - più ampio e comprensivo - del «governo del territorio». Si veda in proposito la sentenza della Corte costituzionale 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro it*, 2005, I, p. 327: «la giurisprudenza di questa Corte ha già chiarito (cfr. le sentenze n. 303 e n. 362 del 2003) che nei settori dell'urbanistica e dell'edilizia i poteri legislativi regionali sono senz'altro ascrivibili alla nuova competenza di tipo concorrente in tema di "governo del territorio". E se è vero che la normativa sul condono edilizio di cui all'impugnato art. 32 certamente tocca profili tradizionalmente appartenenti all'urbanistica e all'edilizia, è altresì innegabile che essa non si esaurisce in tali ambiti specifici ma coinvolge l'intera e ben più ampia disciplina del "governo del territorio" - che già questa Corte ha ritenuto comprensiva, in linea di principio, di "tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività" (cfr. sentenza n. 307 del 2003) - ossia l'insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio». In linea con l'orientamento sopra richiamato, in dottrina è stata sostenuta la tesi dell'«incorporazione», per la quale attualmente l'urbanistica è ricompresa nel governo del territorio, ma non lo esaurisce, costituendone l'asse portante o il centro di riferimento: in tal senso, v. S. AMOROSINO, *Il governo del territorio tra Stato, Regioni ed enti locali*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, 2003, p. 143 ss.

[10] G. BERTI, *Dinamica giuridico-economica nell'urbanistica*, in *Amministrare*, 1989, p. 361.

[11] P. URBANI, *Urbanistica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, pp. 868- 869.

Ai fini del recepimento della normativa europea, il legislatore statale ha stabilito i principi generali in tema di concorrenza e liberalizzazione nel settore del commercio, nonché le ipotesi astratte di possibile barriera all'ingresso nel mercato, attribuendo alle Regioni e ai Comuni il compito di attuare i principi così stabiliti.
In questo contesto si inscrive l'art. 31, comma 2, della legge 22 dicembre 2011, n. 214 (di conversione del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201, recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici») che rappresenta il punto nodale ove si incentrano i delicati equilibri tra il processo di liberalizzazione delle attività commerciali di derivazione europea e la necessità di salvaguardare valori fondamentali potenzialmente confliggenti con esso, quali «la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali».
Il potere assegnato alle Regioni e ai Comuni di regolare le attività commerciali è funzionalizzato alla tutela dei summenzionati obiettivi valoriali e deve essere esercitato nel rigoroso rispetto dei principi di stretta necessità e proporzionalità: a tali enti spetta in concreto il compito di cercare una equilibrata mediazione tra interessi economici e interessi *lato sensu* urbanistici.
L'analisi che segue partirà dalla ricostruzione della disciplina generale del commercio in Italia, ripercorrendo il passaggio dal sistema autorizzatorio all'affermazione dei principi generali di liberalizzazione delle attività economiche e di libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali.
Si esamineranno, poi, la ricaduta che il processo di liberalizzazione ha prodotto sul potere decisionale delle pubbliche autorità nella gestione del territorio, nonché il contenuto e i limiti del sindacato giurisdizionale esercitabile nei confronti dello stesso; in particolare, si tenterà di accertare, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e amministrativa, quale sia l'effettiva capacità delle Regioni e degli enti locali, ciascuno secondo le rispettive competenze, di regolare e porre limiti agli insediamenti commerciali, incidendo sulla libertà di iniziativa economica privata[12].
In particolare - anticipando sinteticamente una conclusione che in seguito si tenterà di sostenere più approfonditamente - si vedrà che i Comuni, in virtù del principio autonomistico e dei principi di sussidiarietà verticale, differenziazione e adeguatezza, rappresentano i terminali naturali e necessari nella gestione «in

[12] Per quanto riguarda il contenuto della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 del dettato costituzionale sembra potersi accogliere l'opinione secondo cui questo si sostanzia non solo nella libertà di decidere se intraprendere un'attività economica, ma anche in quella di organizzarla, e quindi nella libertà «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre» (A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 2018, p. 155, nt. 100). In termini generali sul tema, cfr., altresì, A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582 ss., ove si ripercorre anche l'origine storica del diritto di libertà d'iniziativa economica privata (v., in part., p. 584 ss.); F. GALGANO, *Sub Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, *Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

concreto» del contesto concorrenziale, ossia nel tradurre il processo di liberalizzazione nell'ambito della realtà territoriale di riferimento, considerata in tutte le sue specificità; in capo a questi ultimi, più che alle Regioni, permane un ampio e indefettibile potere discrezionale nell'individuazione di regole limitative delle attività commerciali, legato alla connaturata capacità dell'autonomia locale di fare fronte alle peculiari necessità del territorio interessato e di garantire gli interessi e i valori potenzialmente confliggenti con la normativa, nazionale ed europea, di stampo liberalizzatorio.

II. L'evoluzione della normativa sul commercio in Italia: dal sistema autorizzatorio all'affermazione del «principio di liberalizzazione» delle attività economiche.

II.1. La centralità dei Comuni nella disciplina del commercio e la prevalenza delle previsioni urbanistiche su quelle commerciali.

Ai fini della presente indagine, è opportuno ripercorrere le linee salienti dell'evoluzione normativa nazionale in tema di commercio[13], partendo dalla disciplina del regime fascista fino ad approdare alla legislazione di recepimento della direttiva 2006/123/CE sui «Servizi nel mercato interno» (conosciuta anche come Direttiva Bolkestein).

Per individuare la prima disciplina generale in materia di commercio, occorre muovere dal R.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2174, convertito con legge 18 dicembre 1927, n. 2501, basato sull'attribuzione alle autorità amministrative di funzioni prevalentemente autorizzatorie, nonché su un sistema di controlli e licenze di polizia posti a tutela dell'ordine pubblico e dell'igiene[14].

Tale norma introdusse la cosiddetta «licenza di commercio», che veniva rilasciata dal Sindaco del Comune interessato all'apertura dell'esercizio commerciale, previo parere obbligatorio e non vincolante di un'apposita Commissione comunale per il commercio, in base ad un giudizio ampiamente discrezionale circa la congruità del numero degli esercizi esistenti, in riferimento allo sviluppo edilizio, alla densità della

[13] Il «commercio» è stato definito come quel complesso di operazioni poste in essere dagli intermediari allo scopo di far pervenire le merci dai produttori ai consumatori: così, D. BEVILACQUA, *Disciplina del commercio*, in www.treccani.it, 2015, che richiama a sua volta G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958-59, p. 480 ss. Per un'analoga definizione di commercio al minuto, v. art. 1, comma 2, n. 2, l. 11 giugno 1971, n. 426, ai sensi del quale tale attività consiste nell'acquistare professionalmente merci e rivenderle in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione direttamente al consumatore finale.

[14] Per una ricostruzione della disciplina del commercio durante il periodo fascista in Italia, cfr, D. BAVIELLO, *I commercianti e i primi anni della Repubblica*, Milano, 2008, spec. p. 165 ss. L'A. osserva acutamente come il regime fascista abbia utilizzato la legge sulla disciplina del commercio varata nel 1926 a seconda delle necessità del momento: nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge, una serie di circolari ministeriali fornirono un'interpretazione più restrittiva della legge, fino a raccomandare di concedere nuove licenze solamente in casi di assoluta necessità; durante la crisi degli anni trenta si preferì, invece, lasciare libero accesso al commercio evitando di svolgere significativi controlli.

popolazione, all'ubicazione dei mercati rionali, alla presenza di strade di collegamento e alle caratteristiche dell'abitato.
Questo sistema fu caratterizzato da un generale regime di sorveglianza sull'attività dell'imprenditore commerciale e dall'assegnazione di un rilevante ruolo all'autorità pubblica nel settore economico; ruolo che troverà, poi, conferma nella Costituzione Repubblicana del 1948[15].
Un primo intervento di riforma organica del sistema si è avuto con la legge 11 giugno 1971, n. 426, cha ha abrogato la disciplina delle attività commerciali fondata sulle licenze di commercio varata in epoca fascista.
La disciplina del commercio è stata a lungo regolata da tale norma (integrata e modificata dalle leggi 29 novembre 1982, n. 887 e 27 marzo 1987, n. 1219) e dal suo regolamento di attuazione, il d. m. 4 agosto 1988, n. 375.
Essi riservavano al piano comunale del commercio non solo l'individuazione dei requisiti per l'accesso al mercato, mediante la determinazione dei luoghi e delle distanze tra i vari esercizi commerciali, ma anche la fissazione dei limiti dell'offerta in relazione alla capacità della domanda della popolazione residente e fluttuante: in quella fase storica si concepiva la pianificazione territoriale anche come strumento di politica economica[16].
In questo senso, è assai significativa la previsione di cui all'art. 11, comma 2, della legge del 1971: «Il piano, nel rispetto delle previsioni urbanistiche, tende ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e *il maggior possibile equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e fluttuante* [corsivo nostro]».
In tale contesto «era dunque l'amministrazione comunale a tentare di disegnare il mercato sulla base di proprie stime»[17].

---

[15] La Costituzione, se da un lato, riconosce il principio fondamentale (art. 41, comma 1) secondo cui «l'iniziativa economica privata è libera», dall'altro stabilisce che essa può essere sottoposta sia a limitazioni funzionali alla necessità di tutelare interessi pubblici, sia a programmi e controlli (art. 41, commi 2 e 3).

[16] Per un'analisi, anche in chiave diacronica, dei rapporti fra urbanistica ed economia si rinvia a M. C. GIBELLI, I. MAGNANI (cura di), *La pianificazione urbanistica come strumento di politica economica*, Milano, 1988; in argomento, per una sintetica ed efficace descrizione dell'evoluzione di tali rapporti, cfr., altresì, F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, p. 427 ss.; A. SAVATTERI, *L'autorizzazione commerciale presuppone la coerente destinazione d'uso dell'immobile (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 25 settembre 2015, n. 11401)*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 320 ss.

[17] A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 578. A questo proposito si parla di «urbanistica commerciale»: formula linguistica ancora oggi utilizzata nelle leggi di molte Regioni e in numerose pronunce dei Giudici amministrativi (cfr., ad esempio, Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 21 luglio 2014, n. 393, in *www.giustizia-amministrativa.it*) per contrassegnare il «governo del commercio attraverso la disciplina del territorio»: così, G. DE GIORGI CEZZI, *Gli insediamenti commerciali*, in G. SCIULLO (a cura di), *Governo del territorio e autonomie territoriali*, Bologna 2010, p. 229.

Il piano comunale del commercio[18], ai sensi del succitato art. 11, doveva essere approvato «nel rispetto delle previsioni urbanistiche»: come evidenziato in dottrina, se ciò non comportava una vera e propria relazione gerarchica, certamente dava vita a un rapporto *sui generis* che poneva il piano urbanistico in posizione sovraordinata rispetto al piano commerciale[19].

Il regolamento attuativo (art. 30, comma 6, D.M. n. 375/1988) confermava e specificava tale principio, disponendo che nella formazione dei piani comunali del commercio dovessero «essere osservate le norme stabilite con i piani regolatori generali e particolareggiati, con i programmi di fabbricazione, con i piani regolatori intercomunali, con i piani territoriali di coordinamento, con i piani di assetto del territorio approvati dalle competenti autorità regionali e ogni altra norma vigente in materia urbanistica, nonché le indicazioni programmatiche e di urbanistica commerciale approvate dagli organi della regione».

Nel sistema delineato dalla legge del 1971 e dal relativo regolamento attuativo i rapporti tra programmazione delle attività commerciali e pianificazione urbanistica erano chiari: il piano commerciale doveva essere conforme alle previsioni dei piani urbanistici[20], che dettavano comandi specifici circa l'uso del territorio[21], ovvero ponevano precetti conformativi delle proprietà di tutti gli immobili investiti dal piano.

Il ruolo delle Regioni in ambito commerciale era del tutto marginale, in quanto era limitato a una funzione di supporto ai Comuni nella redazione dei piani comunali di commercio e di adeguamento della rete distributiva, nonché nella gestione dei nullaosta per l'apertura o l'ampliamento di grandi strutture di vendita[22].

---

[18] I piani commerciali per il rilascio delle autorizzazioni venivano redatti a livello locale attraverso un processo decisionale a cui partecipavano rappresentanti delle organizzazioni dei commercianti. Di fatto, la normativa dell'epoca perseguiva simultaneamente due obiettivi: l'efficienza del mercato e la protezione degli esercizi commerciali già operanti.

[19] Così, D. M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, p. 120, che riprende il pensiero di G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio, in Riv. giur. urb.*, 1990, p. 159 ss.

[20] Sul punto, la giurisprudenza aveva osservato come quella legge rivelasse «chiare finalità di coordinamento tra le relative pianificazioni … istituendo un rapporto di sovraordinazione della disciplina urbanistica rispetto a quella commerciale» (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 28 giugno 2000, n. 3639).

[21] L'art. 13, comma 1°, l. n. 426/1971 poneva tra i contenuti obbligatori degli strumenti urbanistici generali comunali (cioè piani regolatori e programmi di fabbricazione) l'indicazione di norme per l'insediamento di attività commerciali ed, in particolare, delle quantità minime di spazi per parcheggi in funzione delle caratteristiche dei punti di vendita. Come osserva in proposito G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 161, nel sistema delineato dalla legge del 1971, la materia degli insediamenti commerciali viene a far parte del contenuto obbligatorio e non di quello facoltativo del p.r.g.

[22] La legge n. 426/1971 affidava alle Giunte regionali la competenza ad emettere un nullaosta in materia di grandi strutture (vale a dire quelle strutture di oltre 400 mq. di superficie di vendita nei Comuni con meno di 10.000 abitanti e di oltre 1.500 mq. nei Comuni con oltre 10.000 abitanti).

Come rilevato in dottrina, la riforma del 1971, soprattutto a causa dell'assenza di una disciplina generale della concorrenza[23] e di un ruolo di orientamento programmatico da parte delle Regioni, non ha favorito l'apertura al mercato delle attività commerciali; al contrario, in questa fase il rapporto tra economia e territorio è rimasto confinato all'interno di interessi prevalentemente protezionistici e locali, con conseguente tendenza da parte delle pubbliche autorità a salvaguardare gli interessi degli operatori esistenti[24].

II.2. Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e la valorizzazione del ruolo delle Regioni.

Agli inizi degli anni Novanta, in concomitanza con l'affermazione del principio europeo della libera concorrenza[25], si è sviluppata nel nostro ordinamento una tendenza che ha visto la progressiva riduzione del controllo pubblico sulle attività economiche a vantaggio degli obiettivi di liberalizzazione e semplificazione.

In questo contesto, è stato adottato il d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (cd. «decreto Bersani», recante la «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma dell'art. 4, comma 4, legge 15 marzo 1997, n. 59»), con il quale l'intero settore del commercio ha subìto una revisione complessiva, nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione[26], avvenuta attraverso il riconoscimento del primato della libera concorrenza rispetto al preesistente modello di pianificazione pubblica, e del potenziamento del principio di decentramento funzionale, realizzato attraverso la valorizzazione del ruolo delle Regioni[27].

Il decreto in parola ha individuato in maniera solenne (art. 2) il suo fondamento teleologico nella libertà di iniziativa economica privata e nella tutela della

[23] Come rileva in proposito S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2005, p. 59, la prima disciplina generale in tema di concorrenza è contenuta nella legge 10 ottobre 1990, n. 287.

[24] In tal senso, v. S. LINGUANTI, D. PARADISI, *Manuale delle attività commerciali e artigianali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 145, ove si sostiene che il ruolo assegnato ai Comuni dalla riforma del 1971 è stato «inteso, nella maggior parte dei casi, come necessità di salvaguardare il sistema distributivo esistente e di impedire, conseguentemente, l'entrata sul mercato di nuovi operatori».

[25] Per un'analisi di tale principio v., da ultimo, B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di «promozione» della concorrenza nel diritto amministrativo*, Torino, 2018 (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici) ove, in particolare, si analizza il rapporto tra l'esigenza di promuovere un assetto di mercato concorrenziale e i contrapposti interessi cui la disciplina delle attività economiche tende a dare copertura.

[26] Con tale decreto è stato effettivamente avviato il lungo percorso di liberalizzazione delle attività economiche. In questa direzione, è stato soppresso il filtro all'entrata sul mercato rappresentato dal Registro degli esercenti il commercio; è stata liberalizzata l'apertura degli esercizi di più modeste dimensioni (ossia il segmento degli esercizi di vicinato, aventi meno di 150 mq. di superficie di vendita nei Comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti e meno di 250 mq. negli altri Comuni); è stato, invece, mantenuto un regime di autorizzazione «espressa» per i punti di vendita di medie e grandi dimensioni (cfr. i successivi artt. 8 e 9 del d. lgs. n. 114/1998).

[27] Alcuni autori hanno enfaticamente sottolineato come il decreto legislativo n. 114/1998 abbia assegnato alle Regioni «il delicatissimo compito di fissare il punto di equilibrio tra libertà di mercato e regolazione, nonché la parallela linea di demarcazione tra misura interventista giustificata in nome degli interessi pubblici che sopravvivono in tale mercato e misura ingiustificata e contrastante con l'assetto post liberalizzazione» (il riferimento è a F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico,* Milano, 2010, p. 301).

concorrenza e del mercato, richiamando sia l'art. 41 della Costituzione, sia la legge 10 ottobre 1990, n. 287, di chiara derivazione europea, cui esplicitamente ha inteso uniformarsi; al tempo stesso, nel definire i compiti di Regioni ed enti locali, ha enunciato una serie di interessi pubblici concorrenti, alla stregua di altrettanti obiettivi da realizzare: dalla tutela dei centri storici alla protezione del consumatore e della qualità dei servizi; dall'ordinato sviluppo del territorio alla tutela dell'ambiente; dalla tutela dell'occupazione alla salvaguardia delle zone di montagna[28].

Quest'ultima disciplina, se, da un lato, ha avviato il lungo percorso di liberalizzazione delle attività economiche, attraverso la rimozione di una serie di disposizioni che costituivano barriere all'entrata nel settore di nuovi operatori, dall'altro, ha conferito alle Regioni la possibilità di svolgere un ruolo di primo piano nella tutela dei valori fondamentali potenzialmente confliggenti con siffatto iter.

In particolare, l'art. 6 del decreto legislativo n. 114/1998 ha riconosciuto alle Regioni il compito di definire gli «indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali» e quello di stabilire i criteri di «programmazione urbanistica» in relazione al settore commerciale.

I primi (gli indirizzi generali) rappresentano prescrizioni tese al conseguimento dei summenzionati obiettivi di produttività del sistema e alla qualità dei servizi, alla salvaguardia dei centri storici, alla riqualificazione del tessuto commerciale nelle zone meno innervate dalla rete distributiva (montagne, isole), nonché ad assicurare le condizioni per ridurre l'impatto territoriale e ambientale degli insediamenti commerciali.

I secondi (i criteri di programmazione urbanistica) sono configurabili come linee guida o direttive per la formazione degli strumenti urbanistici comunali, al fine di individuare, tra l'altro, le «aree da destinare agli insediamenti commerciali e, in particolare, quelle nelle quali consentire gli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio»; i limiti da rispettare per la tutela dei beni culturali e ambientali; «i vincoli di natura urbanistica» e le dotazioni territoriali relative «alle diverse strutture di vendita»; la «correlazione» dei procedimenti di rilascio dei titoli edilizi e commerciali per l'apertura delle medie e grandi strutture di vendita[29].

Per l'emanazione dei suddetti indirizzi e criteri, è stato previsto che le Regioni acquisiscano il parere obbligatorio delle rappresentanze degli enti locali - procedendo, altresì, alle consultazioni delle organizzazioni dei consumatori e delle associazioni rappresentative delle imprese commerciali - e che i Comuni adeguino i

[28] F. CINTIOLI, *op. sup. cit.*, p. 299; ID., *Commercio e liberalizzazione*, cit., p. 433.
[29] D. M. TRAINA, *op. cit.*,, p. 127.

propri strumenti urbanistici generali e attuativi - nonché il piano di commercio (nelle Regioni ove ne è prevista l'esistenza) - a detti indirizzi e criteri regionali[30].
Si può dunque affermare che con il decreto legislativo n. 114/1998 è venuto meno il primato che il piano urbanistico rivestiva nel sistema del 1971, essendo ora i Comuni tenuti ad adeguare i propri strumenti urbanistici ai criteri e agli indirizzi di programmazione stabiliti dalle Regioni in materia di commercio[31].
Al contempo, la nuova disciplina, rifuggendo da una rigida separazione delle competenze commerciali e urbanistiche, ha sostituito al sistema dualistico (piani regolatori e piano comunale del commercio) quello monistico dell'unitaria tutela degli interessi generali che ruotano intorno al commercio e al territorio, e dunque dell'unitaria considerazione degli interessi urbanistici, ambientali, di tutela dei beni culturali, ma anche economici, quali la tutela dei consumatori alla diffusione del commercio in realtà marginali[32].

II.3. La normativa nazionale in tema di concorrenza e liberalizzazione delle attività economiche. I suoi effetti sulla potestà legislativa regionale in materia di commercio **…**
In seguito alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la materia del commercio è stata ricondotta alla competenza legislativa residuale delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost[33].
Nonostante tale riconoscimento, la legislazione regionale in materia di commercio ha incontrato limiti considerevoli derivanti dalle interferenze e correlazioni tra la suddetta materia e le materie trasversali di competenza statale concorrente (governo del territorio) ed esclusiva (tutela della concorrenza[34] e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali).

---

[30] Per un'analisi delle leggi, dei regolamenti e degli atti di indirizzo regionali attuativi del decreto Bersani, cfr. C. CARDONI, *I profili della recente legislazione regionale in materia di commercio*, in *Giorn dir. amm*., 2008, p. 395 ss.; D. M. TRAINA, *op. cit*., spec. p. 128 ss.

[31] Muovendo dall'assunto che «i Comuni, per effetto del d. lgs. n. 114/98 [e, in part., dell'art. 6, comma 5, del predetto decreto legislativo] devono adeguare gli strumenti urbanistici generali ed attuativi o i regolamenti di polizia locale ai criteri ed agli indirizzi di programmazione stabiliti dalla legge regionale», il Giudice amministrativo ha reputato illegittime scelte di assetto territoriale assunte senza considerare quanto stabilito dalle direttive regionali in materia di commercio (v., *ex multis*, TAR Napoli, sez. VII, 29 settembre 2011, n. 4526, in www.giustizia-amministrativa.it). Su tale aspetto, cfr. P. L. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali,* in *Riv. giur. ed*., 2012, p. 233 ss.

[32] In tal senso, G. DE GIORGI CEZZI, *op. cit.*, p. 221 ss. Per un'analisi dell'evoluzione dei rapporti tra pianificazione urbanistica e pianificazione commerciale incentrata sul d. lgs. n. 114/1998, oltre agli autori già citati, v., in particolare, E. M. MARENGHI, *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio*, in *Riv. giur. urb*., 1999, p. 227 ss.

[33] Sull'appartenenza della materia del commercio alla competenza legislativa residuale delle Regioni e sui confini di tale materia, cfr. Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 1, in *Foro it*., 2005, I, p. 3287; 11 maggio 2006, n. 199, in *Foro it*., 2006, I, p. 2627; 8 luglio 2010, n. 247, in *Giur. cost*., 2010, p. 2979.

[34] L'espressione «tutela della concorrenza», come confermato da costante e copiosa giurisprudenza, «riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono

In particolare, la disciplina del commercio è stata sottoposta a sollecitazioni provenienti sia dalla legislazione statale, che ha disciplinato, più o meno direttamente, alcuni aspetti dell'attività commerciale, sia dalla giurisprudenza costituzionale che, pur valorizzando la «regionalità» della materia, ha sottratto porzioni della stessa alle Regioni in favore del legislatore nazionale, attraverso il riconoscimento del carattere trasversale di alcune materie di competenza statale esclusiva *ex* art. 117, comma 2, della Costituzione, nonché in virtù di un'interpretazione assai ampia della materia «tutela della concorrenza»[35].

Per quanto concerne il primo aspetto, in seguito alla riforma introdotta nel 1998 e al nuovo riparto di competenze tra legislazione statale e regionale delineato dalla riforma costituzionale del 2001, la materia in questione è stata investita da una serie di ulteriori significativi interventi legislativi statali, succedutisi nel tempo, contenenti misure volte a incrementare il livello di tutela della concorrenza anche nel settore del commercio, nonché ad assicurare il corretto e uniforme funzionamento del mercato, in linea con i Trattati e le norme di diritto derivato adottate in tal senso dall'Unione Europea.

Invero, in ambito nazionale, la legge 4 agosto 2006, n. 248 (che ha convertito il decreto legge 4 giugno 2006, n. 223), ispirata dall'ambizioso obiettivo «di favorire il rilancio dell'economia e dell'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro» (art. 1), ha espressamente escluso che le attività economiche di distribuzione commerciale possano essere sottoposte a vincoli fondati sulla distanza minima tra esercizi (art. 3, comma 1, lett. b); a limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare (art. 3,

---

sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche» (Corte costituzionale, 15 marzo 2013, n. 38, in *Foro it.*, 2014, I, p. 1665; in termini cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, 15 maggio 2014, n. 125, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2168; 22 luglio 2010, n. 270, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3251, con nota di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "decreto Alitalia"*; 12 febbraio 2010, n. 45, in *Giur. cost.* 2010, p. 509; 22 maggio 2009, n. 160, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1793; 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1787, con nota di G. CORSO, G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza ed ordinamento civile*; 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost.*, 2007, p. 6). In generale sull'argomento, v. G. CORSO, La *tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 981 ss.; L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e regolazione proconcorrenziale (tra stato e regioni)*, in L. AMMANNATI, T. GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, p. 121 ss.

[35] Per un simile rilievo, v. S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del custode della tutela della concorrenza,* in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012, p. 4; in senso analogo, v. pure G. MAGRINI, *Il commercio tra competenza legislativa regionale, tutela della concorrenza ed iniziativa economica privata,* in *Gazzetta Amministrativa*, 2012, pp. 336-337.

comma 1, lett. c); a limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub-regionale (art. 3, comma 1, lett. d); al rispetto degli orari di apertura e di chiusura; all'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché a quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio (art. 3, comma 1, lett. d-*bis*).

Il percorso teso a favorire lo sviluppo della concorrenza è proseguito con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (che ha recepito la direttiva 2006/123/CE[36]).

In particolare, il d.lgs. n. 59/2010 - con il dichiarato intento di «garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato» (art. 1) - ha declamato il fondamentale principio secondo cui l'iniziativa economica è libera e non può essere sottoposta a limitazioni non giustificate o discriminatorie (art. 10); ha espressamente vietato la possibilità di subordinare l'esercizio delle attività commerciali a controlli circa l'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, nonché a valutazioni in ordine agli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o all'adeguatezza della stessa rispetto agli obiettivi di programmazione economica (art. 11); al contempo, ha previsto la possibilità di subordinare l'esercizio di un'attività economica al possesso di determinati requisiti nei soli casi in cui ciò sia reso necessario da «motivi imperativi di interesse generale» (art. 12)[37].

Il processo di liberalizzazione ha poi ricevuto un decisivo impulso con l'approvazione, in rapida successione, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (recante «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo»), convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 («Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici»), convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214;

[36] La direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva servizi) ha indicato con chiarezza l'obiettivo di «sopprimere regimi di autorizzazione, procedure e formalità eccessivamente onerosi che ostacolano la libertà di stabilimento e la creazione di nuove società di servizi che ne derivano» (considerando 42). Secondo il disposto dell'art 9 della citata direttiva, «gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un "regime di autorizzazione" soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti: a) il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore; b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un "motivo imperativo di interesse generale"; c) l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia». Per un esame delle disposizioni dettate da tale direttiva, cfr., in particolare, R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, p. 1880 ss; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La direttiva Bolkestein modello di semplificazione,* in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 695 ss.; ID., *Liberalizzazioni*, cit., p. 612 ss.; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedom*, Oxford, 2010, p. 348 ss. e p. 403 ss.

[37] Vale a dire nei soli casi in cui sussistano ragioni di pubblico interesse che si pongono al vertice dei valori sociali, ambientali e strutturali (ordine pubblico, sicurezza pubblica, salute, tutela dei lavoratori, tutela dei consumatori, ecc. …), con esclusione, quindi, degli interessi di natura economica (sul punto, v. D. M. TRAINA, *op. cit.*, p. 136).

del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 («Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività») convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27[38].
Di particolare rilievo è il citato art. 31, comma 2, della legge n. 214/2011, il quale, con specifico riferimento al settore del commercio, ha espressamente stabilito che «costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali», imponendo a Regioni e Comuni di adeguare gli strumenti urbanistici locali e le proprie norme in materia di commercio ai cennati principi entro e non oltre il 30 settembre 2012[39].
In virtù della normativa appena tratteggiata, è stata declamata l'esistenza nel nostro ordinamento dei principi di liberalizzazione delle attività economiche[40] e, più in particolare, di quelle commerciali[41].

---

[38] Sulla normativa nazionale successiva e conseguente alla direttiva 2006/123, in termini critici, cfr. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., p. 619 e ss; ID, *Il diritto amministrativo*, cit., p. 147 ss., ove si evidenzia il carattere prevalentemente astratto e di principio di tali disposizioni e la sovrapposizione di testi fra loro in parte contraddittori; F. LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione,* in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 445 ss., ove si stigmatizza la scelta di individuare nel legislatore ordinario il ruolo di decisore di ciò che è vietato. Su questa tematica si veda pure B. G. MATTARELLA, A. NATALINI, (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, p. 22.

[39] Tale disposizione si completa con quella prevista dal successivo articolo 34, i cui commi 2 e 3 testualmente dispongono: «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» (comma 2); «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 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» (comma 3). In argomento, v. A. CASSATELLA, *La liberalizzazione del commercio e i suoi attuali limiti*, in *Giur. it.*, 4/2014, p. 933 ss., il quale riporta il complesso di interventi normativi adottati tra il 2010 e il 2012, osservando come il progressivo rafforzamento della libertà di iniziativa economica abbia condotto ad una marcata restrizione delle limitazioni che si possono apporre al processo di liberalizzazione culminato con i decreti legge nn. 138/2011 e 1/2012. La ricostruzione del profluvio di disposizioni statali in tema di liberalizzazione delle attività economiche è compiuta anche da V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in www.*rivistaaic.it*, n. 1/2013.

[40] V. Corte costituzionale, 18 giugno 2014, n. 178, in *Foro it.*, 2015, II, p. 393, secondo cui la liberalizzazione delle attività economiche «costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico».

[41] V. Corte costituzionale, 18 aprile 2014, n. 104, in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 455, secondo cui l'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 214/2014, «detta una disciplina di liberalizzazione e di eliminazione di vincoli all'esplicarsi dell'attività imprenditoriale nel settore

Tali disposizioni hanno inciso significativamente sul potere regolatorio delle Regioni in materia di commercio: nell'ambito di questo quadro normativo, il legislatore regionale è riuscito assai raramente a farsi portatore di interessi e valori confliggenti con i principi della concorrenza.

Invero, la Corte costituzionale, affermando la generale ampia portata della materia «tutela della concorrenza» di competenza statale, ha notevolmente ridotto i margini di intervento delle Regioni nel settore del commercio, negando costantemente alle stesse spazi effettivi per la conformazione in senso limitativo e restrittivo delle attività economiche[42].

Con sentenza della Corte costituzionale 18 aprile 2014, n. 104, è stato così ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 11 della legge regionale Valle d'Aosta n. 5/2013, che stabiliva il divieto assoluto, nei centri storici, di apertura e trasferimento di sede delle grandi strutture commerciali[43], poiché ritenuto in contrasto con l'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201/2011 e, pertanto, lesivo della competenza legislativa dello Stato in tema di concorrenza.

La stessa sentenza n. 104/2014 ha annullato, altresì, l'art. 4 della predetta legge regionale, relativo alla disciplina degli orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio, in quanto ritenuto contrastante con quanto statuito dalla legislazione statale, in forza della quale eventuali limiti temporali possono essere posti solo per esigenze di sostenibilità ambientale o sociale, e non per sole ragioni economiche.

Analogamente, la Corte Costituzionale, con sentenza 15 maggio 2014, n. 125[44], ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 9 e 44 della legge regionale Umbria n. 10/2013, che rispettivamente sottoponevano anche gli esercizi di vicinato alla complessa procedura autorizzatoria prevista per le grandi strutture di vendita e precludevano l'installazione di impianti self-service di distribuzione carburanti nelle ipotesi in cui gli stessi non potessero essere classificati come di «pubblica utilità»,

---

commerciale stabilendo che "costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali". Per un analogo riferimento al principio di liberalizzazione delle attività commerciali, v. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2013, n. 5473, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 3115.

[42] Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale sui limiti del potere regionale di disciplinare la materia del commercio, in ragione della «portata ampia della tutela statale della concorrenza», cfr. F. GUELLA, *L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio,* in *Le Regioni*, 2014, p. 936 ss.

[43] La Corte costituzionale, nell'accogliere la censura di incostituzionalità, ha ribadito la prevalenza del titolo legittimante lo Stato (concorrenza) su quelli invocati dalla Regione (commercio e urbanistica). La disposizione oggetto della declaratoria di incostituzionalità aveva inserito nell'art. 9 della legge regionale Valle d'Aosta n. 12/1999 il comma 2-*bis*, che vietava nei centri storici «l'apertura e il trasferimento di sede delle grandi strutture di vendita».

[44] In *Foro it*, 2014, p. 3044 e in *Giur cost*., 2014, p. 2168.

rilevando come tali disposizioni si prestassero «a reintrodurre limiti e vincoli in contrasto con la normativa statale di liberalizzazione sopra indicata (ndr, il d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge n. 214/2011; il d.l. n. 1/2012, convertito dalla legge n. 27/2012), così invadendo la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza" e violando, quindi, l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.».

In questa prospettiva, sono state rigettate le questioni di legittimità costituzionale relative a leggi regionali volte alla liberalizzazione degli orari e delle giornate di chiusura obbligatoria (Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 288) e accolte quelle concernenti discipline, viceversa, più restrittive (Corte costituzionale, 21 aprile 2011, n. 150).

Ancora, sono state ritenute costituzionalmente illegittime le norme che, traducendosi nell'introduzione di limitazioni all'apertura di nuovi esercizi di commercio al dettaglio nelle zone produttive, hanno determinato restrizioni alla concorrenza, così ponendosi «in palese contrasto con il disposto dell'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, convertito dalla legge n. 214 del 2011» e «invadendo», quindi, la potestà legislativa esclusiva dello Stato in tale materia: a tale conclusione la Consulta è pervenuta muovendo dalla considerazione che le zone produttive sono «già in possesso di una vocazione commerciale, onde non si giustifica la compressione dell'assetto concorrenziale del mercato, realizzata attraverso la drastica riduzione della possibilità di esercitare in dette aree il commercio al dettaglio, la cui negativa incidenza sull'ambiente non è, peraltro, individuabile»[45].

Più raramente, la Consulta, prescindendo dalle norme costituzionali sulla competenza (artt. 116-118 Cost.), ha fondato la propria decisione adducendo esclusivamente la violazione dell'art. 41 Cost., attraverso una verifica in concreto della portata anticoncorrenziale della normativa regionale sottoposta al suo giudizio[46].

---

[45] Corte costituzionale, n. 38/2013 cit., dichiarativa della illegittimità costituzionale degli articoli 5, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 6 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 marzo 2012, n. 7 (la pronuncia è richiamata pure in A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, «il diritto preso sul serio» (nota a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271)*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 104).

[46] V. Corte costituzionale, 9 marzo 2007, n. 64, in *Giur. cost.*, 2007, p. 616 (con nota di G. ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*), che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 4, lettera *l*), e comma 4-*bis*, della legge della Regione Umbria 3 agosto 1999, n. 24 (Disposizioni in materia di commercio in attuazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114), come modificato dall'art. 10, commi 3 e 4, della legge della Regione Umbria 7 dicembre 2005, n. 26 (recante «Modificazioni ed integrazioni della legge regionale 3 agosto 1999, n. 24 - Disposizioni in materia di commercio in attuazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114»), in quanto ha ritenuto che detta norma operasse una «discriminazione fra imprese sulla base di un criterio di localizzazione territoriale».

Il giudice delle leggi si è così rivelato un importante custode e garante dei principi fondamentali introdotti dal legislatore in tema di concorrenza e liberalizzazione delle attività economiche.

È interessante osservare come la stessa Corte costituzionale tenda invece a riconoscere alla potestà normativa regionale significativi poteri di intervento di politica economica qualora essi siano volti a incrementare il livello di concorrenzialità dei mercati e a permettere a un maggior numero di operatori di competere.

Al riguardo, è stato sostenuto che accanto agli interventi in materia di concorrenza di spettanza statale, «che attengono allo sviluppo dell'intero Paese» e dunque esprimono un carattere unitario, ve ne possono essere altri privi di carattere unitario, in quanto «sintonizzati sulla realtà produttiva regionale»[47].

In particolare, è stato chiarito che le Regioni hanno il potere e la facoltà di migliorare i livelli di apertura e di concorrenza dei mercati che lo Stato ha stabilito, continuando a «esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche, essendo richiesto che tutti gli enti territoriali diano attuazione ai principi dettati dal legislatore statale»[48].

Segnatamente, è stato sostenuto che il legislatore nazionale, utilizzando una tecnica normativa basata su principi, e non su regole, «non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale». Di conseguenza, secondo questa impostazione, la necessità dell'intervento legislativo regionale nel dare attuazione al principio di liberalizzazione delle attività economiche è «tanto più necessario alla luce della considerazione che tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali»[49].

---

[47] Così, Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. cost*., 2004, p. 237, con nota di G. P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*; in termini analoghi si esprime pure Corte costituzionale 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost*., 2007, p. 6.

Sull'opportunità di un coinvolgimento delle Regioni nella promozione della concorrenza, cfr. F. BILANCIA, A FILIPPINI, *L'intervento pubblico nell'economia delle Regioni e degli enti locali tra aiuti di Stato e tutela della concorrenza*, in *Ist. fed*., 2011, p. 570 ss; C. BUZZACCHI, *Libertà d'impresa*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e territorio: il valore delle autonomie nell'ordinamento repubblicano*, Torino, 2015, p. 288 ss.

[48] Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 8, in *Le Regioni*, 2013, p. 634.

[49] Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 200, in *Giur. cost*., 2012, p. 2910, con nota di G. U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*; per un commento di tale sentenza v. pure F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2012.

Dall'esame della casistica emerge la connaturale incapacità delle Regioni di farsi portatrici di interessi confliggenti con la liberalizzazione delle attività economiche. Ciò che il giudice costituzionale ha inteso arginare è la potestà normativa regionale di regolazione delle attività economiche esercitata in senso restrittivo, attraverso, cioè, la previsione di limiti puntuali ai principi di liberalizzazione delle attività economiche e di libera concorrenza.

Tale orientamento ha intercettato la necessità di scongiurare il pericolo che le norme fondamentali delle riforme economico-sociali, volte ad attuare gli obiettivi di liberalizzazione di provenienza europea e il principio di libertà delle attività economiche e commerciali, possano essere compromesse da un intervento pervasivo del legislatore regionale, ossia «vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie»[50].

Si tratta dei rischi di particolarismo, frammentazione, neocorporativismo, iper-regolazione, connessi alla regolazione economica decentrata e all'ampio affidamento di potestà regolatorie dell'economia alle Regioni, avvenuto soprattutto in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione[51].

II.4. Segue. … e sugli strumenti urbanistici locali previgenti.

Prima di analizzare l'effettiva capacità degli enti locali di incidere, attraverso la regolazione del territorio, sulla disciplina delle attività commerciali, è necessario

[50] Così, Corte costituzionale, n. 8/2013, cit. In senso analogo, cfr. Corte costituzionale, 27 gennaio 2016, n. 30, secondo cui, «l'eventuale esigenza di contemperare la liberalizzazione del commercio con quelle di una maggiore tutela della salute, del lavoro, dell'ambiente e dei beni culturali deve essere intesa sempre in senso sistemico, complessivo e non frazionato (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012), all'esito di un bilanciamento che deve compiere il soggetto competente nelle materie implicate, le quali nella specie afferiscono ad ambiti di competenza statale, tenendo conto che la tutela della concorrenza, attesa la sua natura trasversale, assume carattere prevalente e funge, quindi, da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare in forza della competenza in materia di commercio o in altre materie»; in termini ancora più espliciti, sul rischio di particolarismo connesso all'attività regolatoria regionale, si veda Corte costituzionale, 6 novembre 2009, n. 283 in *Foro It.*, 2010, I, c. 35: «L'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. ha conferito allo Stato, in via esclusiva, il compito di regolare la concorrenza al fine di assicurare una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia».

[51] I rischi di fondo connessi all'affidamento alle Regioni di funzioni regolatorie in settori economici (cd. «regolazione economica decentrata») sono enunciati in M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 705 ss., spec. p. 710 ss. Quest'ultimo A. cita numerosi esempi in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è imbattuta in norme regionali restrittive o distorsive della concorrenza e limitative della liberalizzazione del commercio stabilita al livello nazionale (v., in part., pp. 713-714). Anche F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, cit., p. 439, osserva come alcune legislazioni regionali sul commercio abbiano introdotto regole a rischio antinomia rispetto all'obiettivo della libertà di mercato, quali, ad esempio, la ripartizione per zone e unità territoriali dello sviluppo commerciale; la quantificazione dei tetti massimi di superficie di vendita; l'enunciazione di parametri quantitativi volti ad identificare la struttura ottimale dell'offerta in una determinata area.

comprendere le ricadute che le misure di tendenziale liberalizzazione delle attività economiche adottate dal legislatore statale hanno prodotto sulla strumentazione urbanistica previgente.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tali misure hanno determinato l'abrogazione immediata delle previsioni pianificatorie adottate dalle Regioni e dagli enti locali in contrasto con esse[52].

È stato rilevato, invero, che le misure in parola «non dispongono solo per il futuro, ma contengono clausole di abrogazione attraverso le quali il legislatore statale ha manifestato la volontà di incidere sulle norme regolamentari e sugli atti amministrativi generali vigenti imponendo alle Regioni e agli enti locali una revisione dei propri ordinamenti finalizzata ad individuare quali norme siano effettivamente necessarie per la salvaguardia degli interessi di rango primario annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale e quali, invece, siano espressione diretta o indiretta dei principi dirigistici che la direttiva servizi ha messo definitivamente fuori gioco»[53].

Conseguentemente, una volta decorso il periodo assegnato dal legislatore nazionale alle Regioni e agli enti locali per recepire i nuovi principi nei rispettivi ordinamenti,

---

[52] In argomento v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1984, p.190, secondo il quale l'effetto abrogativo ha una duplice efficacia: determina la cessazione della vigenza di norme e nel contempo la produzione di nuove.

[53] Così, TAR Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271 (in *Riv. giur. ed.*, 2013, p. 1174, con nota di E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*; su questa decisione cfr., altresì, i commenti di A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, «il diritto preso sul serio»*, cit., p. 97 ss.; G. FONDERICO, *La programmazione territoriale e le norme di liberalizzazione,* in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 611 ss.; M. R. FARINA, G. SAPORITO, *Il piano regolatore non può ostacolare i supermercati*, in *Il Sole-24 Ore* del 17 ottobre 2013) ove si afferma che le disposizioni comunali in contrasto con la normativa sopravvenuta in materia di liberalizzazione del mercato devono ritenersi «abrogate per incompatibilità non avendo il Comune adempiuto all'obbligo di adeguare alla stessa i propri atti di pianificazione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 2, ultimo periodo, del d.l. n. 201/2011»; in termini analoghi, sulla diretta applicabilità della citata normativa, cfr. TAR Lecce, sez. I, 31 ottobre 2016 n. 1641 (in *Urb. e app.*, 2017, p. 106 ss., con commento di E. BOSCOLO, *La liberalizzazione del commercio e limiti urbanistici*): «i provvedimenti amministrativi, anche di natura generale e regolamentare, che ponevano limiti agli orari e/o imponevano giorni di chiusura agli esercizi commerciali devono ritenersi, a seguito della entrata in vigore di dette norme, caducati»; TAR Parma, sez. I, 15 gennaio 2015, n. 6, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 498: «gli atti di programmazione territoriale non vanno esenti dalle verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se, in concreto, essi perseguano finalità di tutela dell'ambiente urbano o, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese (…) l'inutile decorso del termine assegnato dal legislatore statale per l'adeguamento degli ordinamenti regionali e locali ai principi in materia di concorrenza determina la perdita di efficacia di ogni disposizione regionale e locale, legislativa e regolamentare, con essi incompatibili»; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 25 gennaio 2013, n. 99, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 180, il quale, nel ribadire l'immediata operatività delle disposizioni introdotte dal d.l. n. 201/2011, sottolinea come tale norma non richieda «alcun adeguamento della normativa regionale che, ove in contrasto, è immediatamente abrogata stante la specifica competenza esclusiva statale in materia (tutela della concorrenza)».

le previsioni urbanistico-territoriali[54] con essi incompatibili debbono considerarsi automaticamente abrogate.

Applicando questo criterio, sono state considerate abrogate le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale che limitavano, impedivano o condizionavano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici, allorquando i predetti limiti non fossero stati dettati per la salvaguardia di interessi costituzionalmente rilevanti espressamente individuati dal legislatore statale, ovvero qualora gli stessi non fossero proporzionati rispetto al predetto obiettivo.

La giurisprudenza è così giunta a subordinare la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica, che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali, a un penetrante scrutinio finalizzato a «verificare, attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche; dovendosi, in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, perciò, illegittime»[55].

In questa prospettiva, l'amministrazione comunale non può proibire (ovvero negare l'assenso al)l'esercizio di un'attività commerciale limitandosi ad invocare eventuali restrizioni o divieti recati dalla normativa urbanistica comunale previgente, deducendo la sola non conformità urbanistica della destinazione d'uso, ma deve compiere un'ulteriore valutazione volta a verificare se risulti davvero compromessa, caso per caso, una specifica finalità di interesse pubblico tipizzata dal legislatore (tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, incluso quello urbano, dei beni

[54] Sulla natura delle prescrizioni in materia edilizia e urbanistica concorrenti a determinare la disciplina del territorio, nonché sulla distinzione in tale ambito tra disposizioni regolamentari e non regolamentari (ovvero provvedimentali), si vedano P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, p. 607 ss. e, più recentemente, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53 ss., spec. p. 59 ss. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4056, in *Riv. giur. ed.*, 2009, p. 1905: «in tema di disposizioni pianificatorie, dirette a regolare l'uso del territorio negli aspetti urbanistici o edilizi, vanno distinte le prescrizioni che in via immediata stabiliscono le potenzialità edificatorie dell'area, le quali, per l'effetto conformativo dello *ius aedificandi* che le caratterizza, devono essere impugnate nel termine decadenziale che decorre dalla loro pubblicazione, dalle altre regole che più in dettaglio disciplinano l'attività edificatoria con strumenti che per la loro natura regolamentare sono suscettibili di ripetute applicazioni ed esplicano effetto lesivo nel momento in cui è adottato l'atto applicativo». In subiecta materia, la giurisprudenza parimenti opera la distinzione tra i regolamenti cd. «volizione preliminare» e i regolamenti cd. «volizione azione»: per tutte, v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2016, n. 988, in www.giustizia-amministrativa.it.

[55] Tar Milano, n. 2271/2013, cit.; in termini adesivi, cfr. anche Tar Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, in www.giustizia-amministrativa.it.

culturali); soltanto in caso positivo, potrà motivatamente vietare, o limitare, l'esercizio di un'attività commerciale, in deroga alle disposizioni di liberalizzazione.
Invero, le limitazioni recate dalla strumentazione urbanistica preesistente all'adozione delle misure liberalizzatorie, poiché «dettate in un contesto storico che ignorava l'esistenza» di tali misure, possono costituire un vincolo soltanto qualora l'amministrazione, «attraverso di esse, e con valutazione espressa *ex novo*» dichiari di agire con l'intento di tutelare quei beni la cui tutela giustifica tuttora, nel rispetto del principio di proporzionalità, la previsione di limiti alle attività commerciali, ai sensi dell'art. 31, comma 2, della legge n. 214/2011[56].
Pertanto, gli enti locali, prima, e il giudice amministrativo, poi, sono tenuti a verificare, attraverso un'indagine accurata, la perdurante attualità e la concreta compatibilità dell'assetto regolatorio regionale e comunale con la sopravvenuta disciplina liberalizzatrice nazionale ed europea[57]. E a tale verifica non si sottraggono gli atti di programmazione territoriale «per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se in concreto essi perseguano finalità di tutela dell'ambiente urbano o, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese»[58].
Il che evoca la necessità di un sindacato da parte del giudice amministrativo sull'interesse perseguito dall'amministrazione comunale con gli strumenti di pianificazione urbanistica, volto a verificare la sussistenza o meno di un eccesso di potere per sviamento della causa tipica.

---

[56] In tal senso, TAR Lecce, sez. I°, 31 ottobre 2016, n. 1641, in www.giustizia-amministrativa.it, da cui è tratto il virgolettato. In termini analoghi, v. TAR Bari, sez. III, 16 aprile 2013, n. 573, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1328, secondo cui l'Amministrazione comunale non può «fondare il proprio diniego sul mero fatto della peculiare destinazione urbanistica di un'area», dovendo, invece, «congruamente motivare in ordine all'incompatibilità del progetto con le peculiari caratteristiche della zona considerata».

[57] In tal senso, in termini assai chiari, v., *ex multis*, TAR Torino, sez. II, 12 febbraio 2015, n. 294, pt. 4.1., in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui il principio di liberalizzazione delle attività economiche impone alle singole amministrazioni di «verificare, di volta in volta, ed in concreto, gli effettivi margini di perdurante applicabilità della normativa urbanistica locale». Secondo P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziative economica e disciplina della proprietà,* cit., pp. 10-11, per effetto delle norme liberalizzatorie, sorge in capo alla P.A. «un obbligo giuridico di ri-esercizio del proprio potere amministrativo (incluso quello di pianificazione) in tutti quei casi in cui le misure amministrative, quale può essere una norma di piano non ispirata a un interesse generale di rango costituzionale, si traducano in un ostacolo all'effettivo esercizio della libertà di iniziativa economica. E poiché le disposizioni prima richiamate, hanno previsto l'abrogazione espressa delle disposizioni di piano incompatibili con le nuove esigenze del mercato, a fronte dell'annullamento dei dinieghi per l'esercizio delle attività d'impresa, i Comuni sono tenuti alla ripianificazione del territorio o meglio ad una ri-regolazione secondo i nuovi parametri».

[58] TAR Milano, n. 2271/2013, cit.

III. La discrezionalità riconosciuta ai Comuni di porre limiti e restrizioni alle attività commerciali nella giurisprudenza del giudice amministrativo.

Nei paragrafi che precedono è stato evidenziato come le misure legislative in materia di liberalizzazione delle attività economiche si siano ripercosse sulle previsioni urbanistiche previgenti in contrasto con esse. Tutto ciò ha permesso anche di evidenziare la necessità che gli enti locali, prima, ed eventualmente il giudice amministrativo, poi, effettuino una penetrante verifica circa la perdurante compatibilità e attualità della regolamentazione urbanistica comunale limitativa delle attività economiche con la sopravvenuta disciplina liberalizzatrice.

È possibile adesso verificare quale sia il margine di discrezionalità che residua in capo ai Comuni per regolare le attività economiche e commerciali nel territorio di riferimento.

A tal fine, è opportuno innanzitutto chiarire l'ambito degli interessi che gli enti locali possono perseguire e di cui debbono comunque tenere conto nell'esercizio del potere di autodeterminazione in ordine all'assetto e alla utilizzazione del proprio territorio[59].

Tale potere rinviene il proprio fondamento innanzitutto negli artt. 5 e 114 (2° comma) della Costituzione: il primo (significativamente allocato tra i principi fondamentali della nostra Carta) impone alla Repubblica non soltanto di riconoscere, ma, soprattutto, di promuovere il comparto autonomistico locale: esso disegna un sistema nel quale le autonomie territoriali hanno la possibilità di manifestare un proprio indirizzo politico-amministrativo per rappresentare e soddisfare gli interessi riferibili a una collettività di cui sono enti esponenziali; il secondo garantisce, con previsione di principio, l'autonomia degli enti locali, investendo gli stessi della responsabilità di attuare il dettato costituzionale a favore delle collettività di cui sono enti esponenziali[60].

---

[59] In argomento, cfr. A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2006 (v., in particolare, il lavoro di G. MARTINI, *Il potere di governo del territorio*, p. 136 ss.).

[60] Sulla portata del principio autonomistico, nonché sulla latitudine e consistenza dell'autonomia riconosciuta costituzionalmente agli enti locali, si segnalano i contributi di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento nell'art. 5 della Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 67 ss. (saggio per la prima volta apparso in *Riv. dir. pubbl.*, 1948); G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969; Id., Art. 5, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 277 ss.; F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano, 1979; G. C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984; A. PIRAINO, *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, Torino, 1998; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi: autonomie locali e funzione amministrativa nella trasformazione della p.a.*, Padova, 1999; G. VESPERINI, *I poteri locali*, I e II, Roma, 1999 e 2001; Id., *Gli enti locali*, Bari, 2004; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2007. Più recentemente, cfr. S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017; R. CALVANO, *L'art. 5, tra promozione e compressione del principio autonomista: un'altalena collegata all'involuzione del sistema politico italiano*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2018; C. ACOCELLA, *Autonomia, partiti, ideologie nel recente volume di Sandro Staiano a commento dell'art. 5 Cost.*, in *www.osservatorioaic.it*, n. 1/2018

Il criterio di allocazione delle funzioni amministrative, dettato dall'art. 118 della Costituzione, attribuisce inoltre al Comune, quale ente territoriale più vicino alla comunità locale, una funzione primaria in materia di funzioni amministrative; tale norma, fondata sul principio di sussidiarietà verticale, prefigura un'amministrazione incentrata di regola sui Comuni, anche in materia di «governo del territorio».

Colto nella sua valenza verticale (v. art. 118, comma 1, Cost.), il principio di sussidiarietà (insieme a quelli di differenziazione e adeguatezza[61]) postula l'esistenza di un criterio in base al quale «gli interessi pubblici vanno tutelati dagli uffici più vicini, territorialmente, alla collettività alla quale fanno capo, nel luogo in cui sorge la domanda politica»[62].

Detto altrimenti, la dislocazione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo nei quali si articola la Repubblica deve essere disposta imputando le funzioni stesse al livello più prossimo, in termini territoriali, ai portatori degli interessi amministrati. In questo senso, il principio di sussidiarietà si identifica con il principio della dimensione degli interessi: laddove è possibile, la dislocazione delle funzioni amministrative deve essere effettuata a livello locale; solo laddove la dimensione degli interessi assume necessariamente un ambito territoriale più ampio, solo in questo caso, la dislocazione delle relative funzioni amministrative può avvenire in capo ad un ente di dimensioni più ampie, per esempio, alla Regione, o ad amministrazioni dello Stato[63].

Intesa in questo significato, la sussidiarietà verticale costituisce una declinazione (si potrebbe anche dire un'evoluzione) dei menzionati principi di autonomia e decentramento, già presenti nell'ordinamento in virtù dell'art. 5 Cost.[64]

Dal quadro normativo costituzionale emerge la convinzione che la capacità di realizzare gli obiettivi e le finalità delle comunità territoriali non può essere scissa dal potere di autodeterminazione nel governo del proprio territorio.

---

[61] Come è stato notato, si tratta, piuttosto che di distinti principi, di «tre profili di un unico principio, poiché l'intervento sussidiario è condizionato al fatto di essere più adeguato nelle circostanze date e, a sua volta, l'adeguatezza deve essere valutata in relazione ai contesti e può quindi giustificare (o deve prescrivere) soluzioni differenziate secondo le situazioni: può darsi, cioè, il caso che enti dello stesso tipo, agenti in ambiti territoriali diversi, portatori di diverse esigenze e interessi, non abbiano le medesime competenze» (O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *www.astrid-online.it*, n. 14/2017, p. 6). In argomento, v. G. C. DE MARTIN, *Le funzioni comunali tra sussidiarietà e adeguatezza*, in *Ist. fed.*, suppl. 5/2006, p. 29 ss.

[62] Così, G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *AA.VV., La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma (Atti del XXXIX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, 1995, pp. 48-49.

[63] In questo senso, v. V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, I, Torino, 2005, p. 58.

[64] F. BENVENUTI, attraverso una lettura evolutiva della Carta costituzionale, sosteneva che l'art. 5, pur non nominando il principio di sussidiarietà (verticale), lo sottintendesse, sicché sarebbe dovuta risultare esclusa ogni indebita intromissione da parte di un potere pubblico superiore all'interno di ogni capacità riconosciuta ai vari soggetti (*Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 106 ss.).

Coerentemente con i citati principi costituzionali, l'art. 13, comma 1, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 («Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali») assegna ai Comuni tutte le funzioni amministrative che riguardano l' «assetto e l'utilizzazione del territorio» e lo «sviluppo economico», «salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze».
Sulla base di tali norme e principi, la legittimazione della pianificazione urbanistica a regolare l'uso del territorio tenendo conto anche di finalità di politica economica è tradizionalmente ammessa in dottrina[65] e in giurisprudenza[66].

[65] In argomento, cfr. A. LOLLI, *op. cit.*, p. 569, secondo il quale, «proprio perché l'attuazione degli interessi economici comporta sovente una ricaduta territoriale, è inevitabile che la pianificazione tenga conto anche di questi ultimi»; in senso analogo, è stato evidenziato da G. CAIA, *op. cit.*, p. 708, come l'inserimento negli strumenti urbanistici di previsioni attinenti alle attività economiche sia pienamente compatibile sia con il fine ultimo della pianificazione urbanistica - che è quello di contemperare i vari interessi in ordine all'uso del territorio, tra cui sono da ricomprendere, in posizione non certo residuale, anche gli interessi all'uso di questo per finalità economiche - sia con i contenuti tipici e consueti della pianificazione urbanistica, vale a dire le zonizzazioni (che concernono anche, se non prevalentemente, usi «economici» del territorio: industriali, commerciali, artigianali, turistici, agricoli, ecc .) e le localizzazioni (che possono riguardare impianti di tipo produttivo: ad esempio in relazione all'espletamento di servizi pubblici, a rilevanza industriale). Il tema del rapporto tra pianificazione urbanistica e interessi economici è stato indagato, tra gli altri, da M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano, 2000, spec. p. 201 ss; E. STICCHI DAMIANI, *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, 2000, p. 145 ss.; I. M. MARINO, *Pianificazione territoriale e sviluppo economico*, in E. FERRARI, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano, 2001, p. 189 ss.; M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003. Per un'analisi rapporto tra la regolamentazione urbanistica e quella di tipo commerciale nell'ambito dei centri storici v. L. FERRUCCI, D. PORCHEDDU, *Centri storici e regolamentazione regionale del commercio in Italia*, in *Economia e dir. terziario*, 2002, p. 875 ss.

[66] La possibilità per gli strumenti urbanistici di perseguire finalità economico-sociali è stata da tempo convalidata dalla giurisprudenza, che ha peraltro posto in evidenza come l'atto di pianificazione urbanistica, svolgendo la «duplice funzione» di programmazione commerciale e di programmazione urbanistica, abbia una finalità «esaustiva di ogni esigenza sia di carattere commerciale, sia di carattere urbanistico» (TAR Napoli, sez. III, 10 maggio 2002, n. 2668, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1698). È stata dunque superata la concezione del potere di pianificazione urbanistica come «limitato alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, ed in particolare alla possibilità e limiti edificatori delle stesse», come rileva Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Urb. e epp.*, 2013, con nota di P. URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, p. 59 ss. In particolare, secondo i Giudici della quarta sezione, «tale potere di pianificazione deve essere rettamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico-sociali della comunità locale (non in contrasto, ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati». Vale la pena riportare, per la sua significatività e per il richiamo (implicito) del principio autonomistico, il passaggio motivazionale della decisione appena richiamata: «l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli - non in astratto, bensì in relazione alle

Ciò è confermato chiaramente dal d.lgs. n. 114/1998 - i cui contenuti essenziali sono stati esaminati *retro* (§ II.2.) - che ha inserito «finalità di politica economica» negli strumenti urbanistici, facendo sì che il piano regolatore ecceda la sua dimensione prettamente urbanistica per acquisire anche una connotazione «commerciale»[67].
Anche la normativa nazionale degli ultimi anni ha convalidato la competenza comunale a perseguire finalità di carattere economico-sociali.
In particolare, la citata legge n. 27/2012 non ha previsto l'abrogazione automatica e indifferenziata delle disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale «con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico», ma soltanto di quelle «che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti» (art. 1, lett. b).
Ne consegue che detta legge, implicitamente e *a contrario*, ammette che le previsioni

---

effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi - sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, *sia delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione* "de futuro" *sulla propria stessa essenza, svolta - per autorappresentazione ed autodeterminazione - dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio* [corsivo nostro]. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti. Ne consegue che, diversamente opinando, e cioè nel senso di ritenere il potere di pianificazione urbanistica limitato alla sola prima ipotesi, si priverebbe la pubblica amministrazione di un essenziale strumento di realizzazione di valori costituzionali, quali sono almeno quelli espressi dagli artt. 9, comma 2, 32, 42, 44, 47, comma 2, Cost.». La sentenza appena citata è stata considerata come una vera e propria svolta (in tal senso, v. P. L. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali,* in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, p. 1722) ed è stata richiamata in senso adesivo da altre pronunce che ne hanno confermato il percorso argomentativo e gli esiti decisori (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 960, in *Riv. giur. ed*., 2015, p. 483; 28 novembre 2012, n. 6040, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. III, 10 aprile 2012, n. 2060, in *Foro amm. CdS,* 2012, p. 2394, con nota di S. MONZANI, *Il rapporto tra disciplina urbanistica e pianificazione commerciale nel contesto di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*).

[67] F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico,* cit., p. 302. Sul punto, cfr. G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, cit., in part. p. 720 ss., secondo il quale «sembra difficile ritenere che, allorquando gli strumenti urbanistici comunali, in attuazione dei criteri e degli indirizzi regionali, si spingano a dettare speciali prescrizioni, ispirate a scopi di politica economica nel settore del commercio, dette prescrizioni possano essere contestate in quanto estranee ai contenuti della pianificazione urbanistica» (*Ivi*, p. 724).

di pianificazione territoriale possano essere dettate anche da finalità prevalentemente economiche.

Anche l'istituto del permesso di costruire in deroga, disciplinato dal citato comma 1-*bis* dell'art. 14 del d. P.R. n. 380/2001 - comma introdotto dall'art. 17, comma 1, lett. e), n. 1), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 - rappresenta una valida testimonianza dell'ampliamento delle finalità perseguibili dagli enti locali e della legittimazione di questi ultimi a occuparsi di finalità specificamente economico-sociali. Tale norma - che, com'è noto, ammette la possibilità di effettuare cambi di destinazione d'uso in deroga alle previsioni degli strumenti urbanistici generali – attribuisce, infatti, ai Comuni un ampio potere discrezionale concernente elementi di valutazione fortemente settoriali, specificamente economico-sociali (tra cui l'interesse pubblico allo sviluppo dell'imprenditorialità, quale fattore di crescita economico-occupazionale, ovvero all'incremento di servizi necessari per la comunità locale), concorrenti, se non addirittura contrastanti, con interessi strettamente urbanistici[68].

In effetti, se esiste un imprescindibile rapporto tra territorio, attività economiche ed esigenze della popolazione ivi stanziata, è naturale che il suo governo, essendo preordinato non solo a finalità conservative dell'esistente, ma anche a obiettivi di sviluppo civile, sociale ed economico, non si esaurisca in previsioni di rilevanza urbanistica, ossia nella disciplina organica dei vari possibili usi del territorio e delle sue risorse[69].

Dunque, non è revocabile in dubbio che finalità economico-sociali, quali la salvaguardia occupazionale, lo sviluppo imprenditoriale, l'incremento delle vocazioni produttive, la salvaguardia di specifiche tipologie di imprese - tutte finalità riconducibili a obiettivi economico-sociali - siano di competenza anche delle

[68] Con specifico riferimento alle considerazioni economico-sociali di interesse pubblico che l'amministrazione comunale è tenuta ad effettuare al fine di valutare l'assentibilità di una domanda di cambio di destinazione d'uso in deroga (nella specie da industriale a commerciale), cfr. TAR Liguria, sez. I, 20 aprile 2016, n. 391, in *Foro amm.*, 2016, p. 973; Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2015, n. 2761, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 722. Quest'ultima sentenza chiarisce che «non è necessario che l'interesse pubblico attenga al carattere pubblico dell'edificio o del suo utilizzo, ma è sufficiente che coincida con gli effetti benefici per la collettività che dalla deroga potenzialmente derivano, in una logica di ponderazione e contemperamento calibrata sulle specificità del caso, ed esulante da considerazioni meramente finanziarie». In tale prospettiva, conclude la V sezione, «il "sacrificio" delle previsioni pianificatorie e dell'ordine in esse precostituito - consistente nella modifica della destinazione d'uso - ha un peso comparativamente minimo rispetto ai miglioramenti che ne derivano in relazione ad una serie di concorrenti interessi pubblici pure affidati alla cura dell'autorità amministrativa locale (recupero, accessibilità, fruibilità, incremento occupazionale, etc…)». Nella fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato è stata dunque riconosciuta la legittimità di un permesso di costruire in deroga allo strumento urbanistico in quanto la destinazione commerciale impressa all'edificio favoriva, tra l'altro, la «creazione di nuovi posti di lavoro».

[69] In questo senso, v. P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, p. 196, che fa esplicito riferimento alla definizione di urbanistica di P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, pp. 24-25.

amministrazioni comunali, che di tali interessi devono tener conto nella pianificazione e regolazione del territorio.
Se è da ritenersi ormai pacifica l'ammissibilità di previsioni degli strumenti urbanistici che interessano le attività economiche, è altrettanto indubbio che vi sono aspetti concernenti l'insediamento delle attività economiche sul territorio che non possono essere disciplinati dai Comuni nell'esercizio delle proprie attribuzioni in materia urbanistica, perché si tratta di profili che esulano dall'oggetto di questa materia, ovvero sui quali gli enti locali medesimi non possono pretendere di determinarsi in via esclusiva e preminente, per la sussistenza di assorbenti esigenze che trascendono l'ambito degli interessi rappresentati dalla collettività comunale[70].
Al riguardo, sono state ritenute legittime le previsioni normative con cui sono state sottratte ai Comuni sfere di potestà decisionale relative al proprio territorio, in virtù della necessità di tutelare esigenze unitarie di dimensione sovracomunale.
Invero, è stato osservato che l'autonomia comunale in campo urbanistico non implica «una riserva intangibile di funzioni»[71], ben potendo subire restrizioni allorché queste siano necessarie per il perseguimento di interessi pubblici di dimensione sovracomunale e purché siano assicurate forme di concorso dei Comuni ai procedimenti decisionali[72]. Ciò naturalmente a condizione che dette leggi non abbiano sui poteri comunali l'effetto di «annullarli o comprimerli radicalmente»[73].
Questo implica che, in via eccezionale e alle condizioni sopra menzionate, la pianificazione sovracomunale di settore può imporre alle collettività locali e ai relativi enti esponenziali la localizzazione sul territorio di determinati impianti

[70] G. CAIA, *op. cit.* p. 712.

[71] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2004 n. 74, in *Foro Amm. CdS*, 2004, p. 168, secondo cui «l'autonomia comunale non implica una riserva intangibile di funzioni e non esclude che il legislatore regionale possa individuare le dimensioni della stessa autonomia, valutando la maggiore efficienza della gestione a livello sovracomunale degli interessi coinvolti. Il rispetto delle autonomie comunali deve armonizzarsi con la verifica e la protezione di concorrenti interessi generali, collegati ad una valutazione più ampia delle esigenze diffuse nel territorio».

[72] Al riguardo, non mancano specifiche leggi che contemplano la possibilità da parte di enti sovralocali di adottare atti localizzativi puntuali in deroga agli strumenti urbanistici. Si veda, ad esempio, la disciplina recata dagli artt. 200 ss. del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che disciplinano l'insediamento sul territorio delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi individuati come «strategici» e «di preminente interesse nazionale», che possono essere realizzati anche in difformità delle scelte urbanistiche locali. Tra le norme che prefigurano forme di pianificazione di livello sovracomunale, concernenti l'insediamento delle attività produttive sul territorio, merita altresì di essere ricordato l'art. 26 del d. lgs. n. 112/1998, che demanda alle Regioni di disciplinare, «con proprie leggi, le aree industriali e le aree ecologicamente attrezzate», con la partecipazione degli «enti locali interessati» al relativo procedimento (art. cit., comma 2).

[73] In tal senso, Corte costituzionale, 26 novembre 2002, n. 478, in *Urb. e app.*, 2003, p. 289, la quale riprende in parte quanto era già stato sostenuto da Corte costituzionale, 30 luglio 1997, n. 286, in *Le Regioni*, 1998, 155, con nota di M. IMMORDINO, *Aree metropolitane e autonomia comunale: un difficile equilibrio.*

produttivi, «anche in contrasto con le previsioni urbanistiche e con effetto vincolante per le medesime»[74].

Ciò premesso, in via generale, in ordine ai possibili contenuti e limiti delle previsioni urbanistiche in materia di attività economiche, è adesso possibile indagare nello specifico entro quale misura e a quali condizioni gli enti locali possono porre limiti e restrizioni all'esercizio delle attività commerciali.

Affrontando questo tema il giudice amministrativo tende a riconoscere alle autonomie locali importanti spazi per l'azione di governo e un ampio potere discrezionale nell'individuazione di elementi di limitazione e restrizione all'esercizio delle attività commerciali.

L'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dalla giurisprudenza agli enti locali nella regolazione delle attività economiche può essere convalidato da innumerevoli esempi.

In questa prospettiva, è stato ritenuto legittimo un sistema di vincoli urbanistici diretto esclusivamente a determinate categorie commerciali, e non ad altre, in considerazione del diverso impatto prodotto sul territorio. In particolare, il supremo giudice amministrativo ha ritenuto che i Comuni, in sede di pianificazione urbanistica, hanno il potere di disciplinare in maniera differenziata l'«insediabilità» in determinate aree del territorio degli esercizi alimentari e non alimentari (escludendo gli uni e ammettendo gli altri) in ragione della maggiore intensità di traffico inerente ai primi (determinata dalla maggiore frequenza dell'approvvigionamento alimentare)[75].

Alla stessa stregua, sono state ritenute legittime le norme tecniche di attuazione del P.R.G. del Comune di Nus, che in una determinata «sottozona» del territorio comunale avevano escluso l'esercizio di attività commerciali aventi una dimensione superiore a una certa unità di superficie (150 mq)[76]. Al riguardo, è stato osservato che «la scelta, discrezionale, di privilegiare le attività commerciali di piccole dimensioni non può ritenersi espressione di un intento anticoncorrenziale, restrittivo dell'iniziativa economica privata per finalità di pianificazione dell'attività commerciale, economicamente orientata». Al contrario, è stato ritenuto «ragionevole interpretare la norma nel senso che l'amministrazione comunale abbia voluto legare lo sviluppo commerciale alle caratteristiche storiche, culturali e morfologiche del

[74] G. CAIA, *op. cit.*, p. 730. Il «caso Ilva» dimostra drammaticamente come le autonomie territoriali, in presenza di esigenze connesse alle attività produttive di interesse strategico nazionale, possano davvero poco in termini di tutela delle comunità locali (sull'argomento, si vedano le riflessioni di G. BUCCI, *Stato ed economia andata e ritorno. Riflessioni a partire dal «caso Ilva»*, in *www.apertacontrada.it*, 2014).

[75] Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2005, n. 2928, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 1701, ove si sostiene che «la scelta di limitare attività di un certo tipo (alimentare), poiché dettata da ragioni legate al problema del traffico e della viabilità, rientra nella materia urbanistica, seppure con effetti anche sul settore del commercio».

[76] TAR Valle d'Aosta, 8 agosto 2015, n. 58, in *Foro amm.*, 2015, p. 2036.

territorio, privilegiando una tipologia di insediamenti commerciali compatibile con la natura di una piccola comunità valligiana». Sicché, ha concluso il TAR valdostano, «la esclusione della costruzione di supermercati nelle zone destinate prevalentemente a residenza non può ritenersi in contrasto con la legislazione statale, regionale e comunitaria vigente, in quanto giustificata dalla finalità di tutela dell'ambiente urbano».

Ancora, sono stati ritenuti legittimi i limiti all'esercizio di attività commerciali «riferiti all'essere determinate zone del territorio comunale più o meno servite, ovvero alla presenza di monumenti di particolare significanza o di panorami, o bellezze d'insieme, che non si vogliono turbare con la presenza di strutture incongrue, o ancora all'inadeguatezza della struttura viaria»[77].

Analogamente, con riferimento al divieto di esercitare attività commerciali in zone produttive stabilito dalla pianificazione urbanistica comunale, il giudice amministrativo, operando uno scrutinio penetrante in relazione agli specifici e concreti interessi tutelati con la predetta limitazione, ha ritenuto che esso fosse giustificato dal fondamentale interesse pubblico «circa il corretto e razionale uso del territorio comunale» che le autonomie comunali sono tenute a garantire[78].

Simile scrutinio è stato compiuto dal TAR Torino, sez. II, 6 maggio 2016, n. 612, che, in seguito ad un'attenta ricognizione, ha ritenuto legittime le limitazioni previste dalla pianificazione urbanistica alla grande distribuzione a ridosso del centro storico del Comune di Asti, ritenendo che esse non fossero estranee alle finalità di tutela ammesse dalla legge statale, in quanto giustificate dal «preminente interesse pubblico alla salvaguardia delle caratteristiche precipue del centro storico cittadino, intessute di storia e di cultura, ma anche di piccole botteghe tradizionali, di commercio di qualità, di relazioni sociali e commerciali "a misura d'uomo" svolte nel contesto di un ambiente esteticamente gradevole, in cui potersi dedicare all'acquisto di beni di consumo anche come semplice attività di "intrattenimento". Per dirla in breve: finalità di tutela dell' "ambiente urbano"». Quest'ultima pronuncia è assai interessante perché, se da un lato, fa emergere la compenetrazione tra interessi economici e interessi urbanistici, dall'altro, evidenzia come gli interessi economici (che nel caso esaminato dal TAR piemontese sono identificati nell'interesse alla tutela delle «piccole botteghe tradizionali» e del «commercio di qualità»), di cui la pianificazione comunale pure può tenere conto, possano essere legittimamente limitati solo allorquando ciò comporti una ricaduta territoriale connessa alla salvaguardia dei valori tipici espressamente individuati dal legislatore (nel caso specifico, gli interessi di natura economica sono stati ritenuti funzionali all'interesse

[77] TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 393/2014, cit.
[78] In tal senso, TAR Napoli, sez. III, 22 giugno 2016, n. 3206, in www.giustizia-amministrativa.it.

alla conservazione «delle caratteristiche precipue del centro storico cittadino», a sua volta riconducibile alla finalità di tutela dell'«ambiente urbano»).
Dunque, la previsione di vincoli alle attività commerciali deve essere giustificata dalla necessità di tutelare gli specifici valori tipizzati dal legislatore statale, ai sensi dell'art. 31, comma 2, legge n. 214/2011 cit., quali la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali, oltre a dover essere adeguata e proporzionata al perseguimento degli scopi di interesse pubblico che essa mira a tutelare.
Al riguardo, è stata considerata illegittima (*recte*, abrogata per contrasto con la sopravvenuta normativa statale di stampo liberalizzatorio) la previsione di un piano regolatore che, «in assenza di una giustificazione ambientale e urbanistica», aveva escluso le medie strutture di superficie superiore a 600 mq. da una determinata zona territoriale. Si è ritenuto, infatti, che tale previsione fosse rivolta a perseguire finalità esclusivamente economiche quali la tutela delle «imprese commerciali già presenti nella zona» ovvero della «rete distributiva storica», vale a dire interessi non riconducibili ad alcuno dei valori protetti dal legislatore statale[79].
Altre pronunce[80], ancora, con un orientamento non del tutto condivisibile, hanno ritenuto legittima la scelta di negare l'autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale di vicinato in una zona produttiva deducendo la sola non conformità urbanistica della destinazione d'uso richiesta (commerciale) rispetto a quelle espressamente consentite dal PRG (industriale e artigianale), senza compiere un'effettiva indagine volta a verificare se detto cambiamento di destinazione, con le pur inevitabili ripercussioni sul carico urbanistico, fosse concretamente incompatibile con le caratteristiche del territorio stesso[81].
Pertanto, anche a fronte di una normativa europea favorevole alla liberalizzazione delle attività economiche e commerciali, la giurisprudenza amministrativa continua a

[79] TAR Milano, n. 2271/2013 cit. Analogamente, è stato ritenuto che la tutela dei consumatori, *sub specie* di «razionalizzazione del servizio reso agli utenti della rete distributiva», costituisse un motivo prettamente economico inidoneo, in quanto tale, a giustificare limitazioni alla libertà di esercizio di attività commerciali (TAR Brescia, sez. II, 11 giugno 2013, n. 560, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 1844). In questo senso, cfr., altresì, Tar Trieste, 11 marzo 2011, n. 145, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 783; TAR Genova, sez. I, 24 luglio 2014, n. 1201, in *Foro amm*., 2014, p. 2126). Sulla necessità che i vincoli alle attività commerciali siano imposti in maniera «ponderata, proporzionata e ragionevole», v. TAR Torino, n. 612/2016 cit.

[80] V., ad esempio, TAR Napoli, sez. III, 29 maggio 2015, n. 2993, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[81] Con ciò non vuol negarsi il potere dei Comuni di porre particolari limitazioni in presenza di situazioni di viabilità particolarmente critiche o di assenza di infrastrutture. «Ma ciò», come condivisibilmente evidenziato da TAR Milano, n. 2271/2013 cit., «presupporrebbe delle specifiche analisi relative all'impatto dei flussi di traffico in relazione all'assetto delle rete viaria». Sulla necessità di un penetrante scrutinio finalizzato a verificare se i limiti recati dalla pianificazione urbanistica all'intervento richiesto dal privato - soprattutto, se antecedenti rispetto all'adozione di misure di stampo liberalizzatorio - siano ancora adeguati a tutelare gli interessi che la normativa statale pone quali eccezioni al principio di liberalizzazione del commercio, cfr. TAR Milano n. 2271/2013; TAR Lecce n. 1641/2016; TAR Bari n. 573/2013, tutte sopra citate.

riconoscere agli enti locali un'ampia (forse fin troppo, in talune occasioni) discrezionalità nel porre vincoli a tali attività, così garantendo il potere di questi ultimi di autodeterminarsi in ordine all'assetto e alla utilizzazione del proprio territorio[82].

IV. Riflessioni conclusive.

Al termine dell'*excursus* normativo e giurisprudenziale compiuto, possono dedursi alcune indicazioni circa il ruolo che rispettivamente le Regioni e gli enti locali sono chiamati a svolgere nella regolazione delle attività economiche al fine di far convergere in maniera virtuosa la disciplina del commercio e gli obiettivi di pianificazione urbanistica.

Da tale operazione esegetica sono emersi due dati in controtendenza: da un lato, la Corte costituzionale è incline a ridimensionare il potere normativo regionale volto a regolare in senso restrittivo l'esercizio delle attività economiche; dall'altro, il giudice amministrativo è orientato a riconoscere in capo ai Comuni un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione di regole limitative di tali attività[83].

L'orientamento della Corte costituzionale trae origine dall'esigenza di evitare che le riforme economico-sociali e gli obiettivi di liberalizzazione perseguiti dagli interventi legislativi di recepimento della normativa europea in materia di concorrenza possano essere compromessi da un intervento pervasivo e frammentario del legislatore regionale; quello del giudice amministrativo, invece, intercetta principalmente l'esigenza di scongiurare il pericolo che la liberalizzazione riguardante il settore commerciale possa privare le autonomie locali del necessario potere di controllo e di governo del territorio, interferendo con i molteplici e variegati interessi a esso connessi e meritevoli di significativa tutela.

Ciò consente di evidenziare come i Comuni, in ragione della loro connaturata capacità di fare fronte alle peculiari necessità del territorio interessato e di garantire i

---

[82] Coerentemente con quanto si è fino ad ora sostenuto, è stato rilevato che «in realtà, ancora oggi si è ben lontani da un definitivo approdo liberistico (delle attività economiche, ndr) e forti sono le resistenze opposte sia dalle legislazioni regionali in materia che dalla giurisprudenza amministrativa» (P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa economica e disciplina della proprietà,* cit., p. 7).

[83] È significativo che, allorquando il divieto di esercitare attività commerciali in zone produttive è stato stabilito a livello comunale, il Giudice amministrativo, operando uno scrutinio penetrante in relazione gli interessi tutelati con il predetto divieto, ha ritenuto che esso fosse giustificato dal fondamentale interesse pubblico «circa il corretto e razionale uso del territorio comunale» che le autonomie comunali sono tenute a garantire (v. TAR Napoli n. 3206/2016, cit.). Viceversa, nel momento in cui un analogo divieto (di esercizio di attività commerciali in zone produttive) è stato previsto a livello sovracomunale, la Corte costituzionale ha ritenuto che esso si ponesse «in palese contrasto con il disposto dell'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, convertito dalla legge n. 214 del 2011», poiché invadeva la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (v. Corte costituzionale n. 38/2013, cit., dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'articolo 5, commi 1, 2, 3, 4 e 7, nonché dell'articolo 6 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 marzo 2012, n. 7).

valori potenzialmente confliggenti con la normativa, nazionale ed europea, di stampo liberalizzatorio, siano i soggetti maggiormente idonei a individuare regole limitative delle attività commerciali.
Questo ruolo si addice meno alle Regioni, il cui potere di individuare vincoli e condizionamenti a tali attività è stato sensibilmente arginato dai molteplici interventi della Corte costituzionale.
Discende da ciò la necessità che l'intervento regionale, più che a porre ulteriori limitazioni non previste dalla normativa europea e statale, si rivolga principalmente a introdurre regole di politica economica finalizzate a un miglioramento del regime di mercato attraverso, ad esempio, la valorizzazione delle aree periferiche, la promozione e l'incentivazione di iniziative di riconversione di aree produttive degradate o di strutture dismesse[84].
È necessario, cioè, che la materia della concorrenza non sia più concepita dalle Regioni come un limite alla loro potestà in materia di commercio[85], ma come un'attribuzione trasversale dello Stato a cui le stesse Regioni possono dare un significativo contributo attraverso la promozione delle attività imprenditoriali del loro territorio.
È necessario, altresì, che le Regioni esercitino i poteri regolatori a esse spettanti[86] attraverso un intervento orientativo e non rigidamente condizionante, in maniera tale da non comprimere in modo rilevante l'autonomia decisionale riservata ai Comuni.
Questi ultimi, in virtù del principio autonomistico e dei principi di sussidiarietà verticale, differenziazione e adeguatezza, rappresentano i terminali naturali e necessari nel tradurre il processo di liberalizzazione delle attività commerciali nell'ambito della realtà territoriale di riferimento, ossia nel compiere in concreto una mediazione tra interessi economici e interessi all'ordinato assetto del territorio.

---

[84] Al riguardo, è stato lucidamente rilevato, in senso critico, come «nella prassi le Regioni hanno inteso esercitare le potestà di regolazione agendo da un lato sui limiti all'esercizio dell'attività economica, dall'altro operando sui limiti al riconoscimento delle attività lecitamente esercitabili da specifiche categorie di operatori economici, limitando l'accesso al libero mercato mediante misure funzionali al congelamento di determinati mercati» (P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa economica e disciplina della proprietà*, cit., p. 10; per un simile rilievo v. A TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, «il diritto preso sul serio»*, cit., p. 103). Pone in evidenza le riluttanze alle spinte liberistiche poste in essere proprio dalle singole normative regionali anche D. M. TRAINA, *op. cit*., p. 126, il quale parla in proposito di una programmazione di settore «di tipo essenzialmente protezionistico» che «ha prodotto più vincoli che regole».

[85] V., *supra*, § II.3, in cui viene posto in evidenza come la Consulta abbia costantemente invocato la competenza legislativa statale in materia di «tutela della concorrenza» per negare alle Regioni spazi effettivi per regolare la disciplina del commercio in senso restrittivo e condizionante.

[86] Ci si riferisce, in particolare, alla potestà regionale di individuare «aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali», ex art. 31, comma 2, legge n. 214/2011.

In questa prospettiva, è condivisibile l'opinione di chi considera «la *dimensione amministrativa*» (e quindi comunale[87]) come «il vero centro di gravità del rapporto Stato, Regioni ed enti locali»[88].
Questo però, è bene precisare, non vuol dire riproporre la centralità del livello comunale nella disciplina del commercio come vigente nel sistema delineato dalla legge del 1971[89], in quanto in quel sistema era del tutto assente una disciplina generale della concorrenza e il ruolo di orientamento programmatico delle Regioni[90], cui i Comuni sono oggi tenuti a conformare la propria attività.
Questi ultimi, nello svolgimento delle proprie funzioni, non debbono limitarsi a tutelare interessi esclusivamente urbanistici, ma devono intraprendere una gestione attiva del territorio in funzione del suo sviluppo (anche economico) complessivo e armonico, alla luce di una valutazione congiunta delle sue caratteristiche strutturali, sociali e territoriali, nonché in una prospettiva di liberalizzazione delle attività economiche e in coerenza con il sistema normativo cui la pianificazione territoriale è sottoposta. Detto altrimenti, le amministrazioni comunali non devono limitarsi a preservare l'esistente, ossia a salvaguardare il territorio da iniziative economiche incompatibili con la sua conservazione e la sua tutela, ma devono intervenire attivamente promuovendo e valorizzando il contesto urbano, anche attraverso il perseguimento di finalità economico-sociali (quali, ad esempio, la salvaguardia occupazionale, lo sviluppo imprenditoriale, la tutela di determinate tipologie di attività commerciali) che pure sono di pertinenza locale[91].
Soltanto in tal modo è possibile per gli enti locali adempiere ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, attuando i valori costituzionalmente tutelati[92].

---

[87] Giova ricordare che l'art. 118 Cost. assegna ai Comuni una potestà amministrativa generale («Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei princìpi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza»).

[88] S. AMOROSINO, *Il «governo del territorio», tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 78. Secondo quest'ultimo A. l'espressione costituzionale «governo del territorio», «più che ad un tradizionale *government*», inteso nel senso di un intervento amministrativo su di una risorsa pubblica, allude ora ad una sorta di «*governance*», vale a dire a un processo dinamico che parte dalla considerazione degli equilibri territoriali per porli al servizio di progetti di sviluppo e di benessere, in considerazione della compresenza di interessi di tipo e livello diverso, riferibili a molteplici centri di imputazione che «insistono» su un medesimo ambito territoriale (*Ivi*, pp. 83-84).

[89] V., *retro*, § II.1.

[90] V., *retro*, § II.2.

[91] Si vedano, in proposito, le osservazioni svolte *retro*, § III, in ordine agli interessi e alle finalità che la pianificazione urbanistica è legittimata a perseguire e di cui deve tenere conto.

[92] Si comprende così la ragione per la quale autorevole dottrina ha sostenuto che «la pianificazione urbanistica, se guardiamo con occhio attento alla Costituzione» dovrebbe «accogliere e valorizzare, rendendoli reciprocamente funzionali, i diritti economici, i diritti di libertà, i diritti sociali, intesi secondo contenuti e

In definitiva, soltanto attraverso una virtuosa interazione tra gli indirizzi programmatici di carattere economico-commerciale e la pianificazione urbanistica è possibile introdurre nell'ordinamento locale le innovazioni sostanziali apportate dalla legislazione, nazionale ed europea, in tema di concorrenza e realizzare scelte strategiche, polisettoriali e multifunzionali, capaci di fare interagire le esigenze tipiche delle attività economiche con quelle proprie delle comunità locali.

dimensioni adatte a generare effetti benefici per l'intera società …» (G. BERTI, *Dinamica giuridico-economica nell'urbanistica*, cit., pp. 373-374).

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Le condizioni di vulnerabilità ambientale tra i «seri motivi di carattere umanitario» in relazione al permesso di soggiorno: prospettive giuridiche della figura dell'eco-migrante (nota a Tribunale di L'Aquila, Ordinanza del 18 febbraio 2018, n. R.G. 1522/17)

di Sergio Candela

(Dottore in Giurisprudenza e Cultore della Materia della Cattedra di Diritto Amministrativo dell'Ambiente presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento.)

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari. Il contesto normativo anteriore al "Decreto Sicurezza" e gli orientamenti giurisprudenziali. – 3. L'ordinanza del Tribunale di L'Aquila del 18 febbraio 2018. – 4. La clausola di salvaguardia dei «seri motivi di carattere umanitario» ostativi al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie. – 5. Riflessioni conclusive. – 5.1. Le difficoltà della giuridicizzazione del concetto di vulnerabilità ambientale. – 5.2. (segue) Il migrante climatico: le potenzialità del riconoscimento di un nuovo status giuridico.

Abstract

The Judgment of the Civil Court of L'Aquila of 18 February 2018 gives the opportunity to address the topic concerning the residence permit for humanitarian reasons, before its repeal by the recent Decree-Law no. 113 of 4 October 2018, converted, with amendments, into Law no. 132 of 1 December 2018 (the so-called "Security Decree").
In this regard, one of the most interesting aspect of the aforementioned Judgment concerns the interpretation of the safeguard clause of «humanitarian serious reasons», which precludes the refusal or the withdrawal of the residence permit for humanitarian reasons.
The Court includes the environmental vulnerability conditions within the legal concept of "humanitarian serious reasons".
On the basis of that assumption, the paper develops some considerations about the concept of environmental vulnerability and the recognition of environmental migrant as a new legal status.

1. Considerazioni introduttive

La presente nota si propone di svolgere alcune riflessioni in ordine ai contenuti e alla portata dell'Ordinanza del Tribunale di L'Aquila del 18 febbraio 2018, che ha imposto il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari ad un cittadino del Bangladesh, riconoscendone la condizione di vulnerabilità dovuta, tra gli altri motivi, a fattori collegati alla grave crisi eco-climatica del Paese d'origine.

Dopo una breve ricognizione della disciplina regolante, nel regime giuridico in vigore prima del "Decreto Sicurezza" di cui al d. l. n. 113/2018, la protezione umanitaria e il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, si focalizzerà l'attenzione sull'interpretazione che l'Ordinanza in commento ha proposto in ordine al concetto di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario», quali condizioni ostative al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi del previgente testo dell'art. 5, comma 6, del d. lgs. 286/1998, operandone una correlazione con il concetto di "vulnerabilità" derivante da fattori strutturali di criticità ambientale.

Occorre sottolineare come tale Ordinanza abbia rappresentato una delle prime pronunce sul tema[1], alquanto complesso, delle interrelazioni tra migrazioni e cambiamenti climatici.

Nel solco della letteratura giuridica di riferimento, nella parte conclusiva saranno sviluppate alcune considerazioni in merito al rapporto tra il fenomeno migratorio e la conclamata crisi ecologica in atto a livello planetario[2].

2. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari. Il contesto normativo anteriore al "Decreto Sicurezza" e gli orientamenti giurisprudenziali.

[1] V. anche, in precedenza, Tribunale di Bologna, Ordinanza del 18 novembre 2014.

[2] Attestata da dati, indicatori e informazioni provenienti dagli studi scientifici più accreditati (il *Millennium Ecosystem Assessment* [MEA], i rapporti forniti dall'*International Panel on Climate Change* [IPCC], nonché la *Red List of Ecosystems* redatta dall'International Union for Conservation of Nature, solo per citare i principali a livello internazionale) e recepiti dalle teorie dei Limiti Planetari e dell'Antropocene. Sul punto, per approfondimenti, cfr. CRUTZEN P. J. – STOERMER E. F., *The "Anthropocene"*, in *Global Change Newsletter*, n. 41/2000, pp. 17 ss.; CRUTZEN P. J., *Benvenuti nell'Antropocene!*, edizione italiana di PARLANGELI A. (a cura di), Milano, Mondadori, 2005; EHLERS E. – KRAFFT T., *Earth System Science in the Anthropocene. Emerging Issues and Problems*, Berlin, Springer, 2006; STEFFEN W – CRUTZEN P. J. – MCNEILL J. R., *The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?* in *Ambio*, n. 36/2007, pp. 614 ss.; ROCKSTRÖM J. ET AL., *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, n. 461/2009, pp. 472 ss; ROCKSTRÖM J. ET AL., *Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity*, in *Ecology and Society*, 14/2009, Issue 2, article 32; STEFFEN W. – CRUTZEN P. ET AL., *The Anthropocene: Conceptual and Historical Perspectives*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, n. 369/2011, pp. 842 ss; STEFFEN W. ET AL., *The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration, in The Anthropocene Review*, n. 2/2015; ROCKSTRÖM J. – M. KLUM, *Grande mondo, piccolo pianeta. La prosperità entro i limiti planetari.* Edizione italiana a cura di Gianfranco Bologna, Milano, Edizioni Ambiente, 2015; STEFFEN W. ET AL., *Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet*, in *Science*, n. 347/2015, pp. 736 ss.; ZALASIEWICZ J. – WATERS N. ET AL., *When Did the Anthropocene Begin? A Mid-Twentieth Century Boundary Level Is Stratigraphically Optimal*, in *Quaternary International*, n. 383/2015, pp. 196 ss.; BOSSELMANN K. – STEFFEN W. ET AL., *The Safe Operating Space Treaty: A New Approach to Managing Our Use of the Earth System*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2016; CHAPRON G. ET AL., *Bolster Legal Boundaries to Stay Within Planetary Boundaries*, in *Nature Ecology & Evolution*, n. 1/2017, pp. 1 ss.; MONTEDURO M., *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, pp. 1 ss.

Il permesso di soggiorno per «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», prima della sua espunzione dall'ordinamento giuridico italiano ad opera della recente riforma introdotta dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. "Decreto Sicurezza", convertito con legge n. 32/2018), era previsto dall'articolo 5, comma 6 del d. lgs. n. 286/1998, che stabiliva: «Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste nel regolamento di attuazione»[3].
Nella norma regolamentare di attuazione della summenzionata disposizione, ossia l'articolo 11, lettera c-*ter)* del dPR n. 394/1999, l'organo competente al rilascio del suddetto permesso di soggiorno era appunto la questura, previo parere delle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale o previa acquisizione di documentazione riguardanti i motivi della richiesta, relativi alle «oggettive e gravi situazioni»[4] che non avrebbero consentito l'allontanamento del soggetto dal territorio nazionale[5].
In linea generale, occorre comunque evidenziare una certa frammentarietà della disciplina normativa che regolava, *ante* "Decreto Sicurezza", il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie; ciò si desume sia dalla residuale funzione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie in relazione all'articolo 19, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998, così come attuato dall'articolo 28, lettera d) del dPR. n. 394/1999, sia dalle ulteriori ipotesi di tutela per motivi umanitari previste in altre disposizioni nazionali di matrice comunitaria ed internazionale[6].

---

[3] Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, articolo 5, comma 6.

[4] Decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, articolo 11, lettera c-*ter*).

[5] *Ibidem*. La citata disposizione, *ante* "Decreto Sicurezza", menzionava tra i requisiti legittimanti il rilascio del permesso di soggiorno quello per «[…] per motivi umanitari, nei casi di cui agli articoli 5, comma 6 e 19, comma 1, del Testo Unico, previo parere delle Commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero acquisizione dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale».

[6] V. ad esempio, con riferimento all'istituto della protezione sussidiaria, l'art. 15, comma 2, del d. lgs. 19 novembre 2007, n. 251, che consente la cessazione dello *status* di protezione sussidiaria solo quando «le mutate circostanze abbiano natura così significativa e non temporanea che la persona ammessa al beneficio della protezione sussidiaria non sia più esposta al rischio effettivo di danno grave di cui all'articolo 14 e non devono sussistere gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine». Con riferimento alla disciplina dello *status* di rifugiato, cfr. l'art. 32, comma 3, del d. lgs. 28/2005, nel testo anteriore alla riforma operata dal "Decreto Sicurezza", che recitava: «Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». In termini più generali, come è noto, le disposizioni costituzionali e internazionali alle quali fa espresso rinvio l'articolo 5, comma 6 del d. lgs. 286/1998 sono individuabili negli articoli 2 e 10, comma 3 della Costituzione, nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati, nel Protocollo di New York del 31 gennaio 1967 e nell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In ogni caso, il quadro normativo riflette le strutture di protezione costituzionale dei diritti umani fondamentali, in una prospettiva di integrazione sistematica con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il che determina correlati limiti all'azione del pubblico potere[7].

Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha trovato icastica espressione nell'Ordinanza delle Sezioni Unite n. 13393 del 2009, i diritti fondamentali dell'uomo rappresentano la sorgente delle posizioni giuridiche soggettive dello straniero in relazione al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari[8]: la pronuncia da ultimo citata ha costituito l'occasione per un confronto in merito alla sistemazione strutturale di questa categoria dei diritti della persona all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, in una prospettiva allargata al contesto europeo ed internazionale[9].

Tale confronto ha interessato alcuni aspetti strettamente interrelati, quali: *(i)* il grado di tipizzazione dei motivi umanitari sottesi al rilascio del permesso di soggiorno; *(ii)*

---

[7] Sul tema, si vedano le riflessioni di PERFETTI L.R. – ROTA F., *Migrant's fundamental rights and public power under the Italian legal framework*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, p. 921 ss.; v. altresì ROTA F., *La condizione giuridica dei migranti in Italia tra prospettiva costituzionale, legislazione ordinaria e misure amministrative*, in D'ACUNTO S. – DE SIANO A. – NUZZO V. (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, ESI, 2017, p. 341 ss., e FERRARA L. – VILLANI S., *Migration, economic inequality and redistribution: the Italian case*, in NOLTE H-H. – BOATCĂ M. – KOMLOSY A. (eds.), *Worldregions, Migrations and Identities. Zur Kritik der Geschichtsschreibung*, Vol. 2, Gleichen-Zurich, Muster-Schmidt, p. 90 ss.

[8] Corte di Cassazione, SS.UU., Ordinanza del 9 settembre 2009, n. 13393: «Al di là del generico rinvio alla disciplina del diritto internazionale umanitario, e cioè all'insieme dei trattati internazionali o delle regole consuetudinarie che, in caso di conflitti armati, di natura sia internazionale che interna, limitano il diritto delle parti in conflitto nella scelta dei mezzi o metodi di combattimento, proteggono le persone e i beni coinvolti o che rischiano di rimanere coinvolti nel conflitto, non sembra dubbio che i motivi di carattere umanitario debbano essere identificati facendo riferimento alla fattispecie previste dalle convenzioni universali o regionali che autorizzano o impongono al nostro Paese di adottare misure di protezione a garanzia dei diritti umani fondamentali e che trovano espressione e garanzia anche nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'articolo 2 Cost., ma anche perché, al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione (Corte cost. n. 388/1999). La situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari, pertanto, gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'articolo 2 Cost. […] L'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo *status* di rifugiato e del diritto costituzionale di asilo, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali, trova riscontro nell'espressa disciplina contenuta nel Decreto Legislativo n. 286 del 1998, articolo 19, comma 1 […] In conclusione, la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali».

[9] ACIERNO M., *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2018, p. 99 ss. L'Autrice afferma: «L'attrazione del diritto del cittadino straniero al rilascio di un permesso per motivi umanitari nell'alveo dei diritti umani, definitivamente stabilito dall'ordinanza della Corte di cassazione n. 13393 del 2009, impone di comprendere se questa categoria di diritti della persona sia sovrapponibile a quella dei diritti fondamentali o se si possa ad essa attribuire un contenuto ed una *vis* espansiva più estesa, in relazione alla riconosciuta inclusione, da parte delle stesse Sezioni unite, di tali diritti nel più ampio panorama costituzionale integrato dalla Convenzione europea dei diritti umani e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che dalle Convenzioni che direttamente si occupano della tutela dei diritti delle persone e dei diritti dei richiedenti asilo».

l'inclusione dei motivi umanitari nell'ambito dei diritti fondamentali dell'uomo; *(iii)* il rapporto tra i motivi umanitari, il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari e l'articolo 2 della Costituzione; *(iv)* il rapporto tra le condizioni sottese al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ed i requisiti relativi ai contigui strumenti di protezione internazionale; *(v)* la correlazione tra il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno umanitario e l'attuazione del diritto d'asilo previsto dall'articolo 10, comma 3 della Costituzione italiana[10].

Per l'Italia, sono ancora da valutare compiutamente gli impatti, sul quadro sopra descritto, più volte citato "Decreto Sicurezza" (decreto legge del 4 ottobre 2018, n. 113). Il presente contributo, che annota una sentenza resa nel regime previgente, non ha ad oggetto la recente riforma: basti considerare, ai limitati fini di questo scritto, che l'art. 1, lettera b), punto 2) del "Decreto Sicurezza" ha completamente riformulato l'art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 286/1998 (nei seguenti termini: «il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti»), in tal modo espungendo dal testo proprio la clausola di salvaguardia relativa alla sussistenza di «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», ostativi al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari[11].

---

[10] Art. 10, comma 3, Cost.: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». In proposito, cfr.. Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455, in cui si afferma che: «la protezione umanitaria costituisce una delle forme di attuazione dell'asilo costituzionale (art. 10, terzo comma Cost.), secondo il costante orientamento di questa Corte (Cass. 10686 del 2012; 16362 del 2016), unitamente al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, evidenziandosi anche in questa funzione il carattere aperto e non integralmente tipizzabile delle condizioni per il suo riconoscimento, coerentemente con la configurazione ampia del diritto d'asilo contenuto nella norma costituzionale, espressamente riferita all'impedimento nell'esercizio delle libertà democratiche, ovvero ad una formula dai contorni non agevolmente definiti e tutt'ora oggetto di ampio dibattito»; cfr. sul punto ACIERNO M., *La protezione umanitaria,* cit., p. 100. In dottrina è diffusa la tesi secondo cui il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, per il suo carattere aperto e residuale, svolge funzione propulsiva nell'attuazione del diritto di asilo costituzionale: in generale, sul diritto di asilo v. BENVENUTI M., voce *Asilo* (diritto di), *Diritto Costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2007, p. 1; ID., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007; CASSESE A., *Art .10 - Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 531; ZIOTTI P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano,* Padova, Cedam, 1988; BONETTI P., *Il diritto d'asilo. Sez. I Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in NASCIMBENE B. (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004 p. 1136 ss; D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo – condizione giuridica - estradizione,* Padova, Cedam 1992; BENVENUTI M. – CAVASINO E., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: 'struttura, garanzie, effettività*, in CALIGIURI A. – CATALDI G. – NAPOLETANO N. (a cura di) *La tutela dei diritti umani in Europa, tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali,* Padova, Cedam, 2010.

[11] Cfr. sul punto le preoccupazioni espresse dalla ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE (ASGI), *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, documento reperibile al link https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/ASGI_DL_113_15102018_manifestioni_illegittimita_costituzione.pdf, consultato in data 10 giugno 2019. Il d.l. n. 113/2008 ha tentato di ridurre i margini di incertezza e di discrezionalità in materia di

3. L'ordinanza del Tribunale di L'Aquila del 18 febbraio 2018

L'Ordinanza in commento è stata emessa all'esito di un ricorso in opposizione presentato da un cittadino straniero, proveniente dal Bangladesh, avverso il provvedimento di rigetto del Ministero dell'Interno – Commissione Territoriale di Ancona, in merito alla richiesta di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale[12].

L'Ordinanza affronta preliminarmente la materia relativa al riconoscimento della protezione internazionale, esaminando le figure riguardanti lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria; dopo aver passato in rassegna le varie forme di protezione internazionale, la seconda parte della pronuncia pone l'attenzione sul diritto alla protezione umanitaria, quale situazione giuridica soggettiva di riferimento generale individuata al fine di sussumere la vicenda fattuale oggetto del ricorso.

Il punto focale del ragionamento del Giudice è costituito dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'ultima parte dell'articolo 5, comma 6, del d. lgs. n. 286/1998 (come si è detto, nel testo previgente al "Decreto Sicurezza"), riguardante i «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», che legittimano il rilascio del permesso di soggiorno superando eventuali condizioni ostative al rilascio stesso.

Al riguardo, prosegue il Tribunale, tali seri motivi di carattere umanitario: *(i)* possono trovare fondamento non solo in specifici obblighi costituzionali ed internazionali imposti allo Stato, ma anche nella clausola generale di riconoscimento e tutela dei diritti inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione; *(ii)* sono suscettibili di ricomprendere anche «i bisogni di protezione a causa di particolari condizioni di vulnerabilità dei soggetti, quali per esempio motivi di salute o di età, carestie, disastri naturali o ambientali o altre situazioni similari».

In chiusura, la parte motiva dell'Ordinanza presenta le ragioni di maggiore interesse e originalità.

A fondamento della sussunzione della vicenda fattuale all'interno del catalogo aperto dei seri motivi di carattere umanitario legittimanti il rilascio del permesso di soggiorno, il Tribunale opera una ricognizione circa le concrete e reali condizioni di vulnerabilità affliggenti il Bangladesh, ossia il luogo di partenza dello straniero, unitamente alle particolari situazioni soggettive dello straniero stesso.

La pronuncia attribuisce espressamente rilievo, in tal senso, a situazioni di crisi ambientale eziologicamente connesse a fattori antropici: tra queste ultime, l'innalzamento dei livelli delle

---

rilascio del permesso di soggiorno attraverso meccanismi di tipizzazione più restrittiva delle ipotesi integranti i presupposti per il rilascio del permesso medesimo; il "Decreto Sicurezza" ha inoltre introdotto il permesso di soggiorno «per calamità» (articolo 20-*bis* del d.lgs. n. 286/1998, inserito dall' art. 1, comma 1, lett. h), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132), nonché forme di permessi di soggiorno temporanei.

[12] Con l'opposizione, il ricorrente chiedeva: «a) in via principale, che venisse accertato e dichiarato lo *status* di rifugiato ovvero il diritto di asilo *ex* art. 10, comma 3 della Costituzione, b) in via subordinata, che venisse accertato e dichiarato il suo diritto ad ottenere la protezione internazionale sussidiaria ai sensi dell'art. 14 del d. lgs. n. 251 del 19 novembre 2007, c) in via ulteriormente gradata, che venisse accertato e dichiarato il suo diritto ad ottenere la protezione umanitaria *ex* art. 5, comma 6 del d. lgs. 286/1998».

acque determinato dal cambiamento climatico, la deforestazione massiccia e, ad aggravamento delle precedenti, il *land grabbing*[13].
Peraltro, tali fenomeni, emergenti anche da specifici studi condotti da enti e centri di ricerca che vengono espressamente citati nell'Ordinanza in oggetto[14], sono strettamente collegati a questioni di ordine economico, sociale e giudiziario, spesso secondo una dinamica di causa-effetto.
Inoltre, l'Ordinanza in commento evidenzia come anche a livello istituzionale, sebbene in maniera non esaustiva, una Circolare del Ministero dell'Interno (Commissione nazionale) del 2015 menzioni le gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali tra i motivi ostativi ad un rimpatrio in dignità e sicurezza.

4. La clausola di salvaguardia dei «seri motivi di carattere umanitario» ostativi al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie
È opportuno, alla luce della pronuncia esaminata, focalizzare l'attenzione sulla formulazione contenuta nel previgente testo dell'art. 5, comma 6 del d. lgs. 286/1998.
In base a quest'ultima, i «seri motivi» possono essere di carattere umanitario o risultare da obblighi costituzionali o internazionali imposti allo Stato italiano.
Il profilo oggetto di approfondimento riguarderà in particolar modo i seri motivi di carattere umanitario, ma non può non evidenziarsi la voluta latitudine del riferimento anche agli obblighi costituzionali e internazionali imposti allo Stato: in tal senso, sul piano costituzionale, l'art. 2 Cost.[15] opera in funzione di clausola aperta all'enucleazione di nuovi diritti e doveri provenienti dai bisogni storicamente emergenti nell'evoluzione della coscienza sociale.
Il rapporto di intima contiguità tra il permesso per ragioni umanitarie e le misure attuative del diritto costituzionale d'asilo rappresenta uno strumento interpretativo del diritto positivo interno, "flessibilizzando" la possibilità di adeguare interpretativamente il dato legislativo alla realtà fattuale da regolare, in una prospettiva allargata alle ragioni umanitarie strettamente connesse alle nuove forme del fenomeno migratorio[16].
A fronte della formulazione aperta dell'art. 5, comma 6, del d. lgs. n. 286/1998, alcune figure di permesso umanitario sono state introdotte nell'ordinamento italiano sia attraverso

[13] Per approfondimento sul tema del *land grabbing,* si confrontino DE FELICE P. – GRILLOTTI DI GIACOMO M. G., *Land grabbing and land concentration. I predatori della terra tra neocolonialismo e crisi migratorie,* Milano, FrancoAngeli, 2018; BORTONE L., *Land Grabbing,* Cogorno, Panesi Edizioni, 2014; LIBERTI S., *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo,* Roma, minimum fax, 2011; MARGULIS M. E. – MCKEON N. – BORRAS JR. S. M. (eds.), *Land Grabbing and Global Governance,* London, Routledge, 2014; EDELMAN M. – HALL R. – BORRAS JR. S. M. – SCOONES I. – WHITE B. – WOLFORD W. (eds.), *Global Land Grabbing and Political Reactions 'from below'*, London, Routledge, 2018.

[14] L'Ordinanza in commento cita, in particolare, il contributo del 2016 "*Crisi ambientali e migrazioni forzate*" dell'Associazione *A SUD Centro Documentazione Conflitti Ambientali*, nonché studi condotti dalla Banca Mondiale.

[15] V. *supra,* nota 8.

[16] V. ACIERNO M., *La protezione umanitaria,* cit., p. 100: l'Autrice sostiene che tali ragioni umanitarie «sono intrinsecamente non cristallizzabili perché direttamente influenzate dai mutamenti sociopolitici ed economico finanziari che governano i flussi migratori oltre che alla spinta diffusa di categorie di persone […] che non intendono più sentirsi vittime di limitazioni discriminatorie nell'esercizio di diritti umani quali quello alla propria identità personale o di genere».

specifiche iniziative legislative, sia per il tramite dell'opera ermeneutica delle Corti, in particolare della Corte di Cassazione.
Dal punto di vista legislativo, occorre evidenziare l'introduzione di figure tipizzate di permessi umanitari di derivazione comunitaria[17] e nazionale[18].
Parimenti, l'opera interpretativa della Corte di Cassazione ha determinato un allargamento delle fattispecie riconducibili al permesso di soggiorno per motivi umanitari.
Come precedentemente affermato, la prospettiva interpretativa prescelta dalla Corte è stata quella di ricondurre la protezione umanitaria nell'alveo dei diritti fondamentali dell'uomo[19] e di concepire la stessa quale modalità attuativa del diritto d'asilo costituzionale previsto dall'art. 10, comma 3, Cost.[20].
In tal senso, la Suprema Corte ed, in alcuni casi, le corti di merito, hanno posto l'attenzione, di volta in volta, sulle situazioni riconducibili al diritto soggettivo alla salute, sulle condizioni familiari, economiche e sociali dei paesi di origine dei richiedenti il permesso ed, in generale, sugli stati di vulnerabilità qualificanti un'esigenza di natura umanitaria[21]; ciò conferma che,

[17] V. la Direttiva 2008/115/CE, specialmente l'art. 6, comma 4, che stabilisce: «In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. […]».

[18] D. lgs. n. 286/1998, articolo 18-*bis*, introdotto dal d. l. 93/2013, convertito nella l. 119/2013, che tipizza il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica; il successivo art. 22, comma 12-*quater*, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera c) del d. lgs. 109/2012, tipizza la protezione umanitaria per gli individui che subiscano un «particolare sfruttamento lavorativo» e che denuncino e cooperino nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro.

[19] V. *supra*, nota 8.

[20] Cfr. Corte di Cassazione, Sezione VI, Sottosezione I, sentenza n. 26566/2013, in cui si afferma: «Deve osservarsi peraltro che secondo i più recenti orientamenti di questa Corte, il diritto di asilo previsto nell'articolo 10 Cost., comma 3, trova la propria attuazione normativa proprio nel sistema plurale delle misure di protezione internazionale. Afferma al riguardo la pronuncia n. 10686 del 2012: "Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al Decreto Legislativo 19 novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui al Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, articolo 5, comma 6"». V altresì Corte di Cassazione, Sezione VI, Ordinanza del 7 luglio 2014, n. 15466: «Alla luce dei principi stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità, l'asilo costituzionale può dirsi attuato mediante il sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale presenti nel nostro ordinamento: rifugio politico, protezione sussidiaria e protezione umanitaria […] il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 6. […] (Cass. Ord. 10686 del 2012) […] Il permesso umanitario è una misura atipica e residuale idonea ad integrare l'ampiezza del diritto d'asilo costituzionale così come definito dall'art. 10 Cost. Alla domanda di riconoscimento dell'asilo costituzionale, alla luce della qualificazione del medesimo stabilita dalla giurisprudenza di legittimità, deve, pertanto, conseguire l'indagine sull'esistenza di una situazione vulnerabile idonea a integrare il permesso umanitario».

[21] ACIERNO M., *La protezione umanitaria*, cit., p. 104. V. Corte di Cassazione, I Sezione, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455, in cui si statuisce: «La vulnerabilità può essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nell'art. 36 del d.lgs n. 286 del 1998 oppure può essere conseguente ad una situazione politico-economica molto

secondo la giurisprudenza, i seri motivi di natura umanitaria riconducibili a tali condizioni di vulnerabilità costituiscono un catalogo aperto[22].

L'Ordinanza in commento, in coerenza logica e giuridica con le suesposte premesse, giunge ad includere e ad enucleare, nell'ampio *genus* delle condizioni oggettive e soggettive di vulnerabilità che necessitano di protezione, anche la *species* della vulnerabilità di matrice ecologica.

Se si pone l'accento sulla qualificazione della protezione umanitaria nell'alveo dei diritti fondamentali, una delle questioni attiene a quale di tali diritti possa rappresentare il riferimento principale cui ancorare le condizioni di vulnerabilità collegate a fattori ambientali e naturali: il diritto alla salute (*id est*, a vivere in un ambiente salubre) o, piuttosto, un più ampio diritto soggettivo all'ambiente (della cui configurabilità e possibile codificazione si dibatte da tempo, con proposte ed iniziative soprattutto di matrice dottrinale nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente).

5. Riflessioni conclusive

5.1. Le difficoltà della giuridicizzazione del concetto di vulnerabilità ambientale.

Uno dei profili più interessanti emergenti dall'Ordinanza in commento riguarda il modo di intendere e di impostare il rapporto tra le scienze giuridiche e le scienze ecologiche, ambientali e naturali[23].

---

grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)»; v. Corte di Cassazione, VI Sezione, ordinanza del 7 luglio 2014, n.15466.

[22] Come sottolinea la Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455: «I "seri motivi" di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano (art. 5, comma 6, cit.), alla ricorrenza dei quali lo straniero risulta titolare di un diritto soggettivo al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari (Cass., sez. un., n. 19393/2009 e Cass., sez. un., n. 5059/2017), non vengono tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicché costituiscono un catalogo aperto (Cass. n. 26566/2013), pur essendo tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale»; v. ancora Corte di Cassazione, Sezione VI, n. 26566/2013, cit., in cui si afferma: «In conclusione le situazioni di vulnerabilità che possono dar luogo alla richiesta di rilascio di un permesso per motivi umanitari da parte delle Commissioni territoriali o del giudice in sede di giudizio d'impugnazione, costituiscono un catalogo aperto non necessariamente fondato sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione del Decreto Legislativo n. 251 del 2007, articolo 14». Secondo Corte di Cassazione, Sezione VI, ordinanza n. 15466/2014, cit., l'indagine in merito all'esistenza di ragioni umanitarie legittimanti il rilascio del permesso di soggiorno riguarda il «riconoscimento da parte delle Commissioni territoriali o del giudice del merito dell'esistenza di situazioni "vulnerabili" non rientranti nelle misure tipiche o perché aventi il carattere della temporaneità o perché vi sia un impedimento al riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale ma caratterizzate da un'esigenza qualificabile come umanitaria (problemi sanitari, madri di minori etc.)».

[23] Su questo vastissimo tema, esemplificativamente si segnalano i seguenti contributi: PRIGOGINE I. – STENGERS I., *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, edizione italiana a cura di Pier Daniele Napolitani, Torino, Einaudi, 1981; OST F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit,* Parigi, La Découverte, 1995; BOUTELET M. - FRITZ J.C. (cur.), *L'ordre public ècologique. Towards an Ecological Public Order,* Bruxelles, Bruylant,

Come precedentemente affermato, nell'Ordinanza ricorre il riferimento al concetto di "vulnerabilità" declinato in riferimento a situazioni di collasso, compromissione o deterioramento ecologico (climatico, forestale, idrologico, etc.).
Il concetto di vulnerabilità non è certo nuovo nell'ambito giuridico[24].
Tuttavia, la nozione di vulnerabilità in materia ambientale meriterebbe una riflessione in merito a più profili.
Sul piano definitorio, essa richiede indubbiamente come presupposto la considerazione di dati di natura extra-giuridica, forniti dalle scienze della vita e della terra. Ad esempio, il Quinto Rapporto di Valutazione dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)* definisce il concetto di "vulnerabilità" in termini di propensione o predisposizione a subire impatti avversi, ricomprendendo una varietà di elementi, tra cui la sensibilità o suscettibilità alle minacce e la mancanza di capacità per farvi fronte (e adattarsi)[25]: come è noto, i Rapporti redatti dall'*IPCC* sono veicolati all'interno del circuito politico, istituzionale e legislativo, dal momento che essi forniscono, a intervalli regolari, ai decisori politici valutazioni esaustive e informazioni scientifiche aggiornate relative al cambiamento climatico, ai suoi impatti, ai rischi futuri, nonché alle opzioni per l'adattamento e la mitigazione[26].

2005; FLOURNOY A.C. – DRIESEN D.M., *Beyond Environmental Law: Policy Proposals for a Better Environmental Future,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS A. (ed.), *Law and Ecology: New Environmental Foundations,* London - New York, Routledge, 2011; BOERO F., *Economia senza natura. La grande truffa,* Torino, Codice edizioni, 2012; GARVER G., *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics,* in *Sustainability,* Vol. 5, Issue 1, 2013, p. 316; MONTEDURO M. , *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»,* in *GiustAmm.it,* n. 6, 2014, pp. 1-44 (http://www.giustamm.it/).; CAPRA F. – MATTEI U., *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community,* Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2015; BOSSELMANN K., *The Rule of Law in the Anthropocene*, in MARTIN P. ET AL. (eds,), *The Search for Environmental Justice,* Cheltenham, Edward Elgar, 2015, p. 44 ss.; CHAPRON G. ET AL., *Bolster legal boundaries to stay within planetary boundaries*, cit.; GUTWIRTH S. –STENGERS I., *Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons,* in *Revue Juridique de l'Environnement,* n. 42/2016, pp. 306-343; PLATJOUW F.M., *Environmental Law and the Ecosystem Approach: Maintaining Ecological Integrity through Consistency in Law,* London-New York, Routledge, 2016; KOTZÉ L. (ed.), *Environmental Law and Governance for the Anthropocene*, Oxford, Hart, 2017; MONTEDURO M., *Le decisioni amministrative*, cit., spec. pp. 32-37.

[24] Ad es., nell'ambito dei diritti umani, v. D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale,* Padova, Cedam, 2002; CASADEI T. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie,* Torino, Giappichelli, 2012; in materia penale, si v. BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari,* Torino, Giappichelli, 2017; in ambito civile, MONTECCHIARI T., *Il diritto di autodeterminazione dei soggetti deboli,* Roma, Aracne Editrice, 2015. In giurisprudenza, cfr. Corte di Cassazione, Sezione I, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455, in cui si statuisce: «La condizione di "vulnerabilità" può, tuttavia, avere ad oggetto anche la mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli *standards* minimi per un'esistenza dignitosa».

[25] *IPCC: Summary for policymakers,* in AA. VV., *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, 2014, p. 5, in cui si definisce la Vulnerabilità come *«the propensity or predisposition to be adversely affected. Vulnerability encompasses a variety of concepts and elements including sensitivity or susceptibility to harm and lack of capacity to cope and adapt».*

[26] L'*IPCC* è stato fondato nel 1988 dall'Organizzazione Meteorologica Mondiale *(WMO)* e dal Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente *(UNEP).* Il compito fondamentale dell'*IPCC*, come delineato nella Risoluzione 43/53 dell'Assemblea Generale dell'ONU del 6 dicembre 1988, era quello di preparare una rassegna completa e

Sul piano ricostruttivo, ferma la necessità di muovere dal *background* ecologico, occorre chiedersi se vi sia spazio per una giuridicizzazione del concetto di vulnerabilità ambientale che non si esaurisca in un mero rinvio, caso per caso, a singoli dati forniti dalle scienze ambientali, con specifico riferimento alla protezione umanitaria; in tale ipotesi, occorrerebbe interrogarsi su quali strumenti giuridici sarebbero idonei a dare corpo a tale giuridicizzazione.

5.2. (segue) Il migrante climatico: le potenzialità del riconoscimento di un nuovo status giuridico.
Ragionando in termini di giuridicizzazione del concetto di vulnerabilità ambientale, è possibile in particolare interrogarsi circa l'emersione di uno *status* giuridico nuovo, rappresentato dalla figura del "migrante climatico"[27].
Dal punto di vista terminologico, all'interno del dibattito internazionale sviluppatosi sul tema, sono state utilizzate espressioni diverse – rifugiati ambientali, rifugiati climatici, *environmental displaced persons*, ecoprofughi, migrazioni ambientalmente indotte – per definire gli spostamenti forzati di individui e comunità umane causati direttamente o indirettamente da una parziale o totale degradazione dell'ambiente del Paese di origine[28].

---

fornire raccomandazioni in riferimento allo stato di conoscenza scientifica del cambiamento climatico, dell'impatto sociale ed economico dello stesso, delle strategie e delle possibili risposte da includere in una potenziale futura convenzione internazionale sul clima. Sul punto, per maggiori informazioni, si veda il sito dell'*Ipcc*, reperibile al link https://www.ipcc.ch/, consultato in data 1 giugno 2019.

[27] Sul tema, di recente, v. il lavoro collettaneo di BEHRMAN S. – KENT A. (eds.), *'Climate Refugees': Beyond the Legal Impasse?*, London-New York, Routledge, 2018, ed *ivi*, tra gli altri, lo scritto di PRIEUR M., *Towards an International Legal Status of Environmentally Displaced Persons*, p. 233 ss. (il Prof. Michel Prieur, Direttore del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement [CIDCE], come è noto, è stato autore di studi e iniziative seminali sul tema, tra i quali v. PRIEUR M. – MARGUÉNAUD J-P. – MONÉDIAIRE G. – BÉTAILLE J. – DROBENKO B. – GOUGUET J-J. – LAVIEILLE J-M. – NADAUD S. – ROETS D., *Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux*, in *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 4/2008, p. 381 ss.; LAVIEILLE J-M. – BÉTAILLE J. – PRIEUR M. [dir.], *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruxelles, Larcier-Bruylant, 2012).

[28] TOMEO N., *Migrazioni ambientali: una questione controversa*, in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi al tempo dei cambiamenti climatici,* Associazione A Sud, CDCA – Centro Documentazione Conflitti Ambientali, 2018, pp. 60-62, reperibile al link http://asud.net/wp-content/uploads/2019/01/crisi-ambientale-e-migrazioni-forzate-2018-WEB.pdf, consultato in data 9 giugno 2019, in cui l'Autore afferma: «A fornire i primi orientamenti rispetto a chi fosse un eco-migrante fu il ricercatore statunitense Lester Brown fondatore del Worldwatch Institute il quale, nel 1976, attraverso un documento pubblicato dalla stessa organizzazione, pur non fornendo alcuna definizione precisa e circoscritta di migrante ambientale, iniziò a porre l'attenzione sulla complessità dei movimenti migratori non associandoli esclusivamente ai cambiamenti climatici, ma anche a tutte quelle attività antropiche che determinano imponenti flussi migratori attraverso la compromissione della sostenibilità ambientale. Pur non avendo fornito una definizione di eco-migrante, la pubblicazione del Worldwatch Institute contribuì ad avviare il dibattito internazionale ancora oggi aperto sulle migrazioni forzate determinate da cause ambientali (dibattito sicuramente improntato alla trasversalità dei saperi e dei ruoli, coinvolgendo non solo attori statali con compiti legislativi e/o normativi, ma anche sociologi, politologi, studiosi del diritto, attivisti politici e ONG a tutela dei diritti umani e ambientali). La prima definizione di rifugiato ambientale a suscitare interesse a livello internazionale fu quella diffusa nel 1985 dal ricercatore egiziano Essam El-Hinnawi dell'UNEP (il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente) attraverso una pubblicazione chiamata "Environmental Refugees". Secondo la definizione del 1985, i rifugiati ambientali sono coloro i quali, a causa di disagi ambientali naturali o antropici che mettono in pericolo la loro esistenza o la qualità delle loro vite, sono stati obbligati a lasciare, temporaneamente o permanentemente, i loro

Negli ultimi trenta anni l'obiettivo di importanti contributi scientifici è stato l'identificazione dei meccanismi attraverso i quali il cambiamento climatico ha prodotto e produce un impatto sulle migrazioni[29].

---

habitat tradizionali. Per disagio ambientale, secondo El-Hinnawi, si deve intendere qualsiasi cambiamento fisico, chimico o biologico dell'ecosistema – e/o delle risorse di base – tale da rendere temporaneamente o permanentemente deteriorate o impossibili le condizioni di vita. […] Dirompente fu la definizione diffusa dall'analista ambientale Norman Myers nel 1995, grazie ad una più larga inclusione di circostanze valutabili. Questa infatti, pur parlando di rifugiati e non di eco-migranti, non contempla solo ed esclusivamente fattori ambientali come siccità, desertificazione, deforestazione, erosione del suolo e altre forme di degradazione delle terre e/o cambiamenti climatici come cause dell'abbandono dei luoghi d'origine delle popolazioni, ma anche le politiche umane che incidono negativamente sull'ambiente circostante. […] Nel 2007, l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) ha fornito una nuova definizione […] Secondo l'OIM dunque, i migranti ambientali sono quei soggetti che sono costretti ad abbandonare le loro abituali dimore, o scelgono di farlo, a causa di repentini o progressivi cambiamenti ambientali che influiscono negativamente sulle loro condizioni di vita, indipendentemente se l'allontanamento è temporaneo e permanente, o se lo spostamento avviene all'interno dei confini dello Stato di appartenenza o travalicando gli stessi». V. altresì MYERS N. – KENT J., *Environmental exodus: an emergent crisis in the global arena,* Climate Institute, 1995, p. 18-19, ove si afferma che: «*"Environmental Refugees are persons who can no longer gain a secure livehood in their traditional homelands because of what are primarily environmental factors of unusual scope. These factors include drought, desertification, deforestation, soil erosion and other forms of land degradation; resource deficits such as water shortages; decline of urban habitats through massive over-loading of city systems; emergent problems such as climat change, especially global warming; and natural disasters such as cyclones, storm surges and floods, also earthquakes, with impacts aggraveted by human mismanagement. There can be additional factors that exacerbate environmental problems and that ogten derive in part rom environmental problems: population growth, widespread poverty, famine and pandemic disease. Still further factors include deficient development policies and government systems that "marginalize" people in senses economic, political, social and legal. In certain circumstances, a number of factors can serve as "immediate triggers" of migration, e.g. major industrial accidents and costruction of outsize dams. Of the manifold factors, several can operate in combination, often which compounded impacts. In face of environmental problems, people concerned feel they have no alternative but to seek sustenance elsewhere, either within their countries or in other countries, and whether on a semi-permanent or permanent basis"* […] *A more concise definition is: "Environmental Refugees are persons who can no longer gain a secure livelihood in their traditional homelands because of environmental factors of unusual scope, notably drought, desertification, deforestation, soil erosion, water shortages and climate change, also natural disasters such as cyclones, storm surges and floods. In face of these environmental threats, people feel they have no alternative but to seek sustenance elsewhere, whether within their own countries or beyond and whether on a semi-permanent or permanent basis"*»; BATES D. C., *Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change,* in *Population and Environment,* Vol. 23, No. 5, 2002, p. 466, in cui viene riportata la definizione di migrante ambientale elaborata da Essam El-Hinnawi per l'*UNEP* (Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente), ossia «*those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked envi ronmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life [sic]. By 'environmental disruption' in this definition is meant any physical, chemical, and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life*»; TREVINI BELLINI R., *Approccio al dibattito scientifico sulle migrazioni ambientali,* in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. L'"ondata" silenziosa oltre la fortezza Europa,* Associazione A Sud, CDCA – Centro Documentazione Conflitti Ambientali, 2016, pp. 31-34, contributo reperibile al link http://asud.net/wp-content/uploads/2016/07/Crisi-ambientali-e-migrazioni-forzate-def.pdf, consultato in data 10 giugno 2019; EUROPEAN PARLIAMENT, *The concept of 'climate refugee'. Toward a possible definition,* EPRS-European Parliamentary Research Service, 2019.

[29] MYERS N. – KENT J., *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena,* cit.; MYERS N., *Environmental Refugees,* in *Population and Environment,* vol. 19, issue 2, 1997, pp. 167-182; MYERS N., *Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21st Century,* in *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, vol. 357, issue 1420, 2002; BATES D. C., *Environmental Refugees?,* cit.; INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, MIGRATION RESEARCH SERIES, *Migration and Climate Change*, no. 31, Ginevra, 2008; MORRISSEY J.,

Le risultanze di tali ricerche hanno interessato: (i) l'individuazione di una serie di processi prodotti dal cambiamento climatico che possono avere effetti sulla mobilità delle persone[30]; (ii) la non facile identificazione di un rapporto di causalità tra migrazioni e cambiamento climatico, dal momento che tale rapporto non presenta sempre un fondamento di causalità diretta[31]; (iii) la connessione tra le migrazioni forzate da situazioni di vulnerabilità ambientale e altri fattori di natura economica, sociale e politica; (iv) la tipologia di migrazioni, locali, regionali o transfrontaliere[32]; (v) le problematiche involgenti i profili di adattamento e le risposte da attuare in sede politica[33].

In linea generale, l'accelerazione dei processi di degrado ecosistemico e la conclamata crisi ecologica in atto su scala planetaria stanno divenendo una delle cause principali del fenomeno migratorio.

L'incremento delle migrazioni forzate da situazioni di crisi ecosistemica è il segno più evidente della connessione esistente tra le condizioni di *deficit* ambientale ed economico su piccola e larga scala e un modello di sviluppo che oltrepassa pericolosamente i limiti ecologici del Pianeta, agendo da acceleratore delle condizioni di povertà e ingiustizia sociale[34].

'Rethinking the 'debate on environmental refugees': from 'maximalists and minimalists' to 'proponents and critics', in *Journal of Political Ecology*, n. 19/2012; VAN DER GEEST K., *Brief Communication: Loss and Damage from Acatastrophic Landslide in Nepal,* in *Natural Hazards and Earth System Sciences*, n. 16/2016, pp. 2347–2350; MISSIRIAN A. – SCHLENKER W., *Asylum Applications Respond to Temperature Fluctuations,* in *Science*, n. 358/2017, pp. 1610-1614; OXFAM, *Uprooted by Climate Change*, Oxfam International, 2017, studio reperibile al seguente link https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp-uprooted-climate-change-displacement-021117-en.pdf, consultato in data 10 giugno 2019; RIGAUD K. K. ET AL., *Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration,* World Bank, Washington D. C., 2018; ALFIERI L. ET AL., *Multi-Model Projections of River Flood Risk in Europe under Global warming*, in *Climate*, vol. 6, issue 1, 2018.

[30] MIDULLA M. – STOCCHIERO A., *Migrazioni e cambiamento climatico,* in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. L'"ondata" silenziosa oltre la fortezza Europa,* cit., p. 45. Gli Autori citati identificano tali processi nei seguenti: «Il primo riguarda l'aumento delle temperature dell'aria e della superficie dei mari, in particolare nei tropici. Il secondo è il cambiamento delle precipitazioni, la loro maggiore o minore frequenza, la loro intensità ed erraticità, con conseguenze in termini di inondazioni e siccità, così come su eventi di più lungo termine come la desertificazione. Terzo, l'innalzamento del livello dei mari causato dalla fusione dei ghiacci a causa del riscaldamento climatico. Quarto, le trasformazioni di sistemi climatici regionali evidenti […]. A tutto ciò si collega un quinto processo: l'intensificazione della competizione tra popolazioni, Stati e imprese, per il controllo e l'utilizzo delle risorse naturali che a sua volta potrebbe causare conflitti e quindi migrazioni forzate».

[31] DEL VISO N., *Migrazioni forzate nell'era del cambiamento climatico. Uno sguardo alle loro implicazioni* (traduzione di TOMMASELLO F.), in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi,* cit., p. 48, secondo cui «spesso dunque il nesso fra cambiamento climatico e migrazioni è indiretto e multi-causale. Si intrecciano variabili economiche, sociali, ecologiche e geopolitiche e si sovrappongono fenomeni distinti che si retro-alimentano (siccità, inondazioni, etc.)».

[32] RIGAUD K. K. ET AL., *Groundswell: Preparing,* cit.

[33] DEL VISO N., *Migrazioni forzate*, cit. in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi,* cit., pp. 48-50.

[34] ALTIERO S. – MARANO M., *Introduzione*, p. 1 e MARANO M., *Conclusioni*, pp. 276-277, entrambi in ALTIERO S. – MARANO M. (a cura di), *Crisi ambientale e migrazioni forzate. Nuovi esodi,* cit. Le migrazioni ambientali non sono legate soltanto agli effetti, di breve o lungo termine, innescati dai cambiamenti climatici, come ad esempio le alluvioni, i periodi di siccità, lo scioglimento dei ghiacciai; intere comunità sono costrette a migrare a causa degli impatti sugli ecosistemi di progetti di sviluppo o investimenti fondati sul sovrasfruttamento delle risorse. A tal proposito, l'Autrice evidenzia anche il «paradosso per cui le popolazioni che meno hanno

La figura del migrante climatico impone a monte, in chiave critica, una serie di riflessioni sul concetto stesso di vulnerabilità ambientale, mostrando come quest'ultimo, ove aspiri ad una prospettiva di piena giuridicizzazione, non possa limitarsi al riferimento ai soli dati scientifici ma debba includere anche la correlazione dei medesimi con il modello di sviluppo economico-sociale: ciò implica una rideterminazione e un allargamento della prospettiva politico-istituzionale di analisi e comprensione del generale e multiforme fenomeno migratorio, nonché la necessità di porre rimedio all'incertezza e alla frammentarietà della disciplina normativa riguardante le misure di protezione internazionale per motivi umanitari.

I limiti dei questo contributo consentono di formulare, in conclusione, solo alcune sintetiche considerazioni.

Le lacune del diritto positivo di fonte sovranazionale e nazionale, in termini di assenza del riconoscimento di un'organica e specifica protezione giuridica in capo a milioni di soggetti costretti ad abbandonare i propri *habitat* a causa del cambiamento climatico e delle condizioni di vulnerabilità ambientale, sono testimoniate già dall'incertezza definitoria della figura del migrante climatico/migrante ambientale/rifugiato ambientale/eco-migrante; anche a livello terminologico, l'utilizzo di diverse espressioni è indice dell'indeterminatezza normativa alla base del dibattito sul tema.

Il fenomeno migratorio innescato dalle condizioni di vulnerabilità ambientale pone non solo il problema dell'individuazione di forme di tutela giuridica dei migranti ambientali, in termini di protezione umanitaria, ma anche un problema di mitigazione degli impatti e di ricerca proattiva di soluzioni attraverso l'implementazione di politiche e azioni che pongano in discussione l'attuale modello di sviluppo, ancorato ad una visione di sovrasfruttamento delle risorse naturali rispetto alle capacità rigenerative del pianeta.

Una giuridicizzazione del concetto di vulnerabilità ambientale dovrebbe presupporre l'attribuzione al migrante ambientale di un nuovo *status* legale da innestare all'interno delle misure di protezione internazionale, e nello specifico di protezione umanitaria, previste in ambito nazionale e internazionale.

Con riferimento all'esperienza italiana, la recente riforma legislativa introdotta dal d. l. n. 113/2018, che ha ormai espunto dall'articolo 5, comma 6 del d. lgs. 286/1998 la clausola di salvaguardia integrata dai seri motivi di natura umanitaria o discendenti da obblighi costituzionali o internazionali, pone l'urgenza di affrontare il tema del riconoscimento, *in primis* a livello internazionale, dello *status* di migrante/rifugiato climatico, ricollegabile alla presenza di particolari condizioni di vulnerabilità oggettiva e soggettiva che richiedono l'applicazione della stessa protezione umanitaria. In ogni caso, sarebbe necessario indagare in chiave critica la richiamata riforma introdotta dal "Decreto Sicurezza" del 2018 sotto il profilo della violazione del diritto d'asilo previsto dall'articolo 10, comma 3, Cost., ove si consideri che, come precedentemente ricordato, la Suprema Corte di Cassazione ha ricondotto la protezione umanitaria nell'alveo dei diritti fondamentali dell'uomo qualificandola quale diretta attuazione dello stesso diritto costituzionale d'asilo.

---

contribuito al degrado del Pianeta e al suo surriscaldamento sono anche quelle che pagano i costi ambientali più elevati, in termini di disuguaglianze sociali e violazione dei diritti umani».

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Il rito super-speciale ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

di Matteo Cortese

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. Introduzione. 2. L'intento perseguito dal legislatore. 3. I pareri del consiglio di stato n. 855/2016 e n. 782/2017. 4. La decorrenza del termine per ricorrere nel rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e la motivazione della provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016. 4.1. La disciplina vigente e quella pregressa: l'art. 120, comma 5, c.p.a.. 4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali in merito al termine per impugnare. 4.3. l'obbligo di motivazione. 5. Il perimetro applicativo del rito super-speciale. 6. Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale (e tra ricorsi principali), i motivi aggiunti e la tutela cautelare nel rito super-speciale. 6.1. Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel rito super-speciale. 6.2. La tutela cautelare nel rito super-speciale. 7. La sussistenza dell'interesse a ricorrere: la parola alla corte di giustizia Ue e alla corte costituzionale. 8. L'ordinanza della corte di giustizia Ue 14 febbraio 2019 (c-54/18) e la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 4/2018.

Abstract

The legislative decree No. 50/2016 has introduced a new administrative judicial procedure (the so-called "rito super-speciale") in the field of public procurements. Pursuant to such procedure, the economic operators participating in a public tender are taken to challenge the admissions of other competitors and the exclusion eventually suffered disposed by the contracting authority before the awarding of the tender.

The paper aims to critically analyse, by giving voice to the relevant opinions (often contradictory) of both scholars and case-law, the interpretative problems arisen from the application of this new procedure.

The essay is updated to the most recent case-law and it takes into account the decision of the Court of Justice of the European Union (c-54/18), whereby the European judges have acknowledged the compliance of the "rito super-speciale" with the European legislation.

1. Introduzione.

A distanza di circa tre anni dalla sua entrata in vigore, il rito super-speciale di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., continua ad attrarre un'attenzione giurisprudenziale inusitata. Potrebbe dirsi che tutto di questa norma è stato posto in discussione; per stare a degli esempi, negli anni si è trattato della decorrenza del termine di impugnazione, della profondità della motivazione dei provvedimenti che dispongono esclusioni e ammissioni, dei rapporti tra rito appalti e quello introdotto con l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. fino alle recenti statuizioni giurisprudenziali che – nel solco delle indicazioni fin da subito fornite dalla dottrina – ne hanno ipotizzato l'incompatibilità con la disciplina dell'Unione e con la Costituzione sotto il profilo dell'attualità dell'interesse ad agire. Un'incompatibilità, quella sollevata rispetto alla disciplina eurounitaria che, è bene precisare fin da subito, non è stata ravvisata dai Giudici di Lussemburgo, per i quali il rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., ad onta di quanto ravvisato in sede nazionale, non presenta profili di incompatibilità con il diritto di difesa delineato nelle direttive UE 665/1989 e 66/2007 (cfr. la recentissima Corte di Giustizia CE, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18[1]).

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di ricostruire, in un unico luogo di illustrazione ed esame critico, l'intera congerie delle questioni che hanno interessato l'istituto in parola, nell'auspicio di non trascurarne alcuna e di fornire al lettore un quadro completo delle varie tematiche ad oggi emerse, alla luce dei relativi indirizzi di dottrina e giurisprudenza.

Nel solco di questo intento, pare anzitutto necessario richiamare i tratti salienti della disposizione e, per chiarezza espositiva, elencare le singole questioni esaminate nel presente lavoro.

Come è noto, la norma impone ai partecipanti a una procedura di gara l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni disposte dalla stazione appaltante nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di cui al codice dei contratti pubblici (si vedrà poi con quale ampiezza questo riferimento è stato inteso dalla giurisprudenza), pena l'impossibilità di far valere i relativi vizi all'esito della procedura di gara, cioè con il ricorso con cui si contesta l'aggiudicazione definitiva (o con l'eventuale ricorso incidentale).

Tra le tante peculiarità del nuovo rito (che, non si riducono, come si vedrà, solo a quella appena prospettata), la dottrina ha posto in evidenza che trattasi di una "specialità di terzo grado"[2] in quanto, al giudizio ordinario di cognizione (art. 41 c.p.a.), il codice del processo amministrativo affianca una disciplina unitaria per

[1] *Cfr.* Si veda il commento di G. OREFICE, *Commento a Corte di Giustizia CE, ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18*, in *http://www.italiappalti.it/articoli.php*.

[2] *Cfr.* M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120 , co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 17.

alcune materie (art. 119 c.p.a.), a cui se ne aggiunge una ulteriormente speciale per il solo "rito appalti" (art. 120 c.p.a.) nel cui corpo è contenuto il rito super-speciale in esame (art. 120 commi 2-bis e 6-bis c.p.a.). Questo rito di "terzo grado", peraltro, non è solo, per le ragioni appena dette, un rito super-speciale ma, per la conformazione datane dall'art. 120, comma 6-bis, è anche un rito super-accelerato [3].

Tali evidenziazioni, invero, non servono solo a condividere le nitide riflessioni di quanti hanno osservato che "Nel caso degli appalti la coesistenza di due riti speciali è un paradosso che solo il nostro ordinamento poteva permettere"[4], ma consentono fin da subito di porre in risalto uno specifico problema processuale che la norma ha posto, ovverosia quello dei rapporti tra il rito appalti "ordinario" e il rito super-speciale di nuovo conio (il tema verrà trattato in seguito).

A prescindere da tale profilo, il punto nodale dell'intero impianto normativo in discussione è rappresentato dal tema della sussistenza dell'interesse ad agire ad impugnare le ammissioni altrui in un momento in cui ai singoli concorrenti non è dato poter valutare la convenienza dell'azione in giudizio, non conoscendo ancora la propria posizione in gara (discorso diverso vale, invece, per i provvedimenti con i quali è disposta una esclusione, essendo in questo caso l'interesse ad agire, almeno in linea di principio, evidentemente certo). Si tratta, invero, di una questione ormai esplosa a livello giurisprudenziale e, tuttavia, come accennato, fin da subito segnalata dalla più franca dottrina, la quale, all'indomani dell'entrata in vigore della norma, ebbe modo di osservare che il nuovo rito "introdurrebbe surrettiziamente un modello di giurisdizione amministrativa di carattere oggettivo in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost."[5], ragion per cui "se questo sistema viene sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia e/o della Corte costituzionale, è ragionevolmente destinato a saltare"[6].

Diversamente dalla dottrina appena richiamata, la giurisprudenza si era mostrata propensa, almeno inizialmente, a ritenere il rito super-speciale compatibile con i

---

[3] *Cfr. Ibidem*.

[4] *Cfr.* I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato" in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *federalismi.it*, 7/2018, 25.

[5] *Cfr.* M. MARTINELLI, R. DE ROSE, *Il nuovo rito "super-speciale": nessun dubbio di costituzionalità e di compatibilità con la disciplina eurounitaria?* In *l'amministrativista.it*. Infatti, nella fase di ammissione un ricorrente non sa ancora quale sarà il loro posizionamento in graduatoria. Potrebbe essere collocato in ultima posizione, oppure potrebbe risultare vincitore ottenendo l'aggiudicazione della gara. In entrambi i casi si dubita che esso abbia un interesse a contestare l'altrui ammissione, per via dell'assenza di utilità concreta che il ricorso offrirebbe in entrambi i casi.

[6] *Cfr.* M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15/2016,15. Tuttavia, si vedrà in seguito la decisione, di diverso avviso, della Corte di Giustizia che fa salvo il rito super-speciale. A sostegno dell'intervento legislativo vi è una parte della dottrina, la quale ha acutamente osservato che "*il legislatore – al quale spetta per Costituzione questo compito – ha selezionato e individuato uno specifico interesse qualificato nell'interesse alla corretta composizione della platea dei concorrenti, sia a favore dei partecipanti alla gara, sia a favore della stazione appaltante*". Ciò nonostante, come si vedrà, i dubbi permangono ancora (*cfr.* L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo,* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016, 610).

principi costituzionali e comunitari, evidenziando, al più, carenze di coordinamento con altre parti del codice dei contratti pubblici[7]. Tuttavia, nel 2018 il rito super-speciale prima è stato portato al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea (con gli esiti cui si è fatto cenno e di cui si dirà), poi è stato rimesso al sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale, in ambo i casi sollevando questione di incompatibilità della norma con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, che postula la proposizione di un ricorso dal quale il ricorrente possa conseguire un'effettiva utilità[8].

La questione, peraltro, solo in una prospettiva tecnicistica può essere ridotta al tema (rilevantissimo) dell'interesse ad agire, venendo in rilievo, invero, valori costituzionali di assoluta pregnanza (artt. 24 e 113 Cost.). Ed infatti, pur a fronte delle condivisibili esigenze di deflazione del contenzioso, il sistema introdotto sembra patire una certa strumentalizzazione del cittadino, chiamato in causa in un sistema di giustizia amministrativa, che, in nome di esigenze oggettive dell'ordinamento (ancora una volta la riduzione e la razionalizzazione della conflittualità del contenzioso amministrativo in materia di appalti), lo onera di gravose (e per lui non ancora certamente utili) incombenze (senza contare gli elevati costi processuali, i.e. il contributo unificato). Il tutto, peraltro, sotto la minaccia di esser "messo alla porta" del processo (come inteso dalla migliore dottrina) e, s'aggiunge, della gara cui ha inteso prendere parte[9]. Il sistema, in altri termini, pare presentare evidenti connotazioni oggettive, in deroga (per stare ad un eufemismo) alla sua naturale essenza di giudizio di parti.

Fermo quanto sopra (che serve, però, a rimarcare la questione centrale che qualifica la norma e ne pone in discussione la sua stessa sopravvivenza), il presente contributo, come già osservato, analizzerà i problemi più rilevanti sorti dall'applicazione del comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. e, in particolare, si soffermerà: i) sulla decorrenza del termine per proporre il ricorso; ii) sulla motivazione del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni; iii) sul perimetro

[7] *Cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 2 febbraio 2017, n. 696, in *l'amministrativista.it*, in cui si evidenzia il mancato coordinamento con il diritto di accesso agli atti nelle procedure di gara. Del pari, esclude profili di contrasto con la disciplina europea T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 22 agosto 2017, n. 9379, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 29; Id. Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[8] Si guardi alle ordinanze che verranno di seguito esaminate: T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, ord. n. 88, in *www.giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 20 giugno 2018, ord. n. 903, *Id.*, 20 luglio 2018, ord. n. 1097 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[9] L'espressione virgolettata riportata è di R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, fasc. 5, 2016, 1107, in cui si segnala anche che "*giustizia veloce non deve significare giustizia sommaria*", sostenendo l'idea di non poter costruire un sistema di fatto farraginoso nella sua semplice linearità con cui è stato pensato. Sul punto, e con un'accezione negativa, si segnala anche M. A. Sandulli, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15/2016, 15, secondo la quale il contenzioso si ridurrà drasticamente ma perché non converrà più, alle piccole e medie imprese, instaurare giudizi anticipatori rispetto alla lesione che subiranno.

applicativo in cui opera il rito; iv) sul rapporto del nuovo rito con il ricorso incidentale; v) sull'annosa questione della sussistenza dell'interesse ad agire in capo al ricorrente richiamando le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia e, in quest'ultimo caso, anche la recentissima ordinanza della Corte UE innanzi ricordata che ha fatto salvo il rito in esame. Il tutto, peraltro, senza mancare di menzionare le statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in materia.

2. L'intento perseguito dal legislatore.

Come precisato dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 855 del 1 aprile 2016, l'obiettivo perseguito dal legislatore con il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. è stato quello di introdurre uno strumento procedimentale tale da consentire di definire prontamente la platea dei partecipanti alle procedure di affidamento, in linea con i principi della legge delega[10] ed in modo da "blindare la fase delle ammissioni nella quale si annidano la maggior parte dei germi dell'attuale contenzioso"[11].

Ciò con il duplice scopo: da un lato, di garantire certezza in ordine alla partecipazione alla gara da parte dei soli soggetti in possesso dei requisiti necessari; dall'altro, di favorire la deflazione del contenzioso (intento che si è perseguito, stabilendo che le contestazioni avverso le ammissioni possono essere proposte solo nello stringente termine di cui al comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. e non, come avveniva in passato, all'esito della procedura di gara, cioè ad aggiudicazione avvenuta) [12].

La riforma, dunque, si è mossa in coerenza con i rilievi della dottrina, la quale – nella vigenza del precedente regime processuale – aveva denunziato la prassi, ormai invalsa tra gli operatori economici del settore dei contratti pubblici – di proporre

[10] Il Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere della Comm. spec., n. 855 del 1 aprile 2016, in *www.giustizia-amministrativa.*it, sostiene che tale rito è "*volto a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione*". La legge 28 gennaio 2016, n. 11, all'art. 1, comma 1, lett. bbb), delega il Governo a introdurre l'immediata impugnazione "*per i provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione*". Pertanto, la delega è stata correttamente esercitata.

Ciò posto, occorre verificare la compatibilità del nuovo rito, e del principio di delega stesso, con la disciplina eurounitaria, in quanto il codice dei contratti pubblici è adottato in recepimento delle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014. Sul punto, è stato osservato che gli artt. 56 e 57 della direttiva n. 24/2014 potrebbero ostare a una disciplina nazionale come quella di cui al comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. Allo stesso tempo, deve avvertirsi che l'accennata questione pregiudiziale proposta dal T.A.R. Piemonte con ord. n. 88/2018, non ha ad oggetto la compatibilità della norma con i principi delle direttive ma un contrasto con i principi comunitari in materia di diritto di difesa e di effettività della tutela.

[11] *Cfr.* G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016.

[12] Si tenga presente però che per parte della dottrina l'idea perseguita dal legislatore è "*gravida di rischi*", in quanto la fase procedimentale e processuale non sono ben raccordate tra loro (si veda ancora G. VELTRI, *Il contenzioso*, *cit.*).

ricorsi caratterizzati essenzialmente dall'effetto di paralizzare l'aggiudicazione disposta in favore di un concorrente, prorogando in tal modo il contratto con la stazione appaltante del ricorrente, quale gestore uscente [13].
Di qui l'intrinseca natura strumentale del rito in esame, rispetto al giudizio eventualmente proponibile all'esito della procedura di gara, il cui perimetro di azione, ricavabile ad excludendum dalle previsioni di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a., è stato limitato alla contestazione unicamente dei vizi relativi alle caratteristiche dell'offerta [14].
Come si dirà meglio al paragrafo 5, tuttavia, l'intento legislativo risulta oggetto di una tendenza giurisprudenziale riduttiva (per non dire negazionista), la quale – forse perché mossa da una sfiducia nei confronti dello strumento (in ragione delle ben note tematiche della (in)sussistenza dell'interesse ad agire) – tende a ritenere che con il rito super-accelerato possano essere portate innanzi alle corti amministrative unicamente le verifiche sui requisiti effettuate in sede dei controlli operati sulle autocertificazioni e sui documenti inseriti nella busta amministrativa presentata in gara ma non anche quelle relative alla effettiva titolarità sostanziale dei requisiti (avendo, ai sensi del codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante facoltà di verificarne la sussistenza in ogni momento e, comunque, anche solo in capo all'aggiudicatario).

3. I Pareri del Consiglio di Stato n. 855/2016 e n. 782/2017.
I primi rilievi critici sul rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a., sono contenuti nei pareri che il Consiglio di Stato ha reso sul codice dei contratti pubblici e sul suo correttivo. In entrambi i casi, accanto al tema dell'insussistenza dell'interesse a ricorrere emerso fin da subito in dottrina, sono affiorate questioni altrettanto spinose.
L'originaria formulazione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., invero, sanciva l'impugnazione, entro il termine di trenta giorni, del provvedimento recante le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (l'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, a propria volta, stabiliva che detta pubblicazione dovesse avvenire nei successivi due giorni dall'adozione del provvedimento).
In relazione a quest'originaria conformazione normativa, il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare tre aspetti critici: i) il mancato coordinamento tra il rito

[13] *Cfr.* R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Diritto processuale amministrativo*, fasc.2, 2009, 285; A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2018, 442.

[14] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4180, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "*l'intento del legislatore è stato quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara, impedendo così censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull'ammissione alla gara) una volta che questo sia giunto a conclusione*".

dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a. con la normativa sull'accesso agli atti ex art. 53 del codice stesso e con la disciplina delle informazioni ai candidati ai sensi dell'art. 76, comma 2, entrambe necessarie per attuare "l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici"; ii) l'infelice formulazione dell'art. 29, comma 1, in ordine alla pubblicità data sulla sezione "Amministrazione trasparente" del profilo del committente degli elenchi degli ammessi e degli esclusi, ritenendo dovesse esser resa nota, ai candidati e concorrenti, anche la relativa motivazione[15]. A ciò aggiungasi l'iniqua ed eccessiva misura del contributo unificato, che per il Consiglio di Stato finiva per sottoporre i ricorrenti "all'onere di un doppio giudizio (prima quello preliminare sugli atti di ammissione ed esclusione, quindi quello finale sull'esito della gara)", con conseguente invito al legislatore a valutare il dimezzamento del contributo unificato per il contenzioso "a valle" (invito, purtroppo, ad oggi non accolto dal legislatore).

Sull'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, invece, dopo aver osservato che "l'art. 29, comma 1, secondo periodo, detta una essenziale disposizione di raccordo con il nuovo rito processuale in materia di impugnazione immediata di esclusioni e ammissioni, prevedendo la pubblicazione sul profilo di committente dell'elenco dei soggetti ammessi e esclusi"[16], il Consiglio di Stato – nel richiamato parere – ha evidenziato alcune criticità in relazione: i) alla pubblicazione della lista degli ammessi e degli esclusi; ii) alla sua comunicazione ai concorrenti e ai candidati; iii) alla valenza provvedimentale della stessa e iv) alla necessità di assicurare una specifica conoscibilità del suddetto provvedimento.

Con tali critiche il Consiglio di Stato ha preconizzato alcuni temi venuti in rilievo in giurisprudenza sul rito super-speciale. Ben presto, infatti, le summenzionate considerazioni si sono tramutate in altrettante problematiche giurisprudenziali, rendendo indispensabile l'intervento del legislatore mediante il correttivo di cui si è fatto cenno.

---

[15] Sul punto il Consiglio di Stato "*suggerisce di intervenire con opportune modifiche nell'art. 76, e di raccordo nell'art. 29, al duplice fine: che le stazioni appaltanti esternino in un provvedimento motivato le ammissioni e le esclusioni; che i candidati siano resi edotti di tale provvedimento e possano accedere tempestivamente agli atti del subprocedimento di ammissione, al fine della tutela giurisdizionale*".

[16] Più in dettaglio, il parere n. 855/2016 afferma "*La previsione è corretta, tuttavia ai fini della tutela in giudizio occorre che i concorrenti siano messi in grado di conoscere non solo la lista di ammessi ed esclusi ma anche le relative motivazioni. La "lista" deve dunque avere una chiara e specifica valenza provvedimentale, anche considerato che è immediatamente impugnabile, e deve altresì essere chiarito che si tratta delle sole ammissioni ed esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, e non anche delle esclusioni eventualmente disposte dopo l'apertura delle offerte, per carenze o anomalie di queste ultime. Inoltre ai concorrenti deve essere assicurata una specifica conoscibilità, anche mediante avviso individuale: la sede propria per tale inserimento è l'art. 76 relativo alle comunicazioni individuali e non l'art. 29 che riguarda più in generale la trasparenza. Ciò nonostante, anche l'art. 29 richiede un intervento, sia per specificare la suddetta natura provvedimentale dell'elenco da pubblicare, sia per differenziare l'oggetto della pubblicità* erga omnes *(il solo provvedimento di ammissione ed esclusione) da quello dell'accesso dei concorrenti (tutta la relativa documentazione), rendendo così inutile, nell'art. 29, la necessità di selezionare "la documentazione non considerata riservata" oggi prevista dallo schema*".

Con il d.lgs. n. 56/2017, il Governo ha inteso rimediare alle critiche del Consiglio di Stato sull'istituto nella sua conformazione del 2016 ed ai corrispondenti problemi inevitabilmente insorti nella prassi giurisprudenziale[17].

L'intervento del correttivo si è concentrato, anzitutto, sulle modifiche dell'art. 29 c.c.p., il cui testo novellato afferma, ora, la pacifica valenza provvedimentale dell'atto recante le ammissioni e/o esclusioni, stabilendo anche da quando decorrono i termini per la proposizione del ricorso (ma si vedrà quanto il tema resti dibattuto) e imponendo un preciso onere in capo alla stazione appaltante di motivare il provvedimento[18].

Le modifiche apportate dal correttivo, tuttavia, non hanno risolto tutte le questioni che il rito super-speciale ha aperto e che sono, a tutt'oggi, come si dirà, causa di discordanti orientamenti giurisprudenziali.

Nel parere n. 782 del 30 marzo 2017 del Consiglio di Stato reso sullo schema del decreto correttivo, è stato affermato che per "un migliore coordinamento tra l'art. 29 e l'art. 120, comma 2-bis c.p.a., occorre assicurare la effettiva e tempestiva conoscenza da parte dei candidati e concorrenti degli atti di ammissione ed esclusione e degli elementi probatori di eventuali cause di esclusione. A tal fine occorre che da, un lato, a candidati e offerenti sia resa nota anche la motivazione dei provvedimenti e dall'altro lato, ad essi dovrebbe essere consentito l'accesso alle banche dati utilizzate dalle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti dei concorrenti"[19].

---

[17] Si tratta di un unico intervento correttivo nel quale il Governo ha inserito tutte le correzioni ritenute indispensabili secondo le indicazioni di cui al parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato. L'esecutivo ha infatti optato per un unico intervento correttivo, senza "frazionare" in singoli decreti i vari interventi.

[18] Più in dettaglio, l'art. 29, comma 1, nel testo attualmente vigente (e par la parte di stretto interesse nel caso di specie) recita: "*Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5-bis, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informativo ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*". La parte innovativa dell'articolo riguarda il secondo periodo qui riportato, nella parte in cui indica precisamente il termine per proporre l'accesso agli atti, l'indicazione dell'ufficio o delle modalità informatiche attraverso cui accedere ai suddetti atti e precisando che il termine per l'impugnazione decorre solo quando gli atti sono disponibili e motivati.

[19] Il parere Cons. Stato, Comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782, in *www.giustizia-amministrativa.it*, prosegue affermando "*Pertanto, si potrebbe opportunamente integrare il nuovo periodo inserito nell'art. 29, comma 1, a tenore del quale "Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili" con l'aggiunta delle seguenti parole ", corredati di motivazione". Valuterà poi il Governo come consentire ai concorrenti, da un lato il pieno e tempestivo accesso agli atti di gara e alla documentazione degli altri concorrenti, e, dall'altro lato, l'accesso alla banca dati nazionale degli operatori economici e, nelle more della sua istituzione, alla banca dati dei contratti pubblici e al casellario informatico, per poter acquisire informazioni relative ai concorrenti la cui ammissione si intenda impugnare. A tal fine si potrebbe prevedere l'accesso dei concorrenti mediante* link

Nonostante il correttivo permangono ancora profonde incertezze in merito a tutti i profili problematici cui si è fatto cenno al par. 1, sicché resta ancora intatta la necessità di porli in discussione nei prossimi paragrafi.

4. La decorrenza del termine per ricorrere nel rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e la motivazione della provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

4.1. La disciplina vigente e quella pregressa: l'art. 120, comma 5, c.p.a.

La particolare articolazione del rito in esame impone di trattare congiuntamente il tema della decorrenza del termine per impugnare e l'obbligo della motivazione (nonché del suo contenuto), non prima di aver confrontato la disciplina sulla decorrenza del termine tra il rito appalti "ordinario" e quello di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

Vi è, infatti, un'evidente matrice comune alle esigenze sottese all'individuazione di un termine decadenziale, sia per ciò che attiene al rito appalti (ordinario) sia per quanto concerne il rito super-accelerato. Da un lato, vi è la necessità di ottenere la pronta definizione delle questioni di diritto pubblico connesse all'aggiudicazione di contratti pubblici, dall'altro quella di non assoggettare l'operatore economico ad un termine di azione irragionevolmente breve. Questa duplice tematica si è posta, non tanto rispetto al termine in quanto tale (trenta giorni), quanto in rapporto al principio della piena conoscenza, sotto il profilo sia della quantità minima di informazioni indispensabili e sufficienti a che il ricorrente possa consapevolmente agire in giudizio, sia della possibilità di essere informati aliunde dei contenuti del provvedimento da impugnarsi[20]. Nel rito di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il tema è forse ancor più rilevante, considerando che gli operatori economici vengono "chiamati" ad agire in giudizio per far valere un interesse che, per condivisione generale, è certo che, almeno per le ammissioni altrui, maturerà – se del caso – solo a seguito dell'aggiudicazione[21].

In coerenza con questa impostazione, onde entrare nel vivo delle questioni e tentare di ricostruire l'eterogeneo panorama giurisprudenziale in tema di esatta individuazione del dies a quo per proporre il ricorso, è utile partire dall'esame della decorrenza del termine nel rito appalti "ordinario", vale a dire quello disciplinato dall'art. 120, comma 5, c.p.a.

---

informatico indicato dalla stazione appaltante, con credenziali di accesso riservate e temporanee".

[20] *Cfr.* M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale, cit.*, 7 e ivi riferimenti giurisprudenziali.

[21] Discorso diverso deve farsi per il ricorrente che contesti la propria esclusione, essendo pacifico che ciò costituisca una lesione diretta, concreta e attuale a fronte della quale l'interessato deve immediatamente attivarsi per porvi rimedio. La confusione che si potrebbe ingenerare sul punto è data dall'equiparazione tra le ammissioni e le esclusioni, che nel nuovo rito in commento devono essere comunque impugnate entro lo stesso termine.

Tale norma prevede che il termine per impugnare gli atti in materia di contratti pubblici decorre dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006[22]. Al tempo stesso, la disposizione contiene una previsione di chiusura, laddove stabilisce che il termine decorre, "in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto"[23].

Questa formulazione della norma ha posto il tema di comprendere se in relazione ai provvedimenti di aggiudicazione, l'unica forma di conoscenza legale fosse quella della comunicazione ovvero se, secondo i principi generali, fosse data la possibilità di attribuire rilevanza a forme di conoscenza ottenute aliunde.

Il problema della piena conoscenza, inoltre, si è posto non solo nei termini appena riferiti ma anche in relazione all'ipotesi di conoscenza del provvedimento effettivamente avvenuta nelle forme di legge e, tuttavia, inidonea a rendere percepibile, non tanto la lesività (l'esclusione da una gara), ma la conoscenza delle ragioni poste a fondamento della decisione.

In relazione a questa seconda problematica, occorre rammentare che, nel sistema previgente, assumeva particolare importanza il contenuto dell'art. 79 del d.lgs. n.163/2006, che prevedeva il termine di dieci giorni per accedere agli atti della procedura di gara al fine di proporre il ricorso. Orbene, questi dieci giorni, per giurisprudenza consolidata, si sommavano ai trenta giorni previsti dall'art. 120 c.p.a., per cui il termine per impugnare era di complessivi quaranta giorni[24]. Pertanto, pur in presenza di un breve termine per la proposizione del ricorso, il sistema veniva ritenuto costituzionalmente legittimo e compatibile con la disciplina dell'Unione di cui alla "direttiva ricorsi", perché posto a contrasto dell'altrimenti inevitabile cautela di presentare ricorsi "al buio".

È accaduto, tuttavia, che quella felice previsione in tema di accesso agli atti non è stata riprodotta nel vigente codice dei contratti pubblici (o meglio, non si ritrova con la medesima chiarezza ed efficacia, come evidenziato dalla giurisprudenza appresso richiamata). L'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, infatti, non prevede più la disciplina

[22] L'art. 120, comma 5, c.p.a. recita: "*Salvo quanto previsto al comma 6-bis, per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42*". Si osservi, come già eccepito dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016, che nella norma è ancora in uso il richiamo al previgente codice dei contratti pubblici. Sicché si dovrebbe ritenere automaticamente sostituito il riferimento all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 con il vigente art. 76 del d.lgs. n. 50/2016.

[23] La dottrina ha anche osservato che tale sistema "*attribuisce rilievo centrale alle tipiche modalità di comunicazione e di pubblicità degli atti di gara, regolate in modo analitico, quanto a forma e contenuto, dal codice dei contratti pubblici*", M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito super-speciale*, *cit.*, 19.

[24] *Cfr.* M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, *cit.*, 16. Per la giurisprudenza *cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 22 gennaio 2018, n.173, *Id.* 6 ottobre 2017, n.1909, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dell'accesso informale[25]. Questo stato di cose ha posto il problema della necessità o meno di procedere in ogni caso alla presentazione di ricorsi c.d. al buio, dell'onere di diligenza del privato ad accedere agli atti onde acquisire informazioni utili e, nuovamente, della possibilità di sommare al termine ordinario di impugnazione il tempo necessario all'accesso.

Orbene, messi in ordine i problemi, diviene necessario verificare quale sia la risposta (o le risposte) data(e) ad oggi dalla giurisprudenza a ciascuno di essi, non senza aver premesso che il dibattito giurisprudenziale è particolarmente vivo, essendosi formati orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Secondo il Consiglio di Stato[26], possono formularsi tre ipotesi sulla decorrenza del termine nel rito appalti "ordinario" ex art. 120, comma 5, c.p.a..

La prima è quella secondo cui la norma appena richiamata, da leggersi in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, c.p.a., "deve essere interpretata nel senso che, ai fini della individuazione del dies a quo di decorrenza del termine di impugnazione, occorre fare riferimento al momento in cui il soggetto abbia avuto conoscenza degli elementi essenziali dell'atto lesivo, in tal modo potendone percepire compiutamente la portata pregiudizievole per la propria sfera giuridica, ed in modo da rendere attuale l'interesse ad agire"[27]. In tal modo, il termine inizierà a decorrere non appena il concorrente percepisca la portata lesiva del provvedimento di aggiudicazione, non rilevando se lo stesso sia motivato o meno.

La seconda ipotesi applica l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 in senso conforme ai principi comunitari, riproponendo le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza nella vigenza dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006[28], facendo operare lo slittamento del termine per impugnare, per un massimo di quindici giorni, conformemente all'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la terza ipotesi, invece, il rinvio operato dall'art. 120, comma 5, c.p.a. all'art. 79 del previgente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 "dovrebbe

---

[25] Mediante l'accesso informale era consentito agli operatori di accedere entro dieci giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione agli atti della procedura di gara, senza dover presentare un'istanza scritta. Tuttavia, deve osservarsi che una disposizione in un certo senso analoga a quella previgente, oggi contenuta all'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, "*sembra consentire una forma di accesso ancora più immediato di tipo "telematico" laddove è previsto che, contestualmente alla pubblicazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni e le ammissioni sia dato avviso ai concorrenti*" *cfr*. M. DIONIGI- S. DI CUNZOLO, *Commento all'art. 76*, in L. R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017. Deve, tuttavia, osservarsi che tale tipologia di accesso è limitata a una particolare tipologia di atti, quali quelli impugnabili unicamente mediante il rito super-speciale.

[26] *Cfr*. Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5859, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[27] *Cfr*. T.A.R. Veneto, Sez. III, 23 febbraio 2018, n. 236, in *www.giustizia-amministrativa.it* (riformata dalla cennata sentenza n. 5859/2018 del Consiglio di Stato).

[28] Per tale indirizzo sulla norma previgente *cfr.*, tra le molte, Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, Id., 1 agosto 2018, n. 4766, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso contrario a tale orientamento, sempre in relazione al codice previgente, *cfr*. T.A.R., Campania, Napoli, Sez. I, 1 marzo 2018, n. 1335, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

considerarsi recettizio e, dunque, la disposizione dell'art. 120 comma 5 c.p.a. sarebbe da ritenersi insensibile ai successivi mutamenti della norma richiamata, con la conseguenza che, al solo fine di individuare il dies a quo per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, si dovrebbe continuare a far applicazione dell'art. 79 del vecchio Codice, nonostante la sua avvenuta abrogazione"[29].

Tra le tre ipotesi esposte, solo la prima conduce a ritenere tardivo il ricorso proposto dopo il termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione mentre, le altre appaiono più coerenti con i principi comunitari e costituzionali.

Ad oggi, non si è pervenuti a risposte definitive in quanto da un lato, la giurisprudenza ha ritenuto di sovrapporre l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 al previgente art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (recuperandone la regola del c.d. "slittamento") assumendo, quindi, necessaria la comunicazione motivata dell'aggiudicazione[30]. Dall'altro, ha ritenuto pur vero che l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 "lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme", con la conseguenza che il ricorso sarebbe tardivo se proposto oltre i trenta giorni dalla percezione della lesività dell'atto, a prescindere dalla motivazione[31].

Il primo orientamento è più garantista, perché ritiene l'atto impugnabile solo quando vi è l'effettiva conoscenza di tutti gli elementi essenziali del provvedimento (ivi inclusa la motivazione). Il secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, non pare tener conto che, se è vero che l'art. 120, comma 5, c.p.a. lascia impregiudicata la possibilità di desumere aliunde l'aggiudicazione e, dunque, di percepirne immediatamente la portata lesiva per il concorrente-non aggiudicatario anche con altre forme rispetto alla comunicazione ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, è anche vero che solo la piena percezione dei contenuti essenziali dell'atto consente alla parte interessata di valutare i margini di proponibilità del ricorso e la sua modulazione in relazione ai vizi desunti dalla motivazione e dall'accesso a tutti gli atti prodromici all'aggiudicazione.

In altri termini, può affermarsi che l'onere di impugnazione sorge con la percezione dell'esistenza di una lesione, immediata e concreta, riconducibile a un determinato provvedimento, essendo comunque garantito il diritto di difesa mediante la proposizione del ricorso per motivi aggiunti "ove la conoscenza delle risultanze procedimentali valga a disvelare e lumeggiare la effettiva latitudine della

[29] *Cfr*. Cons. Stato, n. 5859/2018, *cit*..

[30] *Cfr*. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107, Id. Campania, Napoli, Sez. IV, 21 giugno 2018, n. 4190, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[31] *Cfr*. ancora Cons. Stato, n. 5859/2018, *cit.* e anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2017, n. 9145, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

"ingiustizia" e dell'agere amministrativo e dei vizi che eventualmente lo affliggono"[32].

Tuttavia, poiché è soltanto con la disamina degli atti procedimentali che si conosce l'impianto logico-motivazionale seguito dall'amministrazione, l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 ha introdotto un accesso "semplificato" che consente all'interessato di prendere visione dei suddetti atti endoprocedimentali. Ne consegue che "il termine di impugnazione può, dunque e al più, essere incrementato di un numero di giorni pari a quello che si è reso necessario per acquisire conoscenza delle risultante procedimentali, entro il limite massimo di quindici giorni previsto dalla citata norma", ma solo nel caso in cui l'impresa partecipante e non aggiudicataria si sia immediatamente attivata per accedere agli atti[33].

Quanto alla possibilità di conoscere aliunde il provvedimento di aggiudicazione, è stato chiarito (questa volta con maggior certezza) che la mera presenza del delegato non dovrebbe (il condizionale, comunque, è sempre d'obbligo per via delle oscillazioni giurisprudenziali endemiche alla materia) far decorrere il termine per impugnare, perché il codice dei contratti pubblici attribuisce alla sola stazione appaltante (e non alla commissione di gara) la competenza a procedere all'aggiudicazione e, quindi, a comunicare il provvedimento conclusivo della procedura[34]. Né il termine potrebbe decorrere a seguito della pubblicazione della delibera di aggiudicazione sull'albo pretorio, non rinvenendosi nel codice alcuna disposizione normativa da cui desumere tale effetto di questa particolare forma di pubblicità[35].

In conclusione, sebbene il tema resti ampiamente dibattuto, possono proporsi le seguenti riflessioni, che – ad onta del dibattito in atto – si preferiscono in quanto risultano più congeniali ad equilibrare le esigenze di certezza connesse alle vicende di diritto pubblico con quelle della effettività della tutela del cittadino e del ricorso efficiente alla funzione giudiziale. Il termine di impugnazione decorre dalla comunicazione ex art. 76 c.c.p. purché si mettano contestualmente a disposizione dei candidati, gli atti endoprocedimentali corredati di motivazione. Nel caso ciò non avvenga, è onere della parte interessata accedere tempestivamente agli atti di gara e in tal caso, al termine di trenta giorni si aggiungeranno quelli necessari all'accesso fino a un massimo di quindici. La conoscenza aliunde del provvedimento determina la decorrenza del termine soltanto qualora sia effettivamente possibile desumere, oltre alla percezione di lesività, almeno anche qualche vizio del provvedimento.

---

[32] *Cfr.* T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[33] *Cfr.* T.A.R. Lombardia, n. 2056/2018, *cit.*.

[34] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4442; T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 471; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 11 ottobre 2016, n. 2555 tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[35] *Cfr.* T.A.R. Toscana, Sez. II, 30 ottobre 2018, n.1406; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Tanto premesso con riferimento al rito appalti "ordinario", per riprendere il tema oggetto del presente contributo e, in particolare quello trattato nel presente paragrafo, può passarsi ad esaminare i problemi che si sono presentati nel rito super-speciale.
Vale la pena evidenziare, fin da subito, che i profili problematici sono analoghi a quelli appena presi in considerazione per il rito ordinario poiché, nonostante la chiara formulazione dell'art. 29 c.c.p. per cui i provvedimenti che dispongono le ammissioni e le esclusioni devono essere pubblicati sul portale del committente corredati di motivazione, la giurisprudenza ha visto nascere diversi orientamenti ermeneutici non ancora sfociati in un (unico) indirizzo definitivo.

4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali in merito al termine per impugnare.
Fin da subito la dottrina ha individuato il nodo gordiano del rito in esame, chiedendosi "se la regola introdotta dall'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., preveda una forma tassativa ed esclusiva di comunicazione, tale da escludere l'applicazione del principio di equiparazione tra le forme di notificazione, comunicazione, o pubblicazione […] e la "piena conoscenza" dell'atto acquisita aliunde"[36]. L'emergere della questione, invero, deriva direttamente dall'incertezza del quadro normativo in vigore a seguito dell'emanazione del codice dei contratti pubblici, a mente del quale l'art. 29 dello stesso codice, l'art. 120, comma 2-bis c.p.a. e l'art. 120, comma 5, c.p.a., delineano tre termini di impugnazione diversi[37] (ragion per cui è stato necessario soffermarsi in precedenza sui problemi relativi al rito di cui al comma 5).
Nonostante un quadro normativo tutt'altro che certo, autorevole dottrina ha sostenuto la seguente interpretazione sistematica delle tre norme richiamate (art. 29 c.c.p., art. 120, commi 2-bis e 5, c.p.a.), anche alla luce delle modifiche apportate dal correttivo: i) la stazione appaltante deve pubblicare sul proprio portale il provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni corredato di motivazione; ii) contestualmente, deve dare avviso ai concorrenti della suddetta pubblicazione, indicando anche gli uffici dove sono disponibili i relativi atti; iii) il termine per proporre ricorso decorre solo dal momento in cui tali atti sono resi in concreto disponibili e corredati di motivazione[38].

---

[36] *Cfr.* G. LO SAPIO, *Rito superacelerato e tecniche di "giuridificazione" degli interessi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2018, 4, 507.

[37] *Cfr.* S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni dei concorrenti alla gara pubblica e vincoli di tutela giurisdizionale*, in *giustamm*, n. 4/2018, in cui si specifica che le norme summenzionate indicano rispettivamente, come *dies a quo* per impugnare: *i*) il momento in cui il concorrente "*acquisisce contezza delle motivazioni e dunque anche degli eventuali atti sulla cui base sono state determinate le ammissioni e le esclusioni*"; *ii*) il momento in cui la stazione appaltante pubblica i provvedimenti sul portale; *iii*) il momento in cui l'interessato ha comunque conoscenza del provvedimento che dispone le ammissioni e/o le esclusioni.

[38] *Cfr.* M. LIPARI, *La decorrenza del termine*, *cit.*.

La giurisprudenza, analogamente a quanto avviene per il rito c.d. "ordinario" in materia di contratti pubblici, non ha ancora univocamente sciolto il nodo della questione, essendo tutt'ora in voga fondamentalmente due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Orbene, secondo un primo orientamento, la decorrenza non si determinerebbe in assenza di pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni o esclusioni nei modi e nei termini stabiliti dall'art. 29 c.c.p.. Esso, infatti, ritiene non applicabile la regola sulla piena conoscenza di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., ai sensi del quale il termine per l'impugnazione dovrebbe decorrere anche in assenza della pubblicazione, essendo sufficiente la mera conoscibilità[39].

A fondamento di tale indirizzo vi sono da un lato, la specialità del rito in questione, per cui sarebbe preclusa ogni interpretazione estensiva e dall'altro, la necessità di accedere agli atti della procedura di gara (in analogia a quanto disponeva l'art. 79 del codice previgente e quanto disporrebbe ora il corrispondente art. 76 c.c.p. secondo parte della giurisprudenza sopra richiamata), onde poter proporre un ricorso sulla base di un provvedimento motivato e reso in concreto disponibile.

Si tratta di un orientamento particolarmente garantista, che esclude l'applicabilità della regola della piena conoscenza, muovendo da un duplice presupposto: uno di natura processuale, l'altro di natura sostanziale.

Dal punto di vista processuale, ribadisce che il rito super-speciale è di stretta interpretazione poiché, introducendo una presunzione di lesività non prevista in altri riti dell'ordinamento, lo ancora "all'osservanza di questa peculiare forma di pubblicità legale [che] determina una presunzione iuris et de iure di conoscenza del provvedimento e giustifica, pertanto, l'immediato decorso del termine di decadenza per la sua contestazione in giudizio"[40].

Dal punto vista sostanziale, invece, osserva che la pubblicità del provvedimento di ammissione e/o esclusione è un preciso onere della stazione appaltante, come recita il nuovo testo dell'art. 29 c.c.p.[41]. Pertanto, non può ritenersi applicabile la regola della piena conoscenza, non essendo possibile onerare il privato della proposizione di un ricorso, se l'amministrazione non ha osservato precise disposizioni di legge[42]. Ne

---

[39] *Cfr.* T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 gennaio 2019, n. 77; Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2019, n. 378, Id., 22 ottobre 2018, n.6005; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 18 settembre 2018, n.368; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 4 settembre 2018, n.1322, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[40] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2018, n.6574, in *www.giustizia-amministrativa.it* e, più recenti *cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173, Cons. Giust. amm. Sicilia, 4 gennaio 2019, n. 4, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it* .

[41] Sulla valenza prescrittiva del dovere informativo da parte della stazione appaltante *cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 febbraio 2019, n. 675, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[42] *Cfr.* T.A.R. Liguria, Sez. II, 22 gennaio 2019, n. 54; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 28 agosto 2018, n.5292, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Inoltre, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*, osserva che *"l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire la documentazione da parte del soggetto interessato all'impugnazione della procedura non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore*

consegue che, se l'amministrazione ritarda od omette di attuare lo speciale regime di pubblicità ex art. 29 c.c.p., "il dies a quo del termine decadenziale coincide con la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione" non essendo più possibile operare una chiara scansione tra la fase di ammissione e quella di aggiudicazione, essendo venuto meno l'elemento che, più di ogni altro, determina la ripartizione bifasica della procedura[43].

Tale indirizzo giurisprudenziale trova il supporto di parte della dottrina che ne evidenzia l'interpretazione costituzionalmente conforme, osservando che il rito super-speciale presenta caratteristiche "uniche" tali da imporre necessariamente un'interpretazione non estensiva[44].

Il secondo orientamento emerso in giurisprudenza è opposto a quello appena descritto[45]. Esso, infatti, ritiene coerente con la ratio del nuovo rito la possibilità di far decorrere l'esiguo termine di trenta giorni anche in assenza della pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni e/o le esclusioni. Ciò in quanto, il principio della "piena conoscenza" di cui all'art. 41, comma 2, c.p.a., è regola generale del processo amministrativo, astrattamente applicabile a qualunque tipo di giudizio in assenza di un'apposita deroga legislativa. Poiché nel rito super-speciale il legislatore non ha previsto una deroga in tal senso, la conoscenza del provvedimento lesivo può derivare anche da altre fonti, non necessariamente dalla pubblicazione di cui all'art. 29 c.c.p.. A ciò si aggiunge che la regola sulla piena conoscenza è espressamente ripresa dall'art. 120, comma 5, c.p.a., con ciò dovendosi desumere la sua generale applicabilità al rito appalti (ancorché "ordinario" e pur con tutti i problemi che esso comporta).

Tuttavia, se è vero che non si rinviene alcuna preclusione all'applicabilità della regola della piena conoscenza del provvedimento, in quanto principio generale[46], è

---

in capo alla stazione appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata".

[43] *Cfr.* R. SCHNEIDER, *Decorrenza del termine per impugnare nel rito "super accelerato" e cumulo delle domande avverso segmenti concorsuali soggetti a riti processuali diversi*", in *l'amministrativista.it*, 2019.

[44] *Cfr.* G. CUMIN, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, 5, 642, in cui significativamente si introduce l'analogia tra il rito super-speciale e il procedimento monitorio nel processo civile. Viene, infatti, sostenuto che la comunicazione da pubblicare sul portale del committente può essere vista – al pari della notifica di un decreto ingiuntivo – come una *provocatio ad opponendum*, in virtù della quale sorgono effetti preclusivi per i concorrenti, che non potranno più impugnare l'ammissione altrui.

[45] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n.5870; T.A.R. Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[46] Deve comunque osservarsi che il comma 5 dell'art. 120 c.p.a. esordisce con "*Salvo quanto disposto dal comma 6-bis…"*, con ciò potendosi intendere l'effettiva volontà del legislatore di creare un mini-rito soggetto a regole speciali, andando così a creare una preclusione all'applicazione di tale comma che contiene la regola della piena conoscenza. In senso contrario, però, è stato notato che "fare salvo" potrebbe anche significare "*che le norme più generali si applicano per le sole parti non espressamente disciplinate, se ritenute compatibili*" (*cfr.* M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale, cit.*, 24). In tal senso il rito super-speciale sarebbe compatibile con la disciplina della piena conoscenza.

altrettanto vero che un simile orientamento ha insito il rischio latente di minare il diritto di difesa del privato, nella misura in cui si postuli, quale suo corollario, che l'azione possa essere intrapresa in virtù della conoscenza della sola lesività, riesumando dunque la pratica – assai poco virtuosa – dei ricorsi "al buio". E infatti, per apporre un crisma di costituzionalità a tale orientamento, la giurisprudenza ha chiarito che l'applicazione del principio della piena conoscenza "presuppone un particolare rigore nell'accertamento della sussistenza di tale requisito"[47].

Il predetto orientamento ha subito, forse non causalmente, un'evoluzione in senso più "garantista" a seguito delle modifiche apportate dal correttivo (che espressamente sanciscono la decorrenza del termine di impugnazione solo dopo che i provvedimenti siano in concreto disponibili al concorrente e corredati di motivazione).

La piena conoscenza, infatti, nella prospettiva che ne ammette l'operatività nel rito super-speciale, implica di necessità che "siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale"[48].

Sotto tale profilo appare utile anticipare quanto si dirà più approfonditamente in seguito, in relazione ai principi statuiti dall'ordinanza della Corte di Giustizia Ue sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., il cui intervento era stato sollecitato dal T.A.R. Piemonte con ordinanza n. 88/2018. Il Giudice di Lussemburgo, infatti, ha osservato che il termine breve di trenta giorni previsto dal legislatore interno è di per sé compatibile con il diritto dell'Unione "a condizione che tali provvedimenti siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti"[49].

In disparte di tali due orientamenti, la giurisprudenza è intervenuta su alcuni casi specifici, in cui la necessità di pervenire a una soluzione sul caso concreto, ha prodotto una casistica piuttosto vasta.

Tra i più rilevanti, merita di essere esaminato il caso del rappresentante di un'impresa che partecipa alla seduta di gara ove si determinano le ammissioni e le esclusioni. Sul punto, infatti, riprendendo i profili critici già emersi in relazione al rito appalti "ordinario", sono emersi orientamenti difformi. Alcune pronunce escludono che la piena conoscenza possa derivare dalla partecipazione dei rappresentanti dell'impresa alla seduta del seggio di gara ove si valutano le ammissioni e le esclusioni dei partecipanti[50]. Altre, di contro, sostengono che la partecipazione di un rappresentante alla seduta di gara gli consente di percepire immediatamente la

[47] *Cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[48] *Cfr.* T.A.R. Veneto, Sez. I, 7 giugno 2018, n. 613; *Id.* Campania, Napoli, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n.6126, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[49] *Cfr.* Corte Giustizia UE, Sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18, in *www.curia.europa.eu*, par. 26.

[50] *Cfr.* T.A.R. Toscana, Sez. I, 17 gennaio 2019, n. 103; Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 8 gennaio 2019, n. 12; *Id.* Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

lesività del provvedimento dell'ammissione altrui o della propria esclusione, facendo decorrere il termine di impugnazione dal giorno in cui si è svolta la seduta di gara[51].
Concludendo, può osservarsi che la giurisprudenza non è ancora giunta a una risposta univoca in merito a un problema abbastanza frequente nella prassi. Anzi, il contrasto è ancora presente, sebbene sia riscontrabile un orientamento maggioritario (il primo). In questo contesto così incerto, non è da escludere la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria, con l'auspicio che si componga il contrasto in essere.

4.3. L'obbligo di motivazione.
Tanto illustrato, riprendendo l'ordine espositivo innanzi tracciato, occorre trattare della motivazione del provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni e dell'ipotesi in cui la stazione appaltante non abbia fornito adeguata motivazione (e relativa documentazione a riprova) del provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, pur ritualmente pubblicato.
Il tema della motivazione, come si è visto, è connesso con la decorrenza del termine per impugnare, poiché gli artt. 29 c.c.p. e 120, comma 2-bis, c.p.a. prevedono che detto termine decorra da quando i provvedimenti sono disponibili agli interessati, corredati di motivazione[52].
Ciò in quanto, per principio generale, un ricorso può dirsi effettivo (e dunque conforme alle norme costituzionali e comunitarie) soltanto se proposto avverso atti la cui motivazione è nota al ricorrente, in modo da valutare la convenienza del ricorso, posto che "il diritto di difesa è soddisfatto solo se l'ordinamento consente al soggetto leso di valutare cognita causa se ne esistono i presupposti"[53].
La motivazione del provvedimento, dunque, è un corollario indefettibile per la proposizione di un ricorso giurisdizionale ai sensi dei principi costituzionali e della "direttiva ricorsi" n. 2007/66/CE, anche perché "rappresenta proprio quello strumento con cui il privato è messo in condizione di verificare la legittimità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione"[54].
Il tema della pienezza della motivazione, tuttavia, ha un rilievo processuale non solo per ciò che attiene alla decorrenza del termine di impugnazione ma, in quanto tale, ovverosia quale profilo di potenziale illegittimità del provvedimento amministrativo che dispone esclusioni e ammissioni.

---

[51] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 947, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La pronuncia, nel riconoscere l'applicabilità della regola della "piena conoscenza" la subordina comunque alla percezione di lesività per la sfera giuridica dell'interessato del provvedimento adottato dalla commissione di gara.

[52] Sullo stretto collegamento tra la motivazione del provvedimento e l'ambito applicativo del rito super-speciale *cfr.* R. SCHNEIDER, *Decorrenza del termine*, *cit.*.

[53] *Cfr.* M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, *cit.*, 17.

[54] *Cfr.* A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato"* ex *art. 120, co. 2* bis, *c.p.a.*, in *federalismi.it*, 7/2017,8.

Il paragrafo esamina il secondo profilo.
Malgrado la chiara formulazione letterale della norma, anche in relazione alla motivazione, gli itinerari ermeneutici dottrinari e giurisprudenziali sono in continuo mutamento[55]. Deve, comunque, osservarsi che data la qualificazione provvedimentale attribuita dal legislatore all'atto impugnabile con il rito super-speciale non può revocarsi in dubbio la necessità, per l'amministrazione procedente, di motivare i provvedimenti, in linea con l'art. 3 della legge n. 241/1990. In tal senso, richiamando la giurisprudenza citata nel precedente paragrafo, si evince la portata sostanziale del comma 2-bis che, in questa parte, sembrerebbe rivolgersi direttamente alla stazione appaltante, sebbene la norma sia contenuta nel codice del processo amministrativo.
Entrando più nei dettagli, ad essere problematico non è tanto l'obbligo della motivazione, che ad oggi risulta per tabulas ai sensi del correttivo (ed invero in re ipsa alla natura decisoria delle esclusioni e delle ammissioni), quanto il suo contenuto.
Come è stato osservato in dottrina[56], l'ammissione di un soggetto alla fase successiva di una procedura di gara non dovrebbe essere sostenuta da una particolare motivazione, risultando praticamente difficile fornire analitiche enunciazioni circa le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto della stessa (una volta evidenziato che dall'accertamento amministrativo non sono emerse evenienze meritevoli di determinare l'esclusione)[57]. Ciò diversamente da quanto accade per le esclusioni, in relazione alle quali è necessario fornire una motivazione idonea a rappresentare ragioni e presupposti dell'esclusione medesima.
In conclusione, preme rammentare che il provvedimento recante le ammissioni e/o le esclusioni deve essere necessariamente motivato, anche tenendo in considerazione che, come statuisce parte della giurisprudenza, l'onere di ordinaria diligenza nell'acquisire gli atti da parte del concorrente ai sensi dell'art. 29 c.c.p., "non può prevalere sugli obblighi imposti appositamente dal legislatore in capo alla stazione

---

[55] *Cfr.* S. TRANQUILLI, *Il rito "super-speciale" tra i sollevati dubbi di compatibilità euro-unitaria e i nodi sciolti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018,* in F*oro Amministrativo(Il)*, n. 3/2018, 349 e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

[56] *Cfr.* A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza*, *cit.*,10.

[57] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2018, n.5499, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui, "*si deve ricordare che la motivazione di ammissione alla gara dell'impresa può anche esser sintetica o risolversi nell'ammissione stessa, mentre la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni. È pur vero che la giurisprudenza ha ritenuto necessario un onere di motivazione nel caso in cui sull'ammissione alla gara vengano effettuate puntuali contestazioni in corso di gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; id., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; id., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019), tuttavia tale onere motivazionale presuppone che la stazione appaltante abbia ritenuto di dover esercitare i propri poteri istruttori al fine di esprimersi (sulle avverse contestazioni) con una valutazione più articolata, qualora la sanzione (o, più in generale, la causa espulsiva) fosse stata ritenuta meritevole di qualche considerazione*". *Cfr.* anche: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 17 luglio 2018, n. 1522; Tar Piemonte, Sez. II, 26 febbraio 2018, n. 262, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

appaltante, i quali, a loro volta, non possono essere considerati assolti attraverso l'espletamento di incombenze formali diverse da quelle prescritte dalla disposizione suindicata"[58].
Tuttavia, non si rinviene alcuna norma che puntualizzi il contenuto della motivazione del provvedimento in materia di ammissioni ed esclusioni che, per tale ragione, appare ancora oggi indefinito[59].

5. Il perimetro applicativo del rito super-speciale.
Passando all'esame dell'ambito di applicazione del rito oggetto di attenzione nel presente contributo, è utile premettere un breve confronto con il rito elettorale.
Il rito super-accelerato, infatti, è stato creato sulla falsa riga del rito elettorale di cui all'art. 129 c.p.a., in cui è previsto un contenzioso sulle ammissioni degli altri candidati. Anche in quel caso, il rito si conclude prima delle operazioni elettorali, cristallizzando definitivamente la platea dei candidati. Tuttavia, rispetto al rito super-speciale, le differenze sono rilevanti e si fondano su due ragioni, una processuale e una sostanziale[60].
Sotto il profilo processuale, nel rito elettorale si impugnano le esclusioni e, solo in determinati casi tassativamente indicati dalla giurisprudenza, anche le ammissioni altrui (si pensi all'ammissione di una lista con un simbolo simile che può ingenerare confusione tra gli elettori). Invece, nel rito in esame vengono trattate unitariamente sia le ammissioni che le esclusioni, senza alcuna distinzione.
La ragione sostanziale, invece, si ricollega al problema del non perfetto coordinamento tra la disciplina processuale e quella procedurale. Muovendo ancora dalla comparazione con il rito elettorale, va detto che il procedimento elettorale è caratterizzato da una rigida scansione in fasi rivolta all'amministrazione e ai candidati, non previste dalle procedure di evidenza pubblica. Per questo motivo non è sempre agevole, anche per la stazione appaltante, individuare la fase di ammissione all'esito della quale pubblicare il provvedimento impugnabile ai sensi del comma 2-bis[61].

---

[58] *Cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 28 agosto 2018, n. 5292, in *Foro Amministrativo (Il)*, 2018, 7 08, 1348, che tuttavia, è stata riformata in appello da Cons. Stato, n. 947/2019, *cit.*.

[59] Tuttavia la giurisprudenza ha osservato che, nel caso in cui "*la stazione appaltante non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per* facta concludentia, *ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale*" (*cfr.* T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 marzo 2017, n. 216; Id., Campania, Napoli, Sez. I, 24 marzo 2016, n. 1585, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[60] *Cfr.* E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 873, per il quale i due riti sarebbero radicalmente diversi atteso che solo nel rito elettorale vi è una corrispondente scansione della procedura che difetta nelle procedure di gara.

[61] *Cfr.* M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 10/2016, 22, in cui si pone particolare attenzione al rapporto tra la disciplina procedimentale e quella

Tali dubbi si ripercuotono sul processo, risultando difficile individuare l'esatto ambito di applicazione del rito super-speciale, da cui derivano i profili problematici sul punto. Orbene, tanto premesso, occorre chiarire quando si chiude la verifica, a livello procedimentale, sul possesso dei requisiti e quali sono i suoi contenuti.

A livello sostanziale, la procedura di gara prevede che il controllo sui requisiti di ogni singolo partecipante avvenga, in un primo momento, sulla base delle autocertificazioni presentate dagli stessi operatori economici conformemente alle prescrizioni della lex specialis di gara. In questa prima fase, dunque, l'amministrazione non verifica l'effettivo possesso dei requisiti dichiarati ma soltanto la completezza "formale" della domanda. La comprova dei requisiti, in cui si verifica l'effettivo possesso degli stessi, è demandato a una fase successiva a seguito della valutazione delle offerte da parte della commissione, di modo che il possesso dei requisiti venga accertato sul solo aggiudicatario o, al più, sul secondo classificato.

In altri termini, la verifica sul possesso dei requisiti dei partecipanti non si chiude in un momento prestabilito, ma è svolto in un doppio momento: il primo formale, basato sulle autocertificazioni; il secondo più sostanziale, basato sull'effettiva dimostrazione dei requisiti. Tali momenti non sono affatto separati ma fanno parte di un unico procedimento all'esito del quale, nella disciplina previgente, era possibile impugnare il provvedimento di aggiudicazione e, con esso, era possibile contestare anche le ammissioni altrui.

In questo senso emerge il paradosso del rito super-speciale che crea, a livello processuale, un momento completamente assente a livello procedimentale. Infatti, nel rito di nuovo conio, la fase delle ammissioni assume una chiara valenza decisionale che, nell'ottica di una tutela anticipata, impone l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione, quasi slegandolo del tutto dall'intera procedura di gara. Ciò determina la nascita di una natura bifasica del procedimento di aggiudicazione che, come osservato dalla dottrina, "frantumerebbe l'unità concettuale del procedimento amministrativo, […] rendendo più difficile quella visione unitaria dell'azione amministrativa frequentemente necessaria per una valutazione globale della legittimità dell'operato delle stazioni appaltanti e particolarmente utile in un processo sostanzialmente cartaceo come quello

processuale, anche alla luce della direttiva Ue n. 24/2014 la cui attuazione è avvenuta ad opera del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, sulla mancata scansione in fasi procedimentali, l'A. analizza l'art. 57 della direttiva n. 24/2014 secondo cui l'esclusione di un operatore dalla procedura può avvenire in qualunque momento. La norma è stata recepita dal legislatore all'art. 80 del codice appalti. Ne consegue l'impossibilità di individuare un'unica fase relativa alle ammissioni. Un secondo profilo riguarda l'art. 56 della medesima direttiva, per il quale la stazione appaltante, sulla base di una scelta motivata, potrebbe decidere di valutare, prima, le offerte e, poi, verificare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai primi due classificati. In siffatta ipotesi mancherebbe del tutto la fase di ammissione all'esito della quale i concorrenti si dovrebbero attivare con il ricorso nell'ambito del rito super-speciale.

amministrativo"[62]. La norma processuale, quindi, individua una distinguibile fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, al termine della quale la stazione appaltante pubblica il provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, mentre la corrispondente disciplina sostanziale individua la fase di ammissioni in almeno due momenti.

A tale prima discrasia si deve anche aggiungere il non proprio corretto recepimento, da parte del legislatore nazionale, di alcune norme della direttiva Ue 24/2014. Ci si riferisce all'art. 56, comma 2, della direttiva n. 24/2014 secondo cui la stazione appaltante può verificare il possesso dei requisiti direttamente all'esito della procedura, cioè sul solo aggiudicatario, pretermettendo la fase di verifica sulle autocertificazioni.

Del pari, occorre osservare che l'art. 80, comma 5, c.c.p. prevede che la stazione appaltante può disporre l'esclusione dell'operatore economico "in qualunque momento" della procedura, a cui si aggiunge l'utilizzo, da parte della stessa amministrazione, di poteri di "secondo grado" quali l'autotutela, cui alla stazione appaltante è dato ricorrere per riammettere un concorrente precedentemente escluso, ovvero per escludere un concorrente che, in un primo momento, era stato ammesso[63].

L'esercizio di poteri di secondo grado da un lato, la possibilità di escludere in qualunque momento un operatore economico dall'altro, evidenziano la non perfetta coincidenza tra la disposizione processuale e quella sostanziale. Se è vero che i due profili possono rimanere autonomi e separati, d'altro canto è innegabile che vi sia un forte legame tra le due discipline[64].

Appare, quindi, evidente che, a parte il procedimento "ordinario" per cui l'amministrazione verifica prima le autocertificazioni e poi il possesso effettivo dei requisiti, la procedura di gara può prevedere altri momenti in cui la commissione dispone – in corso di gara – l'ammissione o l'esclusione[65].

Tanto premesso, viene da chiedersi se il rito super-speciale si applica a entrambi i momenti di verifica dei requisiti, ovvero solo a uno dei due.

Ebbene, la risposta prevalente della giurisprudenza è quella di ammettere alla trattazione secondo il rito super-speciale solo la prima verifica, quella effettuata sulle autocertificazioni presentate dai candidati[66].

---

[62] *Cfr.* E. M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Rivista Dir. Proc.*, 2017, 6, 1580.

[63] *Cfr*. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 5 gennaio 2018, n. 28 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 17 luglio 2017, n. 8577, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[64] Ciò è confermato da Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216, in *l'amministrativista.it*, per cui il rito super-speciale è applicabile solo in presenza di una netta distinzione tra la fase delle ammissioni e quella di esame delle offerte.

[65] *Cfr*. G. VELTRI, *Il contenzioso, cit*., e M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale, cit*..

[66] *Cfr*. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 1 agosto 2018, n. 5148, in *www.giustizia-amministrativa.it*; . T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 8 agosto 2017, n. 9270, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n.1367, in *l'amministrativista.it* Vi è da dire che la giurisprudenza era supportata da una parte della

Di contro, non è possibile impugnare con il rito super-speciale la contestazione della verifica effettuata alla "comprova" dei requisiti svolta sull'aggiudicatario o dell'esclusione in relazione ad aspetti che presuppongono un'attività istruttoria della stazione appaltante che si dovesse rendere necessaria a seguito di una verifica concreta dei requisiti, non limitata al controllo sulle autocertificazioni[67]. Ciò in quanto, ammettere il ricorso al rito super-speciale anche in tali casi vorrebbe dire "vanificare la funzione del mini-rito, deputato a una "immediata" risoluzione del contenzioso sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione"[68].

È, quindi, evidente il depotenziamento del rito super-speciale da parte del giudice amministrativo che, forse perché non pienamente convinto del rito in esame, anziché sollevare da subito dubbi di compatibilità eurounitaria e costituzionale, ha preferito svilirne la portata applicativa.

Così impostato, però, il rito viene fortemente svuotato del suo contenuto. Infatti, se l'ambito di applicazione del rito super-speciale riguarda la sola verifica sulle autocertificazioni, vuol dire che un concorrente (non aggiudicatario) potrebbe impugnare l'esito della gara facendo valere vizi relativi al possesso, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti che non sono stati valutati antecedentemente, perché la relativa valutazione non era imposta alla stazione appaltante.

Sostenendo ciò, però, si arriverebbe (come invero è arrivata parte della giurisprudenza) alla situazione (alquanto paradossale) per cui il ricorrente (privo di attualità di interesse) si troverebbe costretto ad impugnare il provvedimento di ammissione di altro concorrente facendo valere solo i vizi afferenti al controllo sull'autocertificazione o agli altri documenti contenuti nella documentazione amministrativa, ma non anche quei vizi sostanziali, afferenti al merito della posizione sostanziale del suo avversario rispetto ai requisiti di qualificazione, laddove questi non siano stati accertati dalla stazione appaltante, per aver rinviato – come la legge consente – il momento valutativo ad un successivo momento.

Orbene, bisogna considerare che se si vuole ottenere una cristallizzazione della platea degli offerenti, non si può ridurre la fase di ammissione a una mera verifica formale, cartacea della sola documentazione contenuta nella busta amministrativa ed, essenzialmente, basata sul controllo delle autocertificazioni. Piuttosto, conformemente all'intento legislativo di definire la platea dei concorrenti, la stazione appaltante dovrebbe anticipare tutti i controlli sui requisiti di partecipazione alla fase di ammissione, in modo da rendere effettivo il ricorso avverso le ammissioni e le

---

dottrina secondo cui "nella disciplina positiva descritta dal codice e nella prassi delle stazioni appaltanti, la decisione circa l'ammissione delle offerte si basa solitamente sulla lettura della autodichiarazioni dei partecipanti, senza lo sviluppo di istruttorie particolarmente articolate o l'espressione di argomentazioni approfondite" (M. LIPARI, La decorrenza del termine, cit., 27).

[67] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 26 novembre 2018, n. 6690; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 498, Id. 22 gennaio 2018, n. 157, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[68] *Cfr.* S. TRANQUILLI, *Il rito "super-speciale"*, *cit.*, 346 e ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

esclusioni proposto ex comma 2-bis. Tale soluzione risulta, però, di difficile attuazione nelle gare con molti candidati, per i quali l'amministrazione sarebbe tenuta a verificare puntualmente il possesso dei requisiti in capo a ciascuno di essi. Ciò apparirebbe, con un certo margine di ragione, un (inutile) aggravamento del procedimento in antitesi con i principi comunitari. È questo, evidentemente, un ulteriore profilo di criticità della norma in esame.

Al di là di questa prima ipotesi, la casistica offerta dalla giurisprudenza è piuttosto variegata, ricomprendendo differenti casi in cui il giudice amministrativo è stato chiamato a circoscrivere il perimetro del rito super-accelerato.

In particolare, è stato chiarito che esulano dall'ambito applicativo del rito in esame tutte le esclusioni disposte per ragioni o in momenti diversi da quello relativo alla verifica iniziale sulle autocertificazioni.

Pertanto, non è possibile applicare il rito super-speciale a tutti quei provvedimenti di esclusione che intervengono dopo la fase di ammissione, e comunque dopo l'esame dei dettagli tecnici dell'offerta da parte della commissione. Si guardi, ad esempio, alle esclusioni disposte per una carenza nell'offerta tecnica [69], o ai casi in cui si intende contestare l'aggiudicazione, le cui impugnazioni seguono il rito appalti "ordinario"[70].

Parimenti, è escluso il rito ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per contestare le valutazioni delle offerte, il calcolo della soglia di anomalia e per i vizi della lex specialis[71], così come pure per confutare la legittimità della gara, oltre a sostenere l'inapplicabilità del rito super-speciale nei c.d. settori esclusi[72]. Infine, di recente è stata esclusa l'applicazione del rito in esame nei casi di affidamento di concessioni, posto che l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. ha un carattere derogatorio ed eccezionale e, pertanto, non può applicarsi in ipotesi diverse da quelle legislativamente previste[73].

Può, quindi, osservarsi che la giurisprudenza concorda nell'assoggettare al rito super-speciale le sole contestazioni relative alle ammissioni e/o esclusioni dei concorrenti, sulla base del tenore letterale della disposizione normativa, mentre

---

[69] *Cfr.* T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 21 gennaio 2019, n.133, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 31 luglio 2018, n. 4724, in *Foro Amministrativo (Il)*, 2018, 7-08, 1206; *Id.*, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161, in *l'amministrativista.it*; T.A.R. Campania, Napoli , Sez. VI , 1 agosto 2018, n. 5148, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, Sez. I , 25 giugno 2018, n. 565, in *Foro Amministrativo (Il)* 2018, 6, 1029.

[70] *Cfr.* T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 agosto 2018, n. 8675, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[71] *Cfr.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 luglio 2018, n. 5026, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 310; T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 1566 e, relativamente alla contestazione dei vizi della *lex specialis*, *cfr.* T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 agosto 2018, n. 872, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[72] *Cfr.* rispettivamente T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 8223, in *Foro Amministrativo (Il)*, 2018, 7-08, 1329, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 24 luglio 2018, n. 8350, in *l'amministrativista.it*.

[73] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1045, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il rito in esame, per chiaro tenore letterale della norma, si applica solo ai procedimenti per l'affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, dunque non alle concessioni. In dottrina *cfr.* M. N. NATALE, *Sul carattere eccezionale e derogatorio del rito* ex *art. 120 c.p.a. e sulla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali* ex *art. 80 d.lgs. n. 50/2016*, in *italiappalti.it*.

esclude decisamente dalla sua applicabilità ogni tipo di controversia sorta su altre questioni.
Il perimetro applicativo del rito super-speciale, invero, è stato analizzato in giurisprudenza anche sotto un differente profilo, quello relativo all'individuazione della disciplina applicabile in presenza di due giudizi relativi a uno stesso appalto, assoggettati però a riti diversi. Si pensi al caso in cui un operatore propone un ricorso avverso le ammissioni di un concorrente ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e, successivamente, proponga un altro ricorso in cui è applicabile il rito appalti "ordinario".
In giurisprudenza si sono formati due contrapposti orientamenti. Quello ad oggi maggioritario, prevede che debba prevalere il rito appalti "ordinario" ex art. 120 c.p.a., limitando così l'applicazione del rito super-accelerato[74]. In particolare, la giurisprudenza ha sostenuto che, dal momento della riunione dei ricorsi attratti in riti diversi, sarà applicabile per entrambi il rito appalti "ordinario", conformemente a un consolidato indirizzo giurisprudenziale[75].
Un secondo orientamento, minoritario, afferma invece la prevalenza del rito super-speciale su quello "ordinario"[76], richiamando l'art. 32, comma 1, c.p.a..

6. Il rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale (e tra ricorsi principali), i motivi aggiunti e la tutela cautelare nel rito super-speciale.

6.1. Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti nel rito super-speciale.
Il comma 2-bis, secondo periodo, dell'art. 120 c.p.a. prevede che "L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale". A tale previsione, il comma 6-bis del medesimo articolo sancisce che "la camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo […] per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale".
La formulazione delle norme comporta, anche in questo caso come per il decorso del termine e la motivazione, la trattazione congiunta dei problemi relativi al ricorso incidentale e dei motivi aggiunti.
Iniziando dal ricorso incidentale, va detto che la ratio della norma è di neutralizzare, per quanto possibile, l'effetto del ricorso incidentale escludente, che ha caratterizzato gli ultimi anni di vita del previgente codice dei contratti pubblici[77].

---

[74] *Cfr*. T.A.R. Venezia, Sez. I, 24 gennaio 2019, n. 84, in *www.giustizia-amministrativa.it*; e Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n.1059, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2017, 2, 710.

[75] *Cfr*. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367; T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 agosto 2018, n. 872, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[76] *Cfr*. Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2018, n.3713, in *l'amministrativista.it*.

[77] Per riferimenti dottrinari in generale sul tema del ricorso incidentale e del rapporto con il rito appalti si guardi, A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, *cit.*; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso*

Infatti, sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, con l'impugnazione dell'aggiudicazione venivano formulate censure contro l'ammissione dell'aggiudicatario il quale, per tutelarsi, formulava a sua volta un ricorso incidentale teso a dimostrare che era in realtà il ricorrente principale a difettare dei requisiti di partecipazione alla gara (di qui la natura escludente del ricorso incidentale). Lo schema appena descritto finiva per "focalizzarsi abnormemente sulla fase prodromica di verifica dei titoli di partecipazione in capo ai concorrenti più che sui profili attinenti alla valutazione delle offerte"[78] e determinava il regresso della procedura di aggiudicazione alla fase dell'ammissione, ragion per cui, il legislatore del 2016 con il nuovo rito in esame, ha cercato di risolvere definitivamente tale problema[79].

Riprendendo la lettera della norma sopra citata, il quesito è: può proporsi il ricorso incidentale per contestare l'ammissione del ricorrente principale (di qui la natura paralizzante del ricorso incidentale) anche oltre il termine di trenta giorni previsti dal comma 2-bis? La formulazione della norma, non del tutto chiara, ha determinato il formarsi, anche in questo caso, di due diversi orientamenti giurisprudenziali[80].

Per il primo orientamento la risposta è negativa, poiché il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale non decorrebbe dalla notificazione del ricorso principale, come avviene nel rito ordinario ai sensi dell'art. 42 c.p.a., bensì dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente, emergendo in questo preciso momento l'interesse a ricorrere[81], quale interesse autonomo rispetto all'impugnazione da parte di un concorrente di un'ammissione altrui. Secondo questo arresto, qualunque operatore deve impugnare l'ammissione altrui a

---

incidentale, *cit*.; F. G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 2162.

[78] *Cfr*. E. BOSCOLO, *Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*; in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 1, 175.

[79] C*fr*. I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato"*, *cit*., 12, in cui si dà anche conto del"*…proliferare di censure incrociate sulla fase iniziale del procedimento selettivo una volta che questo era giunto a conclusione*". Vale la pena ricordare la questione dell'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale escludente, oggetto di un ampio dibattito giurisprudenziale che ha più volte investito anche la Corte di Giustizia Ue (oltre alla già menzionata sentenza Puligenica, si guardi a Corte Giustizia, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb). L'incertezza su questo profilo è tale che, recentemente, l'Adunanza Plenaria ha nuovamente rimesso alla Corte di Giustizia la questione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, ord. n. 6, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Peraltro, si osservi che l'incertezza sul punto riguarda anche un confronto tra i plessi giusdicenti interni. Infatti, la Corte di cassazione a Sezioni Unite, con sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226, ha prospettato la possibilità di vagliare le decisioni del Consiglio di Stato non conformi alla giurisprudenza della CGUE, sulla base di un estensivo uso del concetto di "questione di giurisdizione". Di contro, la Corte costituzionale con sentenza del 18 gennaio 2018, n. 6, ha invitato la Cassazione a un uso giuridico (e non politico) del concetto di "questione di giurisdizione".

[80] *Cfr*. M. ASARO, *Ricorso principale e ricorso incidentale nel rito super speciale di cui all'art. 120, commi* 2-bis *e* 6-bis, *del c.p.a.: questioni di trasparenza, di precedenza e di decorrenza*, in *lexitalia.it*.

[81] *Cfr*. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n.5036, in *l'amministrativista.it*. Id., 1 ottobre 2018, n.5609, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In questo caso, però, non avrebbe senso parlare di ricorso incidentale, poiché ci si troverebbe in presenza di soli ricorsi principali proposti gli uni contro gli altri.

prescindere dall'attivazione del controinteressato con un'autonoma iniziativa giudiziaria, al fine di non eludere il termine di trenta giorni disposto dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.. L'indirizzo giurisprudenziale trova conforto anche nella previsione dello stesso art. 42 c.p.a., a mente del quale il resistente può agire in via incidentale per proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via incidentale.

Tuttavia, occorre distinguere se il ricorso incidentale ha portata escludente, cioè se contesta l'ammissione del ricorrente principale, oppure se vengono proposti motivi non inerenti l'ammissione altrui. Infatti, se si intende contestare l'ammissione altrui non si dovrebbe attendere il ricorso principale per poi agire in senso escludente, perché l'interesse a contestare l'ammissione del ricorrente principale, è riconducibile alla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente[82]. Se, viceversa, il ricorrente incidentale dovesse far valere vizi indipendenti dall'ammissione altrui, allora non si vede perché il termine per la proposizione del ricorso non debba decorrere dalla notificazione di quello principale, come avviene nel rito ordinario, soprattutto in considerazione del comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a., che dispone espressamente il rinvio della camera di consiglio o dell'udienza pubblica per proporre ricorso incidentale.

Il precipitato di questo primo orientamento è quello potenzialmente di esasperare la conflittualità in una "guerra di tutti contro tutti", in quanto ogni partecipante dovrebbe impugnare tante ammissioni quanti sono i concorrenti. Si pensi, infatti, ai casi di gare con i molti partecipanti che impugnano le rispettive (altrui) ammissioni. Si perverrebbe a una situazione insostenibile per la giustizia amministrativa ma anche per i ricorrenti medesimi, onerati di proporre un ricorso avverso le ammissioni di molti concorrenti.

Il secondo orientamento ritiene che il termine decorra comunque dalla notifica del ricorso principale e non dalla pubblicazione del provvedimento ex art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, facendo salva la preclusione prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.[83]. Quest'ultimo indirizzo, se da un lato si mostra più garantista, dall'altro aggira il senso stesso della preclusione prevista chiaramente dalla norma, poiché si ammetterebbe la deducibilità dell'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale con un ricorso incidentale promosso oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione.

---

[82] In questo caso, comunque, occorrerebbe distinguere anche il momento in cui viene proposto ricorso incidentale. Se, infatti, il ricorrente incidentale contesta l'ammissione altrui e propone il ricorso entro il termine del comma 2-*bis*, non sussistono problemi. Se, invece, il ricorso incidentale escludente è proposto oltre il detto termine, allora dovrebbe essere dichiarato irricevibile perché tardivo.

[83] *Cfr*. Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2018, n.1902, in *l'amministrativista.it* ; Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 4 ottobre 2017, n. 621, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Un'ipotesi peculiare relativa al ricorso incidentale riguarda il caso in cui un partecipante ricorre contro l'ammissione altrui per contrasto con la lex specialis di gara e quest'ultimo agisca in via incidentale per contestare la legittimità del bando e del disciplinare con le norme di legge. In questo caso, il ricorso incidentale non avrebbe l'effetto di contestare l'ammissione del ricorrente principale (come nello schema del ricorso incidentale escludente e paralizzante) ma si limiterebbe a introdurre una nuova domanda dipendente dalla principale e, dunque, dovrebbe essere ammesso[84].

Una ulteriore ipotesi particolare, già accaduta nella pratica, riguarda il rapporto tra due ricorsi principali: l'uno soggetto al rito super-speciale, l'altro soggetto al rito appalti "ordinario". Ciò accade quando il ricorrente nel rito super-speciale, nelle more della definizione del giudizio sulle ammissioni altrui, ottiene l'aggiudicazione della gara. A questo punto, il concorrente (controinteressato nel ricorso avverso la sua ammissione) potrebbe proporre un proprio ricorso principale (del tutto autonomo da quello del ricorrente nel rito super-accelerato divenuto poi aggiudicatario) con cui si contesta l'aggiudicazione.

Orbene, in questo caso, la sopravvenuta aggiudicazione in favore del ricorrente nel giudizio sulle ammissioni non potrebbe far venire meno il suo interesse alla definizione del ricorso in esame, almeno fino a che il termine per impugnare l'aggiudicazione (da parte del concorrente-controinteressato nel rito super-speciale) non sia decorso. Infatti, la definizione del giudizio sulle ammissioni è "escludente", e per questo da esaminarsi prima di quello vertente sull'aggiudicazione[85].

Analizzando meglio l'ipotesi, si deve premettere che l'esclusione dalla procedura attraverso il rito super-speciale è funzionale anche a impedire al controinteressato-non aggiudicatario di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione. È, quindi, evidente che nel caso in cui l'aggiudicazione sopravviene nel giudizio avverso le ammissioni,

---

[84] *Cfr*. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, *cit*., 35.

[85] *Cfr*. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*bis*, 8 febbraio 2017, n. 2118, in *l'amministrativista.it*, secondo cui: "*Dichiarare, allora, il ricorso inammissibile, recte improcedibile, in ragione del raggiungimento del bene ultimo dell'aggiudicazione da parte del ricorrente, e quindi del mancato ottenimento di ulteriori benefici dall'esclusione dei controinteressati, non utilmente collocati – secondo la regola classica – comporterebbe da ultimo una situazione alquanto singolare, ove non del tutto violativa del diritto di difesa, per cui il ricorrente aggiudicatario si vedrebbe precluso l'esame delle proprie doglianze nei confronti degli altri concorrenti, i quali, invece, ben potrebbero ottenere l'accoglimento delle proprie ragioni contro l'ammissione del ricorrente, ed in via derivata, l'aggiudicazione ottenuta. In altri termini, in ragione della separazione delle due fasi processuali, cui corrispondono anche riti diversi, la successiva aggiudicazione non può ritenersi tale da incidere sull'interesse a ricorrere ex art. 120, comma 2-bis, non essendo venuta meno l'utilità (o la ratio) del ricorso anticipato*". In dottrina è stato parallelamente osservato in I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato"*, *cit*., 18, che l'orientamento tradizionale sull'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse debba ritenersi superato a seguito del nuovo rito super-speciale. In senso contrario, si veda G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, 9, il quale richiama alcuni precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2014, ord. n. 5255 e Id., Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8350, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*) nel rito elettorale che ritengono improcedibile il ricorso a seguito dell'intervenuta aggiudicazione.

quest'ultimo non possa essere dichiarato improcedibile, poiché dalla soluzione di questo primo giudizio, dipende l'ammissibilità di quello avverso l'aggiudicazione[86]. Diversamente opinando si perverrebbe a una situazione paradossale non compatibile con una tutela effettiva del diritto di difesa[87].

In altri termini, sta (ri)prendendo forma, seppur sotto una diversa angolazione, l'annosa questione (ancora insoluta) del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente, con la differenza che nel caso di specie, si sarebbe in presenza di due ricorsi principali: quello verso l'ammissione proposto dal concorrente-aggiudicatario e quello contro l'aggiudicazione proposto dal controinteressato del precedente giudizio.

Venendo al secondo tema da trattare nel presente paragrafo, i motivi aggiunti, va detto che il comma 6-bis prevede la possibilità di rinviare la camera di consiglio o l'udienza pubblica (ove si discute il ricorso ex comma 2-bis), proprio per la loro proposizione.

Il problema relativo ai motivi aggiunti è analogo a quello già esaminato per il ricorso incidentale. Infatti, se i motivi aggiunti vertono su questioni rientranti nell'ambito applicativo del rito super-speciale, allora nulla quaestio. Se, invece, con il ricorso per motivi aggiunti dovessero essere impugnati atti ulteriori rispetto a quelli già gravati – si pensi, ad esempio, all'impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione medio tempore intervenuta – appare evidente che si debba procedere a un mutamento di rito, rientrando quindi nelle ipotesi sopra analizzate a proposito del ricorso incidentale[88].

6.2. La tutela cautelare nel rito super-speciale.

Sebbene il tema non risulti così complesso e dibattuto come quelli già analizzati, per ragioni di chiarezza espositiva, appare coerente trattare in questa sede dell'ammissibilità dell'istanza cautelare nel rito super-speciale. Come accennato, non si sono formati orientamenti discordanti, essendosi ritenuta compatibile la tutela cautelare con il rito in esame[89].

Dubbi, invero, erano emersi in dottrina in quanto, dato il carattere fortemente acceleratorio del rito, si era ipotizzata la non piena utilità delle misure cautelari e, al tempo stesso, era stata proposta una distinzione in base al tipo di misura richiesta. E così, se non si dubitava dell'ammissibilità della misura cautelare monocratica, anche

[86] In senso contrario, e quindi a favore della declaratoria di improcedibilità *cfr.* T.A.R. Sardegna, Sez. I, 5 marzo 2019, 195; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 425, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[87] *Cfr.* I. LAGROTTA, *Commento all'art. 204 del codice dei contratti pubblici*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici, cit.*, 1637.

[88] C*fr.* T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 10 dicembre 2018, n.2335, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 07/12/2016, n.1367, in *l'amministrativista.it*, 2017.

[89] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2019, ord. n. 861; *Id.*, 14 marzo 2017, ord. n.1059, *Id.*, 6 marzo 2017, ord. n. 948, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ante causam, ai sensi degli artt. 56 e 61 c.p.a., si erano manifestati dubbi (risolti nel modo che si è visto della piena compatibilità con il rito in esame) della cautelare collegiale[90].

7. La sussistenza dell'interesse a ricorrere: la parola alla Corte di Giustizia UE e alla Corte costituzionale.

Il profilo problematico più rilevante attinente al rito in esame riguarda l'interesse a ricorrere e la sua sussistenza nel caso dell'impugnazione del provvedimento recante le ammissioni dei candidati (fermo restando il principio generale per cui l'interesse sussiste in re ipsa per quanto attiene all'impugnazione della propria esclusione[91]).

Nelle procedure di evidenza pubblica, infatti, il partecipante è titolare di un interesse c.d. "pieno" rappresentato dall'aspirazione a ottenere l'aggiudicazione della gara, oppure di un interesse c.d. "strumentale", mediante il quale chi agisce in giudizio mira a ottenere l'aggiudicazione attraverso la rinnovazione dell'intera gara[92].

Nel caso del rito super-speciale, invece, vi è un'anticipazione della tutela giurisdizionale, muovendo da una presunzione di lesività del provvedimento che dispone le ammissioni e le esclusioni[93]. Si viene, quindi, a creare un interesse procedimentale ad impugnare le ammissioni di altri concorrenti, che costituisce una tutela "anticipata" rispetto alla lesione di una loro posizione giuridica soggettiva.

Sul tema si sono registrate spinte propulsive contrastanti in dottrina. Da un lato, vi è stato chi ha sottolineato che la ratio della norma qualifica come "bene della vita" cui aspira il partecipante a una procedura di gara, non solo l'aggiudicazione "ma anche, e preliminarmente, la chance di corretta competizione, in modo che la scelta venga operata fra soggetti tutti ugualmente qualificati che, si direbbe nel diritto della concorrenza, competono "sui meriti"[94]; dall'altro lato, vi è stato chi ha osservato che l'atto che dispone l'ammissione di un concorrente alla gara "non impedisce la partecipazione ad alcun [altro n.d.r.] concorrente, né condiziona in alcun modo l'esito finale della procedura"[95], ragion per cui non è possibile configurare alcuna lesione, nemmeno potenziale, al partecipante derivante dalla partecipazione di altri concorrenti.

---

[90] *Cfr.* I. LAGROTTA, *Commento*, *cit.*.

[91] *Cfr.* S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione*, *cit.*, secondo cui "*solo l'esclusione può dirsi integrare una fattispecie di lesività immediata in capo al destinatario*".

[92] *Cfr.* G. CUMIN, *Rito "superaccelerato"*, *cit.*

[93] *Cfr.* G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, *cit.*, 6, in cui si segnala che "*la finzione giuridica opera – come spesso avviene – mediante una tacita presunzione assoluta: che è di lesività e che serve a dare attualità all'interesse a ricorrere*".

[94] *Cfr.* L. TORCHIA, *Il nuovo* Codice, *cit.*.

[95] *Cfr.* S. DETTORI, *Obblighi di pubblicazione*, *cit.*. Per ulteriori considerazioni dottrinali *cfr.* M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale*, *cit.* e Id. *Nuovi ostacoli*, *cit.*; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale*, *cit.*; I. LAGROTTA, *Il rito "super accelerato"*, *cit.*; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso*, *cit.* e L. TORCHIA, *Il nuovo Codice* , *cit.*.

Le predette considerazioni, ampiamente dibattute in dottrina, sono state poste alla base delle ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia Ue e alla Corte costituzionale[96].

In particolare, il T.A.R. Piemonte, con ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018, ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea al fine di risolvere due questioni pregiudiziali:

i) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (artt. 6 e 13 della CEDU, art. 47 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 1 direttiva 89/665/CE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE) ostino a una normativa nazionale quale l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che impone al concorrente di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

ii) se la disciplina europea supra menzionata osti a una normativa nazionale, cioè l'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato[97].

Secondo il T.A.R. rimettente, la normativa nazionale impone al partecipante alla gara "un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto [in quanto n.d.r.] nella fase di ammissione non è ancora delineabile in capo ad alcuno dei concorrenti l'utilità finale rappresentata dall'aggiudicazione della gara" . In altri termini, si vuole evidenziare che sarebbe eccessivamente anticipatorio della tutela, proporre un ricorso avverso le ammissioni e le mancate esclusioni degli altri operatori in una fase in cui il ricorrente potrebbe poi rivelarsi il vincitore della procedura selettiva e quindi non avere più alcun interesse alle contestazioni inerenti i requisiti di partecipazione dei concorrenti. O, viceversa, sarebbe comunque "inutile" proporre il ricorso da parte dell'impresa che risulti essere l'ultima classificata nella selezione e, dunque, in assenza della c.d. "prova di resistenza" per contestare le altrui ammissioni.

---

[96] Le ordinanze menzionate sono del T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018, ord. n. 88, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui i giudici rinviano una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 20 giugno 2018, ord. n. 903 e *Id.* 20 luglio 2018, ord. n. 1097, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*, con cui il Collegio solleva questione di legittimità costituzionale.

[97] Il caso posto all'attenzione del Giudice piemontese riguardava un'impresa seconda classificata che aveva proposto ricorso all'esito del procedimento di gara (cioè ad aggiudicazione avvenuta), lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria per assenza dei requisiti di partecipazione. Secondo la *littera legis* dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile perché tardivo, in quanto proposto a valle della procedura di gara, ben oltre il termine di trenta giorni di cui al comma 2-*bis*.

Il Giudice a quo evidenzia che le norme europee in tema di diritto di difesa presuppongono una tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei ricorrenti, per ciò intendendosi una tutela avverso l'avvenuta lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, essendo da questa lesione che scaturisce l'interesse concreto e attuale alla pronuncia giurisdizionale. In difetto di ciò, si introdurrebbe un'illegittima ipotesi di giurisdizione oggettiva aliena all'ordinamento italiano.
Analogamente al T.A.R. Piemonte, anche il T.A.R. Puglia, sede di Bari, con ordinanza del 20 giugno 2018 n. 903, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per contrasto con gli artt. 3, 24, 111, 113 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[98].
Il punto centrale dell'argomentazione contenuta nell'ordinanza è data dal richiamo dell'art 100 c.p.c., ai sensi del quale, tra le condizioni dell'azione, vi è l'interesse ad agire che deve essere concreto e attuale, in corrispondenza di una lesione effettiva di una posizione giuridica soggettiva. La norma, applicabile nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., costituisce una declinazione nella normativa primaria dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa, di tutela giurisdizionale e di giusto processo. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso non assistito da un interesse concreto e attuale in capo al ricorrente, da intendersi come una qualche utilità che il ricorrente potrebbe perseguire in caso di esito favorevole della controversia (essendo ammesso il c.d. "interesse strumentale").
Poiché il ricorso proposto avverso il provvedimento di ammissione dei concorrenti in una fase "preliminare" della procedura non risulterebbe assistito dal predetto interesse, lo stesso dovrebbe dichiararsi inammissibile, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un'ipotesi di giurisdizione di tipo oggettivo.
In senso parzialmente contrario alle tesi fatte proprie dai Giudici rimettenti, volte a dimostrare l'insussistenza dell'interesse ad agire, si è obiettato che, anche laddove non dovesse sussistere l'interesse ad agire al momento della proposizione del ricorso avverso il provvedimento di ammissione dei concorrenti, tale carenza verrebbe sanata mediante l'eventuale proposizione del ricorso per motivi aggiunti con cui si impugna il provvedimento di aggiudicazione medio tempore intervenuto[99].

---

[98] A differenza del caso trattato dai giudice piemontesi, quello sottoposto al vaglio del T.A.R. Puglia è un ricorso proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. da un'impresa che contestava l'ammissione di altri due RTI concorrenti. La questione di legittimità costituzionale è stata quindi sollevata d'ufficio, secondo le coordinate ermeneutiche fatte proprie dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 8 aprile 1963. In via preliminare, risulta interessante l'argomentazione secondo cui il rito super-speciale deve essere applicato per le sole controversie relative a procedure di gara bandite nella piena vigenza del d.lgs. n. 50/2016, essendo illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara.

[99] *Cfr.* T.A.R. Venezia, Sez. I, 7 gennaio 2019, n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

A breve distanza dall'ordinanza n. 903/2018, il T.A.R. Puglia ha sollevato nuovamente questione di legittimità costituzionale del rito in esame per contrasto con le medesime norme già richiamate nell'ordinanza precedentemente citata ma sulla scorta di un iter argomentativo parzialmente diverso[100]. Infatti, nel ribadire l'applicabilità dell'art. 100 c.p.c. al processo amministrativo, il Giudice rimettente svolge anche una significativa analisi sul concetto di "tutela degli interessi legittimi" e sull'interesse a ricorrere in rapporto al principio di proporzionalità (analizzato anche sotto la lente di ingrandimento della ragionevolezza) alla luce di recenti statuizioni della stessa Corte costituzionale.

Prima di entrare nel merito del ragionamento del Giudice a quo è opportuno precisare che questo specifico caso è analogo a quello posto all'attenzione del T.A.R. Piemonte di cui all'ordinanza n. 88/2018. Il ricorrente, infatti, contesta l'ammissione dell'operatore economico controinteressato in uno con il ricorso avverso l'aggiudicazione. Ne consegue l'irricevibilità del ricorso secondo la norma del 120, comma 2-bis c.p.a. che preclude espressamente una simile impugnazione. Da qui, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio a quo.

Orbene, venendo alla trama argomentativa dell'ordinanza n. 1097/2018, il T.A.R. ritiene che il predicato della personalità, attualità e concretezza dell'interesse (processuale, ben inteso) emergente nel processo amministrativo, oltre a derivare dal tenore letterale dell'art. 100 c.p.c., sarebbe desumibile anche dall'analisi dell'interesse legittimo (ovviamente di natura sostanziale). Ciò discenderebbe proprio dal concetto di "tutela degli interessi legittimi" riconosciuto in Costituzione agli artt. 24, 103 e 113 secondo cui l'azione giurisdizionale in presenza di una lesione attuale e concreta è proposta "personalmente" dal solo ricorrente perché egli è "…l'unico soggetto dell'ordinamento che può vantare autonomamente l'utilità del giudizio e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la doverosità"[101].

In disparte di tale profilo, l'ordinanza n. 1097/2018 riconosce l'esistenza nell'ordinamento di ipotesi normative eccezionali di legittimazione processuale riconosciuta ex lege ad alcuni soggetti pubblici[102], che però riconduce a una situazione di carattere eccezionale riservata – non a caso – ad enti che, per loro natura, perseguono interessi generali. Dunque, è escluso che simili ipotesi legislativamente previste abbiano introdotto una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo.

---

[100] Si tratta dell'ordinanza n. 1097/2018 del 20 luglio 2018, *cit.*.

[101] *Cfr.* T.A.R. Puglia, ord. n. 1097/2018, *cit.*.

[102] Si riferisce alla possibilità per l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato di proporre ricorso giurisdizionale avverso atti amministrativi lesivi della concorrenza ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990 e all'analoga possibilità per l'ANAC di avvalersi di una simile previsione legislativa per l'impugnazione di atti amministrativi affetti da gravi violazioni del codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 211, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 50/2016.

Infine, il T.A.R. analizza i principi di ragionevolezza e proporzionalità alla luce dei principi di diritto stabiliti dalla Corte costituzionale[103]. Dall'analisi condotta dal Giudice rimettente emergerebbe l'irragionevolezza che affligge il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. nella parte in cui da un lato, impone l'onere di impugnazione all'atto (tradizionalmente) endoprocedimentale relativo alle ammissioni e/o esclusioni, sancendo dall'altro lato l'inammissibilità di un ricorso proposto avverso altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività[104].
Dunque il legislatore avrebbe irragionevolmente imposto un onere "inutile" in capo al concorrente-ricorrente al solo fine di pervenire in tempi celeri a una definizione della platea dei candidati. A detta del Giudice rimettente, ciò contrasterebbe con il principio di proporzionalità avendo determinato un ingiusto ed eccessivo sacrificio del privato rispetto agli interessi pubblici di definire le ammissioni dei candidati prima dell'aggiudicazione. Pertanto il Collegio, nello svolgere un'analisi sul principio di proporzionalità per come esso è inteso dal Giudice delle Leggi, ha ritenuto il rito super-speciale non compatibile con il medesimo[105].

8. L'ordinanza della Corte di Giustizia Ue 14 febbraio 2019 (C-54/18) e la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018.
In attesa che si pronunci la Corte costituzionale, hanno nel frattempo dato la loro autorevole risposta la Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata in causa dal T.A.R. Piemonte, e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in materia di impugnazione di clausole del bando di gara, ha colto l'occasione per pronunciarsi anche sul rito super-speciale, sotto il profilo della sussistenza dell'interesse ad agire.
In particolare, l'ordinanza del 14 febbraio 2019 resa dalla IV Sezione della Corte di Giustizia Ue, ha dato risposta affermativa a entrambe le questioni pregiudiziali sollevate dal Giudice nazionale, nel senso di ritenere non ostativa la normativa eurounitaria in materia di diritto di difesa alla disciplina nazionale introdotta dal d.lgs. n. 50/2016.
Sulla prima questione la Corte ha osservato che il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento recante le ammissioni e/o esclusioni è compatibile con le norme europee richiamate "solo a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della

[103] *Cfr.* Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *www.cortecostituzionale.it* per quanto attiene il principio di ragionevolezza.
[104] Il comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. afferma testualmente nell'ultimo periodo "*È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*".
[105] *Cfr.* Corte cost., 20 novembre 2017, n. 241, *Id.* 30 maggio 2016, n. 121, *Id.*, 3 marzo 2016, n. 44, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata"[106]. Inoltre, ha ritenuto immune da ipotesi di violazione del diritto UE l'immediata impugnazione del provvedimento di ammissione, atteso che tale atto è idoneo a cagionare al partecipante un danno diverso ed indipendente rispetto al pregiudizio che gli potrebbe derivare dall'aggiudicazione disposta in favore di un altro concorrente.
Sulla seconda questione, invece, la Corte UE non si esprime direttamente, demandando al Giudice del rinvio di valutare se, nel caso concreto, la ricorrente "sia stata posta effettivamente in condizione di proporre un ricorso entro il termine di decadenza di 30 giorni di cui all'art. 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo"[107].
Dunque, per i giudici di Lussemburgo la normativa italiana di recepimento delle direttive contratti (quale è il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016) non è in contrasto con la disciplina eurounitaria in materia di diritto di difesa.
Per quanto attiene ai giudici interni, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fatto il punto su alcune questioni nel frattempo emerse in giurisprudenza, cercando (ma non riuscendo, come si è visto) di risolvere tutti i dubbi sorti nella prassi.
In particolare, ha stabilito che il comma 2-bis è di stretta interpretazione e che il rito è applicabile "solo nel caso espressamente previsto, e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016"[108]. Inoltre, ha affermato che il rito è utilizzabile solo quando l'esclusione è disposta prima dell'esame delle offerte e non durante la "comprova" dei requisiti in possesso dell'aggiudicatario. Queste due prime conferme dovrebbero definitivamente chiarire le questioni trattate nei precedenti paragrafi 4 e 5. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, sebbene si stia addivenendo a un orientamento giurisprudenziale prevalente, le questioni non appaiono del tutto risolte.
Quanto all'interesse a ricorrere, l'Adunanza Plenaria ha statuito che "con la detta disposizione normativa il legislatore ha inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale". Tale obiettivo è stato conseguito "…attraverso l'emersione anticipata di un distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara". La scelta perseguita dal legislatore non è illogica atteso che "l'anticipata emersione di

[106] *Cfr*. Corte Giustizia UE, C-54/18, *cit*., par. 32.
[107] *Ibidem*, par. 46.
[108] *Cfr*. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

tale interesse procedimentale si giustifica in quanto la maggiore o minore estensione della platea dei concorrenti incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione"[109].
La tesi dell'Adunanza Plenaria muove da una presunzione di lesività del provvedimento di ammissione ed esclusione creata direttamente dalla legge e su cui si fonda la sussistenza dell'interesse ad agire.
L'argomentazione è innovativa, sebbene occorra ricordare che, nel nostro ordinamento, opera una diversa presunzione, quella per cui la P.A. persegue e tutela sempre l'interesse pubblico, spettando al privato dimostrare che ciò non è accaduto.
Portando alle estreme conseguenze la tesi della Plenaria, è lecito domandarsi se la presunzione legale di lesività, oltre a determinare la sussistenza dell'interesse a ricorrere, determini anche una modifica nella ripartizione dell'onere della prova nel processo.
Nel solco di un simile ragionamento, si potrebbe pensare che in capo all'amministrazione, sussista l'onere di provare la non lesività del provvedimento impugnato, mentre il ricorrente potrebbe limitarsi a impugnare senza dedurre particolari vizi, essendo "protetto" dalla presunzione di lesione. Sono evidenti le conseguenze di questa ipotesi "estrema", che condurrebbe a una profonda modifica del ruolo (e dei poteri) delle parti nel processo amministrativo.
Se il processo non sembra concretamente subire modifiche quanto al regime probatorio, potrebbero già aver subito dei cambiamenti le funzioni del giudice amministrativo.
Dall'esame di tutti i profili critici trattati in precedenza e, non ultimo, dalla conformazione di un interesse strumentale che, ancorché separato e distinto dall'interesse generale, sembra assomigliargli molto al punto da renderlo a esso sovrapponibile, vi è il rischio di veder approdare il ricorso giurisdizionale amministrativo verso una giurisdizione di tipo oggettivo, attribuendo al giudice amministrativo una funzione di controllo che non gli appartiene[110].
Tale funzione di controllo si sostanzierebbe nel garantire, non più (o comunque non solo) la tutela delle posizioni giuridiche del privato, ma la mera (e astratta) legalità dell'azione amministrativa per garantire la speditezza della gara. In poche parole, il rischio paventato da parte della dottrina, è quello di assistere a un profondo cambiamento delle funzioni del giudice ammnistrativo: da plesso giurisdizionale

---

[109] *Cfr*. G. SEVERINI, *Il nuovo* contenzioso, *cit*., 6 secondo cui "*questa riforma provvede mediante una tacita* fictio iuris. *Abilitando al ricorso immediato, dà per costituito l'interesse a ricorrere, quasi fosse avvenuto a quel riguardo un effetto di lesione al bene della vita: cioè ad applicarvi – secondo lo schema proprio delle finzioni giuridiche – una fattispecie legale di costituzione della lesione medesima*".

La giurisprudenza ultimamente ha avallato tale ricostruzione operata dalla Plenaria, come riconosciuto da Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4180; Id., Sez. V, 23 novembre 2018, n.6636; Id., 7 novembre 2018, n.6290, tutte in *l'amministrativista.it*.

[110] E.M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere*, *cit*..

titolare di analoghe funzioni, a plesso giusdicente (quasi una sorta di amministrazione giustiziale) con funzioni di controllo.
In conclusione, con la speranza di aver fornito un quadro omnicomprensivo delle problematiche sottese al rito in esame, pare opportuno soffermarsi su una tesi avanzata da autorevole dottrina secondo cui, in luogo dell'immediato ricorso giurisdizionale, il partecipante che intende contestare l'altrui ammissione potrebbe proporre un ricorso amministrativo alla stessa stazione appaltante di modo che, il successivo ricorso giurisdizionale (avverso le aggiudicazioni) censuri le ammissioni nei limiti di quanto dedotto con il ricorso amministrativo e solo se tale ricorso sia stato effettivamente proposto[111].
Quanto agli sviluppi futuri del rito super-speciale, è consentito ipotizzare nuovi orientamenti su tutti (e altri) i temi trattati. Si pensi al contrasto (ad oggi insanabile) sulla decorrenza del termine per impugnare o alla sussistenza dell'interesse a ricorrere.
Invero, ulteriori novelle sul rito in esame, così come sull'intero codice dei contratti pubblici, potrebbero pervenire dal legislatore. Infatti, nel Consiglio dei Ministri del 28 febbraio 2019, il Governo ha approvato un disegno di legge recante un ampio esercizio di deleghe tra cui è inclusa anche la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie "riducendo gli oneri di impugnazione degli atti delle procedure di affidamento"[112]. In data 20 marzo 2019 il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto legge, meglio noto come "sblocca cantieri", che si prefigge l'obiettivo di abrogare i commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a. eliminando quindi il rito super-speciale sul presupposto che esso è "una norma che rischia di comprimere il diritto di difesa ex art. 24 Cost."[113].
Orbene, se da un lato la decisione trova ampia condivisione tra gli addetti ai lavori e gli operatori economici, va anche detto che la modifica – per quanto è dato sapere e al netto di eventuali modifiche apportate nei successivi passaggi legislativi – potrebbe far emergere nuove questioni problematiche. Infatti, il Governo non avrebbe intenzione di modificare l'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 che impone alle stazioni appaltanti di pubblicare il provvedimento recante le ammissioni ed esclusioni, con la conseguenza che si perverrebbe alla paradossale situazione per cui

[111] *Cfr.* R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, fasc.5, 2016, 1107, in cui si evidenzia, tra l'altro, che per ridurre il contenzioso e la sua durata "*occorre lavorare a "monte" del processo", investendo su mezzi deflattivi quali,* in primis, *le regole chiare, il soccorso istruttorio, i criteri reputazionali, i rimedi precontenziosi. Occorre anche lavorare "sul processo e nel processo", con scelte di sistema, quali la sinteticità degli atti, la specializzazione del giudice, il ruolo nomofilattico dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato* […] *In conclusione la velocità del processo non dipende dalle norme processuali e la sua accelerazione non si consegue con il convulso succedersi delle leggi, è piuttosto questione di organizzazione delle risorse umane, da una parte, e di "cultura del processo", dall'altra*".

[112] *Cfr.* art. 1, comma 2, lett. *h)*, del d.d.l. approvato in Consiglio dei Ministri in data 28 febbraio 2019, reperibile su *www.governo.it e www.giurdanella.it.*

[113] *Cfr.* relazione allegata allo schema del decreto legge "sblocca cantieri" all'esame del Governo e reperibile su *internet* e, tra i vari siti, su *www.lavoripubblici.it*. Si veda anche *www.governo.it*.

la pubblicazione del provvedimento sarebbe comunque dovuta dall'amministrazione ma l'operatore economico non avrebbe più lo strumento per impugnarlo immediatamente.
Sotto quest'ultimo profilo si segnala che la Corte di Giustizia Ue ha ritenuto necessario sottoporre allo scrutinio giurisdizionale la fase di ammissione dei candidati a una procedura di gara[114]. Dunque, posto che un controllo giurisdizionale su tale fase è ineludibile, dovrà valutare il legislatore come modificare il contenzioso in materia di contratti pubblici nel rispetto dei suddetti principi eurounitari.

[114] *Cfr.* Corte Giustizia UE, 5 aprile 2017, C-391/15, *Marina del Mediterraneo*, in *www.curia.europa.eu*, in cui si afferma il principio di diritto per cui deve essere consentita l'impugnazione di un atto "preparatorio" di una gara qualora questo risulti (o, più correttamente, qualora il ricorrente lo ritenesse) in contrasto con il diritto dell'Ue.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Contributo alla riflessione in materia di qualificazione ed esecuzione di contratti pubblici da parte dei consorzi stabili.

di Valentina Bartoli

(Avvocato)

Sommario

1. Introduzione. 2. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel vecchio codice. 2.1. La disciplina dell'istituto nei consorzi stabili operanti nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture. 2.2. La teoria del mutualismo consortile. 3. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel nuovo codice. 3.1. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 ante correttivo. 3.2. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 post correttivo. 4. Considerazioni e previsioni sul regime da applicare all'istituto del cumulo alla rinfusa al termine del periodo transitorio.

Abstract

The expression "*cumulo alla rinfusa*" refers to the instrument through which the stable consortia of companies ("*consorzi stabili*"), one of the possible forms of aggregation of economic operators for the participation in public tender procedures in Italy, attests the possession of the economic and technic requirements through the use of those of the associated companies and, successively, assume on their own or distribute among their members, in whole or in part, the execution of the awarded contracts. The above mentioned description of the "*cumulo alla rinfusa*" arises from the repealed public contracts code but its continuing existence seems to be questionable in the light of art. 47 of the new public contract code (legislative decree n. 50/2016). The paper aims to critically analyze the legal institute in its evolution under both the old public contract code and the new one.

1. Introduzione

Il presente scritto è dedicato alla disamina di un momento settoriale del diritto dei contratti pubblici, ovverosia alle modalità attraverso le quali i consorzi stabili sono legittimati ad operare, ai sensi del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per l'aggiudicazione e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture da rendere in favore di stazioni appaltanti. In particolare, vengono esaminate le modalità attraverso cui i consorzi stabili *i)* possono comprovare la titolarità dei requisiti richiesti dai bandi di gara onde prendervi parte e *ii)* possono organizzarsi per eseguire le prestazioni contrattuali (in proprio o avvalendosi dei propri consorziati o di soggetti terzi).

Si premette che, nel prosieguo, per sinteticità espositiva ed onde focalizzare l'attenzione sui temi innanzi indicati, ci si esimerà dal fornire una ricostruzione generale dell'istituto, dal riferire dei molti punti di analogia e di distinguo che esso presenta con figure attigue (*in primis* le altre forme consortili e i raggruppamenti di imprese) e dal dare conto dei molti problemi (ulteriori rispetto a quelli selezionati nella presente indagine) emersi in sede applicativa nel corso degli anni. Nel far ciò, si confida invero di non far torto al lettore, essenzialmente perché in dottrina sembra disporsi di contributi di assoluto pregio e profondità[1], che hanno ricostruito e commentato, con dovizia anche di spunti interdisciplinari (la comparazione con il diritto civile), i tratti qualificanti l'istituto[2] .

Anche per questa ragione (ma non senza che gli scritti appena richiamati presentassero indicazioni di grande utilità) è parso maggiormente opportuno soffermarsi sui temi anzidetti, ovverosia su quel complesso di questioni che, con formula sintetica, va sotto il nome di "cumulo alla rinfusa" (*id est*, l'espressione che compendia l'insieme di possibilità attraverso cui i consorzi stabili di imprese si qualificano, attestano in gara il possesso dei requisiti e assumono in proprio o distribuiscono tra i consorziati l'esecuzione delle commesse ottenute in aggiudicazione).

Le ragioni di una scelta di tal fatta paiono emergere, in maniera alquanto chiara, dal raffronto tra la previgente disciplina (il vecchio d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, peraltro, tutt'ora in vigore fino al termine del periodo transitorio di cui si dirà) nell'ambito del

[1] Si veda P. CARBONE, La disciplina dei consorzi stabili nel codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo il primo decreto correttivo (D.lgs. n. 56/2017) in Riv. Trimestrale appalti 2018.

[2] Si rinvia ai precedenti saggi sui consorzi stabili: P. CARBONE, Aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, in Riv. Trim. degli appalti, 2003, p. 67 e ss.; P. CARBONE, Persistenti aspetti problematici della disciplina dei consorzi stabili di imprese, dopo il secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113) al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ivi, 2007, p. 923 e ss.; P. CARBONE, Ancora sulla partecipazione del consorzio stabile e del consorziato alla medesima gara (considerazioni dopo il terzo decreto correttivo - d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 - al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), ivi, 2009, p. 465 e ss., nonché in Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale¸ a cura di C. FRANCHINI E F. TEDESCHINI¸ Torino, 2009, p. 109 e ss. e P. CARBONE, I consorzi stabili nella giurisprudenza, in Riv. Trim. degli appalti, 2011, p. 521 e ss..

quale l'istituto del "cumulo alla rinfusa" si è affermato e il testo dell'art. 47 del nuovo Codice dei Contratti (il d.lgs. 50/2016), il quale, tanto nel comma 1, che nel comma 2, sembra porre in discussione la perdurante vigenza di quell'istituto (quantomeno nell'ampiezza con cui in passato lo si è declinato). Ciò sotto il profilo tanto della facoltà di *"avvalersi"* dei requisiti dei consorziati (che il primo comma limita *"alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo"*), quanto sotto quello di ridistribuire liberamente l'esecuzione della commessa tra consorziati pur in assenza di una simmetria tra quote di esecuzione e corrispondenti requisiti (considerando che, al comma 2, espressamente si prevede che *"al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto"*).

Nel solco di quest'impostazione, occorre premettere che l'indagine in materia è resa quanto mai problematica non solo dal portato storico dell'istituto (*id est* dal modo in cui fino ad oggi esso è stato interpretato dalla giurisprudenza e dal legame storicamente accordatogli con il principio di massima partecipazione delle imprese alle gare) e dalla stessa lettera della legge (oggi come allora di complessa esegesi) ma dal fatto che, allo stato, non si dispone di una disciplina definita, necessitando l'istituto del completamento regolatorio che, ai sensi dell'art. 83 co. 2 del codice dei contratti pubblici, conseguirà all'approvazione, previa proposta dell'ANAC, del decreto del Ministero delle Infrastrutture in materia di sistema di qualificazione.

Proprio in considerazione delle ragioni anzidette, il metodo di indagine che appare più corretto risulta quello di seguire l'istituto nella sua evoluzione ed affermazione sotto la vigenza del vecchio codice (differenziando, peraltro, tra consorzi di lavori e consorzi di servizi e forniture), onde poi raffrontare quelle conclusioni (sempre differenziate tra differenti tipologie di consorzi) con la nuova disciplina. Ciò anche alla luce delle indicazioni provenienti dalla bozza di proposta elaborata dall'ANAC nell'ambito del dialogo volto alla approvazione del decreto ministeriale innanzi richiamato [3] .

Il tutto, peraltro, avvertendo fin da ora della necessità di distinguere tra regolamentazione "a regime" (*id est* a decreto ministeriale approvato) e regolamentazione transitoria (*id est* fino all'approvazione del decreto), segnalando

[3] Cfr. Anac 12 maggio 2017 - Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro; Anac 12 maggio 2017 – Documento di consultazione sulla Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, art. 23 – relativo alla qualificazione dei consorzi stabili nel settore lavori.

altresì che quest'ultima si presenta di peculiare interesse dal momento che, nell'esaminarla, la giurisprudenza ha riproposto il controverso distinguo tra disciplina applicabile in caso di lavori e quella propria dei consorzi di servizi e forniture.
Resta, infine, da evidenziare che il tema del "cumulo alla rifusa" e delle sue evoluzioni presenta motivi di interesse non solo in quanto tale ma anche in ragione della comparazione che si rende possibile con il sistema della partecipazione a mezzo di raggruppamenti di imprese o tramite avvalimento. Quanto a quest'ultimo, ci si limita per ora a rammentare di quanto severo sia stato l'inasprimento delle regole volte a rendere effettiva la messa a disposizione dei requisiti in favore dell'impresa ausiliata. Al contempo, sono note (ma verranno comunque considerate) le perduranti oscillazioni giurisprudenziali circa la necessità che, una volta costituitisi in ATI, i singoli membri della compagine siano effettivamente titolari in proprio della porzione dei requisiti necessaria ad adempiere alla quota parte di commessa rispettivamente assunta. Tutto questo per dire che la posizione che si intenda prendere in ordine al tema della facoltà di redistribuire tra i membri del consorzio la commessa e della necessità che detti consorziati siano (o meno) effettivamente qualificati non può che essere letta nell'ambito più generale dei sistemi di qualificazione dei gruppi associati e dei rapporti di ausilio per come appena adesso sinteticamente tracciati. In questa prospettiva, infine, non pare inutile rivolgere lo sguardo anche all'istituto delle imprese cooptate (perdurante anomalia del sistema della esecuzione dei contratti pubblici).

2. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel vecchio codice.

2.1. La disciplina dell'istituto nei consorzi stabili operanti nei settori dei lavori, dei servizi e delle forniture.

L'istituto del "cumulo alla rinfusa", come sopra accennato, trova la propria affermazione nel vecchio codice dei contratti pubblici nonché nel relativo regolamento di esecuzione ed attuazione (il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)[4] .
Nell'esaminarli, per comprensibili ragioni, ci si riferirà (pur consapevoli dei diversi interventi riformatori succedutisi nel tempo) unicamente alle versioni delle norme pertinenti in essere prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, quale esito di un'elaborazione (anzitutto) normativa, che dottrina e giurisprudenza avevano interpretato come consacrazione dell'istituto di interesse.
Si rammentano in particolare le disposizioni di cui all'art. 36 del previgente codice e segnatamente quelle di cui ai commi 2, 5 e 7 (in realtà è l'intero articolo ad offrire

[4] Precedentemente si vedano le disposizioni della l. 11 febbraio 1994, artt. 10-12, nonché quelle del relativo regolamento (art. 97 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

indicazioni in merito e, tuttavia, le disposizioni di maggior rilievo appaiono quelle citate, sicché è ad esse che conviene fare riferimento per chiarezza e sinteticità espositiva). Quanto al primo (comma 2), esso stabiliva che "*il regolamento stabilisce le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente; stabilisce inoltre i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione*". Quanto al secondo (comma 5), il vecchio codice prevedeva, per quanto di interesse, che "*I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara*". Infine il comma 7 disponeva che "*il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. Per i lavori la qualificazione è acquisita con riferimento ad una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 40, comma 7, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui al regolamento, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche*".

Venendo alla disciplina dettata dal regolamento, era (ed è tutt'ora e fino alla conclusione del periodo transitorio posto dall'art. 216, comma 14, d.lgs. 50/2016) rilevante il riferimento all'art. 94 del d.P.R. 207/2010 in virtù del quale:

- i consorzi stabili eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante (comma 1);
- i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti (comma 2);
- il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile (comma 3);

- in caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente (comma 4).
La disciplina, relativamente ai lavori, si compone, peraltro, dell'art. 81 del d.P.R. 207/2010, il quale, tuttavia, si limita a rinviare – in tema di sistemi di qualificazione – al già richiamato comma 7 dell'art. 36 del vecchio codice.
Alla disposizione appena richiamata, si aggiunge quella di cui all'art. 277 del d.P.R. 207/2010, che, riferendosi ai servizi ed alle forniture, stabiliva (l'imperfetto è d'obbligo risultando la norma abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera *u)*, numero 2), del nuovo codice) che ai consorzi stabili per servizi e forniture si applicano le disposizioni di cui all'articolo 94, commi 1 e 4 e che la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture andasse valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. Aggiungeva, infine, il comma 3 che per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.
Sia che si trattasse di lavori, sia che si vertesse in materia di servizi e forniture, l'idea che nell'ambito dei consorzi operasse il regime del cumulo alla rinfusa riposava non solo (e verrebbe da dire) non tanto sulle norme in parola, quanto prim'ancora sulla c.d. teoria organicistica, in virtù della quale le imprese consorziate (e ciascuna di esse in rapporto al consorzio) risultano avvinte da un vincolo mutualistico, assunto in ragione delle utilità che detta unione è in grado di dischiudere in favore di ciascuna di esse (segnatamente la partecipazione a procedure di evidenza pubblica che altrimenti sarebbero a ognuna singolarmente precluse o che, comunque, esporrebbero all'onere estemporaneo di costituirsi in raggruppamenti temporanei o di ricorrere all'avvalimento)[5].

[5] *Cfr.* Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563, in cui si afferma che il modulo del consorzio stabile concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento *ex* art. 49 d.lgs. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente (nella fattispecie, venne ammessa la sommatoria dei fatturati specifici delle imprese consorziate designate quali esecutrici dei servizi, al fine di comprovare il requisito di capacità economico-finanziaria), richiamato da G. FISCHIONE in Finalmente chiarezza sull'operatività dei consorzi stabili nel settore delle forniture e dei servizi: il Consiglio di Stato rivitalizza l'istituto, in www.giustamm.it, 2019; nonché G. FISCHIONE, I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.lgs. 50/2016, in www.giustamm.it, 2017; *cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 22

2.2. La teoria del mutualismo consortile.

Il mutualismo consortile, dunque, può dirsi alla base del citato comma 7 dell'art. 36 (ed altresì dell'art. 94, comma 2 del d.P.R. 207/2010) e del principio esplicitato dall'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010 che riconosce in materia di lavori al consorzio stabile la facoltà di eseguire le prestazioni con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara. In virtù delle norme in parola, il consorzio ha facoltà di qualificarsi in proprio ricorrendo, nei termini del comma 7, alle qualificazioni detenute dalle consorziate e può altresì eseguire le prestazioni in proprio ovvero ricorrere alla mutualità operativa delle consorziate indicate in gara.

Un siffatto mutualismo si è ritenuto potesse dispiegarsi in un duplice senso, verso l'alto, consentendo che la qualifica del consorzio potesse essere ottenuta assommando in se le possibilità offerte dalle singole consorziate (alle condizioni del comma 7), verso il basso, trasferendo alle consorziate in fase esecutiva la realizzazione dei lavori acquisiti dal consorzio[6]. Ciò, peraltro, con un corollario: nel silenzio delle norme, il cumulo alla rifusa si è ritenuto che potesse sostanziarsi anche nella libertà per il consorzio di affidare porzioni di contratto a sue imprese, indipendentemente dalla titolarità da parte di quest'ultime, chiamate operativamente in causa, delle necessarie qualificazioni. Il ragionamento si fondava sul fatto che con la qualificazione del consorzio (avvenuta, se del caso, anche a mezzo delle consorziate) la richiesta di requisiti (e sottese garanzie) da parte della stazione

---

gennaio 2015, n. 244, il quale ha affermato che in materia di gare pubbliche la connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori e che, in dipendenza di tale circostanza, l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio stesso, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese. In conseguenza di ciò, non solo la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice investe esclusivamente il consorzio senza estendersi in via solidale all'impresa incaricata dell'esecuzione del contratto, ma la verifica dei requisiti di qualificazione avviene in capo al consorzio che a tale fine può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate; *cfr.* T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, n. 1709/2016, secondo il quale il modulo associativo del consorzio stabile dà vita ad un soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica, che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese associate, in forza del quale può giovarsi, senza dover ricorrere all'avvalimento, degli stessi requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (d.lgs. n. 163/2006).

[6] Si veda G. FISCHIONE, I consorzi stabili tra conferme e novità alla luce del D.lgs. 50/2016, in www.giustamm.it, 2017, pag. 7.

[7] In relazione al d.P.R. n. 554 del 1999, sembrava favorevole a tale eventuale interpretazione G. STANCANELLI, Consorzi stabili di imprese, in AA.VV., Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI E G. STANCANELLI (a cura di), Milano, 2001, 397, per il quale «poiché (…) il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione delle singole imprese consorziate, per rispettare quanto stabilito dall'art.8 della legge, si deve (…) concludere che l'esecuzione dei lavori da parte delle imprese consorziate presuppone che le stesse siano in possesso della qualificazione necessaria per l'esecuzione dell'opera di cui si tratta, non essendo sufficiente quella del consorzio».

appaltante fosse stata già assicurata[7]. A supporto di tale impostazione, peraltro, pareva porsi lo stesso diritto positivo, ed in particolare l'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010, il quale nel riconoscere ai consorzi stabili la facoltà di avvalersi per l'esecuzione dei propri consorziati indicati in sede di gara non esplicitava la necessità da parte di costoro della titolarità di requisiti in misura corrispondente alla quota di esecuzione ricevuta.

Si tratta, invero, di una peculiarità propria dell'istituto in esame, che presenta tuttavia assonanze – come si dirà – con la giurisprudenza maturata in materia di qualificazione dei raggruppamenti temporanei nei settori dei servizi e delle forniture[8] e con l'istituto delle imprese cooptate.

Questa impostazione, a riprova di quanto l'istituto del cumulo alla rinfusa abbia anzitutto matrice in una precisa visione culturale del ruolo dei consorzi stabili nella legislazione dei contratti pubblici, si ritrovava anche nell'ambito delle riflessioni in materia di consorzi di servizi e forniture. Ciò con il confronto dell'art. 277 del d.P.R. 207/2010, che richiamava espressamente l'art. 94, commi 1 e 4 del medesimo decreto[9]. Come si è detto e, come si avrà modo di vedere, l'articolo in parola è stato abrogato, sicché occorrerà incaricarsi di verificare specificamente quale possa dirsi oggi la sorte del cumulo alla rinfusa nel settore dei servizi e delle forniture. Ciò nell'ambito di una riflessione più generale che tenga conto di quella giurisprudenza (appresso indicata) propensa ad emancipare l'istituto da una linea di sostanziale continuità con il passato, limitando l'accesso alle sinergie mutualistiche unicamente in relazione alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo[10].

---

[8] *Cfr.* T.A.R. Puglia, Bari, Sezioni Unite, 1 Ottobre 2018, n. 1250, il quale, sulla base dell'assunto che i requisiti di qualificazione devono essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso e non dalla singola impresa esecutrice, afferma che: "E' possibile che nelle gare per l'affidamento di servizi cui partecipino RTI, nel caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara possa essere svolto da esecutori privi del requisito. Nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi cui partecipino raggruppamenti temporanei di imprese il possesso dei requisiti speciali di partecipazione "può", ma non "deve" attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Ne consegue che, nell'ipotesi di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento".

[9] Si veda G. FISCHIONE, I consorzi stabili tra conferme e novità, in www.giustamm.it, 2017, pag. 4.; nonché ID., Finalmente chiarezza sull'operatività dei consorzi stabili, in www.giustamm.it, 2013, pag. 3.

[10] *Cfr.* T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2017, n. 1385, ai sensi del quale: "[…] non può del resto essere invocata la disciplina transitoria di cui al combinato disposto degli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, d.lgs. n. 50 del 2016, in forza del quale - fino all'adozione delle linee guida sul sistema di qualificazione, casi e modalità di avvalimento, requisiti e capacità dei concorrenti - continuano ad applicarsi "in quanto compatibili" le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010. In primo luogo, le richiamate previsioni riguardano la sola qualificazione per l'affidamento di lavori, e non anche di servizi, come inequivocabilmente si

3. Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa nel nuovo codice.

3.1. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 ante correttivo.

In relazione al nuovo codice, occorre innanzi tutto osservare che il testo attualmente in vigore dell'art. 47 – a seguito degli interventi apportati dal decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56 – presenta modifiche sostanziali rispetto all'originaria versione. In un primo momento, infatti, la conformazione che il legislatore aveva dato all'istituto si sostanziava nella previsione (di fatto rimasta intatta a seguito del correttivo) per cui i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stabili con le modalità previste dal codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate. A ciò si aggiungeva un secondo comma a mente del quale si riconosceva ai consorzi stabili – per un lungo periodo (i primi cinque anni dalla loro costituzione) – di partecipare alle gare "avvalendosi" dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate ed esecutrici.

La norma, nella versione originaria appena richiamata, era stata interpretata dalla dottrina [11] nel senso di un'inversione di tendenza rispetto al sistema previgente, sopra descritto. Sembrava, infatti, superato il criterio del cumulo alla rinfusa per la qualificazione dei consorzi stabili: i soli requisiti posseduti dalle imprese consorziate che avrebbero potuto essere cumulati in capo al consorzio erano quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera ed all'organico medio annuo. La deroga introdotta dal comma 2 dell'art. 47, per il tempo limitato dei primi cinque anni di costituzione dei consorzi stabili, avrebbe, invece, consentito, di cumulare (alla rinfusa e, dunque, in continuità con il passato) tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti, però, dalle sole imprese consorziate indicate come esecutrici.

Il cumulo, dunque, nell'impianto della prima versione dell'art. 47 si presentava circoscritto nell'oggetto (attrezzature, mezzi e organico medio), limitato nel tempo

ricava dal tenore letterale dell'art. 83, comma 2, cit.; e, comunque, il limite dichiarato della compatibilità con le nuove regole impedisce l'integrale applicazione del d.P.R. n. 207 del 2010, rimanendone esclusa, per quanto qui interessa, proprio la disciplina in materia di qualificazione dei consorzi, incompatibile con il testo originario del sopravvenuto art. 47, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (l'art. 81 del d.P.R. n. 207 del 2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, incompatibile con la regola, inizialmente introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che non permetteva di sommare in capo ai consorzi stabili i requisiti delle imprese esecutrici, una volta decorso il quinquennio dalla costituzione)."

[11] Si veda F. SCALIA, La travagliata recente storia del "cumulo alla rinfusa" per la qualificazione dei consorzi stabili, in Urb. App., 2018, p. 85.

quanto ad applicazione generalizzata (il primo quinquennio per i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi) e, sempre nella vigenza del periodo transitorio, limitato soggettivamente (in favore delle sole imprese esecutrici). Ciò con il conforto della giurisprudenza, secondo la quale sembrava per tal via, superato, *a regime,* il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa[12]. La disposizione, inoltre, nella genericità del tenore letterale prescelto, sembrava offrire una presa di posizione abbastanza nitida in ordine alla sua riferibilità ai consorzi attivi in tutti e tre i settori del codice (lavori, servizi e forniture).

La norma, peraltro, sempre nella primigenia versione, non si occupava del regime applicabile ai rapporti interni al consorzio (cosa che in termini espressi perdura ancora oggi), in particolare sotto il profilo della facoltà di ridistribuire la commessa tra le imprese consortili e di conseguenza alcuna indicazione veniva fornita in ordine alla necessaria (o meno) titolarità da parte delle ditte consorziate esecutrici dei requisiti necessari alla realizzazione delle porzioni di attività loro affidate. Invero, fino all'approvazione dell'atteso decreto ministeriale, per i lavori detta facoltà avrebbe potuto ritrarsi dalla perdurante vigenza dell'art. 94, comma 1 del d.P.R. 207/2010. Più in generale ed in assenza di una presa di posizione espressa circa la disciplina a regime in merito alla possibilità di avvalersi per l'esecuzione di imprese consorziate (anche non qualificate), ben si sarebbe potuta sostenere la prospettiva di una limitazione del mutualismo consortile alla sola disponibilità di mezzi e attrezzature, cui il consorzio avrebbe, però, potuto attingere liberamente, senza necessità di indicare imprese esecutrici in gara. Ciò peraltro in linea di coerenza con

[12] *Cfr.* Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2018, n. 5427: "Il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, nel delineare i tratti distintivi dei consorzi stabili, riproduce solo in parte la disciplina previgente. In particolare, l'art. 45, dedicato agli operatori economici, definisce consorzi stabili quelli costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 *ter* c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, "formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa" (comma 2, lett. c). Inoltre, l'art. 47, comma 1 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento (dei consorzi stabili, come anche dei consorzi di cooperative di cui all'art. 45, comma 2 lett. b) debbano essere posseduti e comprovati con le modalità previste dal codice, "salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate". Il comma 2, nella sua originaria formulazione, introduceva, peraltro, per i soli consorzi stabili, una deroga alla statuizione contenuta nel comma 1, operante per i primi cinque anni dalla costituzione: periodo nel quale gli stessi avrebbero potuto, ai fini della partecipazione alla gara, cumulare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici. Sembrava, per tal via, superato, a regime, il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa: i soli requisiti posseduti dalle imprese consorziate suscettibili di valorizzazione cumulativa in capo al consorzio erano, infatti, quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera ed all'organico medio annuo. La deroga introdotta dal comma 2 dell'art. 47 per i primi cinque anni di costituzione dei consorzi stabili, avrebbe, invece, consentito di cumulare tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti, però, dalle sole imprese consorziate indicate come esecutrici".

la stessa definizione data anche dal nuovo codice per in consorzi stabili, in cui risulta valorizzata la dotazione stabile di una comune struttura di impresa (art. 3, comma 45, lett. *c)*: *"[…] I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa"*) [13] . Non può

[13] Per comune struttura di impresa la giurisprudenza ha inteso quella circostanza che rappresenta il tratto differenziale tra i consorzi stabili e quelli ordinari. Il TAR Veneto, Sez. I, 8 aprile 2016, n. 362 ha affermato che: "…ai fini dell'ammissione alle procedure ad evidenza pubblica, la distinzione tra consorzi stabili ed ordinari risiede, al di là di aspetti nominalistici e formali, nella circostanza che, a differenza di quello ordinario, il consorzio stabile ha una durata e una composizione consortile minima prefissata e, soprattutto, è caratterizzato dalla presenza di una comune impresa effettivamente costituita. A ciò consegue che i consorzi stabili sono destinati per loro natura allo svolgimento di una serie di attività permanenti nel tempo e certamente non legate al singolo appalto; di contro i consorzi ordinari sono di regola costituiti al fine di partecipare ad una singola gara o alla realizzazione di un singolo appalto. La connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate alle quali affida i lavori e, in dipendenza di tale circostanza, l'attività compiuta dall'impresa consorziata si imputa al consorzio stesso, il quale si qualifica come soggetto giuridico autonomo che opera in base ad uno stabile rapporto organico con le imprese". Recentemente, si veda Consiglio di Stato, Sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865, ai sensi del quale: "I consorzi stabili sono soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate. Si tratta, dunque, di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da una esigenza di cooperazione e di assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come un soggetto distinto.[…] l'elemento essenziale per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio le prestazioni previste dal contratto". Si veda anche. TAR Lazio, Sez. *III-ter*, 18 maggio 2016, n. 5883, secondo cui "il tratto caratterizzante i consorzi stabili è l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa", che consenta al consorzio stesso di "eseguire direttamente … le prestazioni affidategli, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle ditte consorziate". Tale circostanza è desumibile, peraltro, "anche dalle disposizioni che ne delineano in concreto l'operatività", le quali, "nel devolvere alla fonte regolamentare la fissazione di "condizioni" e "limiti" alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni "anche tramite affidamento ai consorziati", lascia chiaramente intendere come la modalità elettiva di partecipazione alle gare del consorzio stabile sia quella che preveda l'esecuzione delle prestazioni stesse "con la propria struttura" (cfr. l'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 163/06 e l'art. 94, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010)". Ancora, *cfr.* TAR Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 958, secondo cui, fermo restando "che *singulatim* e occasionalmente, i contratti possano essere eseguiti dalle singole società [sue] componenti", la struttura consortile, per essere considerata come un consorzio stabile, deve essere comunque "in grado di eseguire i contratti di appalto mediante la comune struttura di impresa, senza dovere necessariamente utilizzare la struttura delle singole società componenti". Il Legislatore ha infatti inteso scongiurare l'eventualità "che le attività affidate dalla p.a. al consorzio stabile vengano necessariamente svolte dalle singole imprese consorziate sulla base delle c.d. lettere di assegnazione, il che si produrrebbe ove non esistesse o non fosse normativamente imposta la divisata autonoma comune struttura di impresa" (v. anche Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524) e TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 10 gennaio 2007, n. 36, la quale ha confermato che "a differenza degli ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi, che possono dotarsi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i Consorzi stabili devono, invece, dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa, al fine di essere in grado di eseguire direttamente i lavori loro affidati, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate" (v. anche TAR Puglia, Bari, sez. I, 11 febbraio 2010, n. 386). Giova citare anche la determinazione ANAC n. 11 del 9 giugno 2004, recante l'"*Atto di indirizzi integrativi sulla natura e sulla qualificazione dei consorzi stabili*". Con tale deliberazione, l'Autorità

negarsi, tuttavia, di quanto questa prospettiva potesse costituire momento di frattura rispetto alla conformazione tradizionale dell'istituto, intaccando la ben precisa visione del mutualismo consortile maturata storicamente (*id est* la facoltà di avvalersi delle consorziate in fase di esecuzione anche prescindendo dalla specifica qualifica di ciascuna di esse in merito alle porzioni di contratto affidato loro in esecuzione).

3.2. Il sistema del cumulo alla rinfusa nell'art. 47 post correttivo.

Il legislatore, come accennato, è intervenuto profondamente sull'istituto in parola. L'art. 47 del codice, infatti, se è rimasto immutato nella lettera del primo codice, è stato profondamente rivisto nel secondo comma. Quest'ultimo, oggi, non solo non prevede più alcun limite temporale (il quinquennio innanzi trattato) ma è stato riformato nei seguenti termini: i consorzi stabili, al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Risulta poi affidato al regolamento ministeriale in materia di qualificazione nei lavori (art. 83, comma 2), la definizione dei criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

La norma, così ripensata, pone questioni complesse. Quella centrale, ovviamente, è data dall'interrogativo circa la perdurante operatività dell'istituto del cumulo alla rinfusa. Più a monte, si colloca la questione dell'ambito di applicazione oggettivo della disposizione, ovverosia della possibilità di applicarlo tanto ai lavori, quanto ai servizi e alle forniture.

---

ha specificato che, "a differenza degli indicati ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi di diritto civile, che possono dotarsi anch'essi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono stati costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i consorzi stabili devono … dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa attraverso cui essere in grado d'eseguire direttamente i lavori affidati senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate. La comune e stabile struttura d'impresa costituisce, pertanto, elemento indispensabile per l'esistenza del consorzio stabile; essa identifica l'azienda consortile attraverso la quale il consorzio, in quanto impresa di imprese, può eseguire direttamente i lavori (cfr., sul punto, anche il parere di precontenzioso n. 122/2012, reso dall'Autorità in data 19 luglio 2012, secondo cui "il possesso di un'autonoma struttura d'impresa, capace di eseguire direttamente le prestazioni assunte, costituisce il requisito essenziale di cui deve essere dotato un operatore economico per potersi qualificare come consorzio stabile, in quanto tale peculiare soggetto giuridico assume, tra le altre cose, il ruolo di "unico interlocutore con l'amministrazione appaltante", che "imputa direttamente a sé stesso la titolarità del contratto e la realizzazione dei lavori … anche quando si avvale, ai fini della esecuzione, di una o più imprese consorziate"). In dottrina, si veda D. ARCHILLETTI, La comune struttura di impresa nel consorzio stabile: un problema latente ma sempre attuale, in www.giustamm.it, 2019, pag. 9 il quale afferma che: "…alla luce delle disposizioni contenute nel vecchio codice dei contratti pubblici, un consorzio stabile, per essere qualificato tale, deve essere dotato di una comune struttura di impresa in grado di eseguire autonomamente le prestazioni assunte all'esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, senza dover necessariamente ricorrere all'ausilio dei propri consorziati".

Si tratta, è bene osservarlo fin da subito, di una norma di non felice formulazione (o, comunque, di complessa esegesi), in relazione alla quale lo sforzo di ricondurla a sistema (orientandosi tra i presupposti culturali dell'organicismo mutualistico tipico del consorzio e le scelte di politica legislativa) risulta vieppiù affaticato dal fatto che la definizione ultima delle regole si avrà invero solo quando sarà stato adottato l'atteso decreto ministeriale di cui all'art. 83, comma 2 del codice che, per i lavori, su proposta dell'ANAC e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, disciplinerà il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente, anche in riferimento ai consorzi stabili. Si rammenta che, fino all'adozione del decreto ministeriale, ai sensi dell'articolo 216, comma 14 continuerà ad applicarsi il regolamento 207/2010. Nell'attesa del decreto ministeriale, ciò di cui ad oggi si dispone è la bozza di proposta dell'ANAC dalla quale, senza dubbio, è possibile ritrarre indicazioni per la ricostruzione del sistema (quanto ciò poi costituisca, ad avviso di chi scrive, corretta declinazione degli intendimenti legislativi di cui all'art. 47 dovrà essere attentamente valutato)[14] .

Quel che appare plausibile, in ogni caso, è che la riformulazione del secondo comma dell'art. 47 - e, segnatamente, la scomparsa di ogni riferimento al quinquennio transitorio – non pare potersi spiegare, già solo alla luce della lettera della legge, come ritorno indiscriminato all'istituto del cumulo alla rinfusa affermatosi sotto il vecchio codice. Piuttosto, la norma sembra dar luogo ad un nuovo ordine di possibilità organizzative, in un'ottica – come si intende dire nel seguito – volta al contemperamento tra l'esigenza di preservare all'istituto del consorzio stabile l'utilità mutualistica che lo connota e quella di assicurare, in nome del pubblico interesse, che l'esecuzione delle commesse pubbliche risulti sempre affidata a soggetti effettivamente titolari dei requisiti di qualificazione.

Venendo al merito delle questioni, ci si intende soffermare in prima battuta sul tema dell'applicabilità delle previsioni di cui all'art. 47 (ed, in particolare, del secondo comma) non solo ai lavori ma anche al settore dei servizi e delle forniture. Le ragioni di un simile quesito discendono dal fatto che, mentre il primo comma è norma neutra – indifferentemente riferibile a tutti e tre i settori – il secondo comma, viceversa, sia nel lessico (il riferimento alla qualificazione, termine riferibile in senso stretto ai soli lavori), sia nel rinvio alle regole da porsi con il decreto ministeriale parrebbe indubbiamente chiamato a disciplinare i soli lavori.

Se questa prospettiva fosse corretta si avrebbero alcune conseguenze operative non di poco conto. La più semplice sarebbe quella di ritenere sottratti al regime transitorio dell'art. 216, comma 14, servizi e forniture, ai quali sarebbe applicabile il

[14] Si veda la nota n. 3.

solo art. 47, primo comma e non anche il secondo, in quanto riferibile ai soli lavori. E' questa, invero, la prospettiva accolta da una parte della giurisprudenza[15] , la quale ritiene che l'art. 81 del d.P.R. n. 207/2010, astrattamente incluso nel rinvio disposto dal citato art. 216, comma 14, il quale rimanda al criterio del cumulo alla rinfusa dettato dall'art. 36, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, è ricompreso nel capo III, dedicato ai requisiti per la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori e non può che riferirsi esclusivamente ai consorzi stabili di quel settore. Anche l'art. 94, compreso nel capo IV del titolo III e rubricato "Consorzi stabili", si riferisce chiaramente ed espressamente ai consorzi stabili che "eseguono i lavori". Inoltre, l'art. 84 d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", rinvia, con il secondo comma, alle Linee guida ANAC "di cui all'art. 83, comma 2", chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferiscano esclusivamente ai lavori (il riferimento all'ANAC, come è noto, va letto oggi come destinato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti). Non solo, ma, vieppiù, l'art. 216, comma 14, citato non rinvia all'unica norma del d.P.R. n. 207/2010 dedicata ai consorzi stabili per servizi e forniture: l'art. 277, compreso nella parte IV, Titolo II, Capo I, del Regolamento.

Di qui la propensione di una parte della giurisprudenza ad interpretare la lettera delle norme, sia singolarmente prese che coordinate tra di loro, in tali termini: solo per i lavori esiste un complesso sistema di qualificazione (SOA) ed è naturale che, fin tanto che non sia intervenuto l'atteso decreto ministeriale, debba trovare applicazione l'insieme di norme che la Parte II del Titolo III del regolamento previgente dedica, appunto, al sistema unico di qualificazione dei lavori. Per i lavori, dunque, per tutto il periodo transitorio, nulla potrà dirsi cambiato quanto ad operatività del cumulo alla rinfusa.

---

[15] *Cfr*. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 15 novembre 2017, n. 1385, ai sensi del quale: " l'art. 216, comma 14, dispone che "Fino all'adozione delle linee guida indicate dall'art. 83, comma2, continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del DPR 5 ottobre 2010, n. 207". Orbene, l'art. 60 del citato d.P.R., rubricato "Ambito di applicazione in materia di qualificazione dei lavori", dispone al primo comma che i Capi I, II e III della Parte II del Titolo III disciplinano, appunto, il sistema unico di qualificazione dei lavori. Anche l'art. 81, il cui rinvio recettizio farebbe rivivere l'art. 36, comma 7, del vecchio codice, è ricompreso nel capo III dedicato ai requisiti per la qualificazione delle imprese nel settore dei lavori e non può che riferirsi esclusivamente ai consorzi stabili di quel settore. L'art. 94, compreso nel capo IV del titolo III e rubricato "Consorzi stabili", si riferisce chiaramente ed espressamente ai consorzi stabili che "eseguono i lavori". Gli allegati e le parti di allegati dalle disposizioni della Parte II, Titolo III del d.P.R. n. 207/2010, si riferiscono tutti al settore dei lavori. Ancora, l'art. 84 d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare il "Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici", rinvia, con il secondo comma, alle linee guida ANAC di cui all'art. 83, comma 2", chiarendo definitivamente che quest'ultime si riferiscano esclusivamente ai lavori. Non solo, ma l'art. 216, comma 14, citato non rinvia all'unica norma del d.P.R. n. 270 del 2010 dedicata ai "Consorzi stabili per servizi e fornitura": l'art. 277, compreso nella Parte IV, Titolo II, Capo, I, del Regolamento. Quindi, se non fosse stato applicabile l'art. 47, d.lgs. n. 50/2016, nessuna norma avrebbe regolato la qualificazione dei consorzi stabili di servizi e forniture, in quanto l'art. 216, comma 14, rende applicabili solo le norme disciplinanti la qualificazione dei consorzi di lavori, mentre esclude che sia ancora applicabile l'art. 277 del regolamento dedicato ai consorzi stabili di servizi e forniture.

Viceversa, per i servizi e le forniture, non esistendo un sistema di qualificazione tale da far ritenere applicabile il comma 2 dell'art. 47, non risulta necessario attendere il decreto ministeriale, non si versa in regime transitorio e l'operatività dei consorzi stabili può ritenersi scandita unicamente dall'art. 47, comma 1. Nella sostanza, il legislatore sarebbe, con decisione, intervenuto sul regime del cumulo alla rinfusa nel settore dei servizi e delle forniture, limitandolo unicamente alla possibilità di "mutualizzare" uomini, mezzi d'opera e attrezzature.

Questa prospettiva, invero, non risulta unanime in giurisprudenza, rinvenendosi infatti un differente orientamento, in virtù del quale anche servizi e forniture verserebbero in regime transitorio, con piena operatività nelle more del cumulo alla rinfusa nei termini in cui l'istituto si era consolidato sotto la vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici. A tal riguardo, può farsi rinvio agli insegnamenti del Tar Lazio, Sez. I *quater*, 25 gennaio 2017, n. 1324[16] . La sentenza muove dall'assunto della difficoltà di trovare un distinguo razionale ad una diversificazione tra la disciplina applicabile ai consorzi stabili di lavori e quella operante nel settore dei servizi e delle forniture. Di qui l'idea di ritenere che l'attesa disciplina ministeriale (ad esito del percorso da avviarsi con le linee-guida dell'ANAC) riguardi indifferentemente tutti i settori (lavori, servizi e forniture) in quanto, se non altro, suscettibile di concretare indicazioni di carattere generale, destinate a conformare l'intera materia dell'operatività dei consorzi stabili[17] .

In sintesi, dunque, allo stato, relativamente al settore dei servizi e delle forniture, si ravvisano due orientamenti contrapposti:

- il primo muovendo dalla lettera della legge (l'art. 47, comma 2 che si riferisce ai sistemi di qualificazione, con lessico proprio del settore dei lavori, se strettamente inteso) ritiene che i consorzi in esame non ricadano in alcun periodo transitorio e che

[16] *Cfr.* T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *quater,* 25 gennaio 2017, n. 1324: "Sulla base dell'art. 83,comma2, d.lgs. n. 50/2016,non sembra revocabile in dubbio che la partecipazione alle gare dei consorzi stabili trovi ancora, allo stato, le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore. Invero, in questo, per la questione qui controversa, non è rinvenibile alcuna differenziazione tra appalti di lavori e appalti di servizi. Non è dunque implausibile ritenere che le future linee-guida, in disparte ogni questione in ordine alla loro formale riferibilità ad una specifica tipologia di gara, siano suscettibili di concretare indicazioni di carattere generale, destinate, in quanto tali, a conformare l'intera materia. Del resto, in tale scenario, la scelta operata dal nuovo codice dei contratti è quella di fare salve, temporaneamente, le regole antecedenti, e tale scelta, ancorché espressa immediatamente dopo la rimessione all'ANAC del compito di predisporre le linee guida "per i lavori", è, però, di carattere assoluto ("Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma14"), non essendo stata richiamata, anche in tal caso, la delimitazione che connota il periodo precedente ("per i lavori"). La prescelta interpretazione trova pertanto conforto in un dato di sistema e in un elemento testuale. Vieppiù la stessa interpretazione è confortata dalle FAQ predisposte dall'ANAC "sulle questioni interpretative relative all'applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 nel periodo transitorio", di cui al Comunicato 8 giugno 2016, punto 3."

[17] Si veda F. SCALIA, La travagliata recente storia del "cumulo alla rinfusa" per la qualificazione dei consorzi stabili, in Urbanistica e appalti, 2018, p. 89.

ad essi non si applichi che il solo art. 47, co. 1. Conseguentemente, nei settori dei servizi e delle forniture, l'istituto del cumulo alla rinfusa sarebbe applicabile unicamente con riferimento a organico medio annuo, mezzi e attrezzature. Questa posizione, invero, lascia irrisolte una serie di tematiche applicative e segnatamente quelle relative alla possibilità ed ai limiti del ricorso alle imprese consorziate in fase esecutiva, fino all'idea – inusuale rispetto alla tradizione operativa e dissacrante rispetto al mutualismo organicistico tipico dell'istituto – di ritenere utilizzabili da parte del consorzio solo mezzi e attrezzature delle proprie consorziate, senza facoltà di avvalersi espressamente di esse in fase esecutiva, indicandole appunto come esecutrici. La tesi, invero, avrebbe dalla sua di avvalorare il concetto di comune struttura di impresa che l'art. 45, co. 1, lett. c) richiede quale momento connotativo dei consorzi stabili[18]. Resta, tuttavia, inspiegato per quale motivo il legislatore avrebbe deciso – pur a fronte dell'unitarietà dell'istituto del consorzio stabile – di differenziare la disciplina applicabile ai consorzi di lavori da quella relativa ai servizi e alle forniture;

- il secondo orientamento muove proprio da quest'osservazione critica, facendo discendere – di necessità – l'impossibilità di ritenere che il comma 2 dell'art. 47 abbia assunto il termine *"qualificazione"* (e, dunque, l'applicabilità dell'intero comma 2) in senso strettamente tecnico e come riferito ai soli lavori. In quest'ottica, l'art. 47, comma 2 è ritenuto applicabile anche ai servizi e alle forniture, sia quando si addiverrà a regime (potendo il decreto ministeriale atteso sul regime di qualificazione in materia di lavori fornire indicazioni di sistema a valenza generale), sia nel corso del periodo transitorio (durante il quale il cumulo alla rinfusa continuerà ad operare per tutti e tre i settori indifferentemente, nell'ampiezza affermatasi sotto il vecchio codice).

Questa seconda prospettiva – che pur deve cimentarsi in un esercizio ermeneutico non del tutto agevole – appare quella maggiormente condivisibile, proprio per le premesse da cui muove (carattere unitario dei consorzi tanto di lavori che di servizi e di forniture) ma anche perché, effettivamente, il riferimento al termine *"qualificazione"* (art. 47 comma 2) può essere inteso in senso ampio. Da questo punto di vista, infatti, non è secondario notare che il comma 2 parli di qualificazione non "staticamente", ovverosia quale momento – tipico ed esclusivo dei lavori – di ottenimento delle certificazioni SOA (avulso in quanto tale da qualsivoglia attinenza alla partecipazione a gare concrete); piuttosto, la norma chiama in causa la qualificazione *"dinamicamente"*, *id est* nel momento della partecipazione alle gare (significativamente assieme alle imprese designate e all'avvalimento), dunque, in un contesto nel quale la parola non sembra connotarsi di alcuna esclusività applicativa (i

[18] Si veda la nota n. 13.

soli lavori) e può agevolmente (e verrebbe da dire coerentemente con l'unitarietà dell'istituto) riferirsi a ciascuno dei settori in rilievo (lavori, servizi e forniture).
Il precipitato di questa visione è inevitabilmente l'assoggettamento anche dei consorzi stabili nei settori delle forniture e dei servizi al regime transitorio. La previsione di chiusura dell'art. 47 ("*Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni*"), d'altronde, contiene prescrizioni neutre – valevoli per tutte le tipologie di consorzi – e così andrebbe trattata nella definizione dei contenuti del decreto ministeriale, il quale nella parte di interesse dovrebbe prevedere, per legittimazione stessa dell'art. 47 in esame, disposizioni applicabili a tutti i settori.

4. Considerazioni e previsioni sul regime da applicare all'istituto del cumulo alla rinfusa al termine del periodo transitorio.
Ferme le premesse, sin qui esposte, occorre ora esaminare e presagire (in attesa del decreto ministeriale che regolerà il sistema delle qualificazioni) quale possa essere il regime da applicarsi una volta terminato il periodo transitorio. Si seguirà, in particolare, l'idea che accomuna in un'unica disciplina giuridica tutti i consorzi (d'altronde, le conseguenze plausibilmente discendenti dall'isolamento regolatorio dei consorzi di servizi e forniture sono già state esaminate in precedenza).
A tal riguardo possono essere formulate le seguenti considerazioni. Si premette che le osservazioni appresso svolte non assumono il termine *"qualificazione"* in senso tecnico (tipico della disciplina dei lavori) ma generico (come riferito alla titolarità dei requisiti in ciascuno dei tre settori dei lavori, servizi e delle forniture). Il primo comma dell'art. 47 afferma chiaramente che i consorzi posseggono e comprovano i requisiti di capacità tecnica e finanziaria secondo le modalità dettate dal codice. Il consorzio stabile, dunque, risulta accomunato ad ogni altro operatore economico, al quale è riconosciuta la possibilità di comprovare i requisiti in parola singolarmente (se titolare dei medesimi), ovvero in mancanza di ricorrere alla costituzione di raggruppamenti temporanei (o ad una della altre forme associative dell'art. 45) o, ancora, di stipulare contratti di avvalimento (o subappalto necessario) nei limiti ammessi dalle norme settoriali. Ciò con un'unica deroga: in nome del mutualismo tipico dell'istituto, è data la possibilità di cumulare (alla rinfusa) mezzi, organico medio e attrezzature, sicché il consorzio sarà ritenuto titolare in proprio dei requisiti di partecipazione nonostante abbia cumulato i requisiti innanzi citati delle sue consorziate. Da questa impostazione sembra discendere che in sede di partecipazione alle gare, il consorzio stabile che si sia qualificato in proprio, sfruttando il mutualismo che l'art. 47, comma 1 consente di avere in ordine a mezzi e attrezzature, non dovrà indicare alcuna impresa consorziata esecutrice, potendo attingere alla comune struttura di impresa, come fosse la propria (la norma non dice che il cumulo

abbia come riflesso l'obbligo di indicare in gara alcuna consorziata esecutrice ma esplicita unicamente la facoltà di avvalersi di quegli elementi in sede di qualificazione). In questi termini, la norma pare declinare l'idea della creazione di una comune struttura di impresa, data proprio dalla facoltà di attingere al patrimonio di ciascuna delle consorziate, in nome del mutualismo consortile.
Quanto al secondo comma dell'art. 47, pare necessario rileggerlo all'unisono con il primo comma; pertanto la possibilità di qualificarsi in proprio che anche il secondo comma riconosce non dovrebbe avere un significato differente da quello appena illustrato. L'art. 47, però, riconosce al consorzio – laddove manchi di un'autonoma capacità di requisiti – di qualificarsi in gara a mezzo delle proprie consorziate esecutrici ovvero mediante avvalimento delle consorziate non esecutrici. Questa disposizione sembra espressione di un intendimento legislativo volto per un verso a salvaguardare il mutualismo consortile (il consorzio non qualificato può avvalersi delle consorziate che lo siano), per altro ad assicurare l'interesse pubblico alla qualificazione del soggetto che materialmente si dedicherà all'esecuzione della commessa (l'impresa esecutrice che deve essere qualificata). In questi termini, la norma – pur nel silenzio espresso - suggerisce il superamento non solo dell'indiscriminato accesso al cumulo alla rinfusa quale sistema di qualificazione in proprio (limitandolo viceversa ai soli mezzi, attrezzature ed organico medio) ma anche dell'idea, cara alla tradizione dell'istituto, secondo cui, una volta qualificatosi in gara, il consorzio avrebbe sempre facoltà di ridistribuire l'esecuzione della commessa al proprio interno, anche in favore di imprese non qualificate. Il riferimento espresso all'istituto dell'avvalimento avvalora questa prospettiva. La norma, invero, non affronta, espressamente, il tema della possibilità per un consorzio, qualificato in proprio, di avvalersi di una consorziata non qualificata (il comma secondo, infatti, si riferisce alla sola ipotesi di consorzio non qualificato che si avvale di esecutrice qualificata). Nel silenzio della legge, potrebbe addirittura ritenersi che il legislatore abbia assunto la mutualità consortile esclusivamente in una triplice veste: a) qualificazione in proprio (sia pur con facoltà di ricorrere alla mutualità del comma 1, dell'art. 47) ed esecuzione ugualmente in proprio; b) esecuzione a mezzo di consorziata qualificata, non essendolo il consorzio; c) avvalimento da parte del consorzio o da parte della consorziata di altra ditta consortile. In realtà in nome del mutualismo consortile, non sembra doversi escludere che al consorzio qualificato in proprio sia precluso di avvalersi di imprese consorziate e ritenere che il ricorso a quest'ultime sia lecito solo in caso di consorzio non qualificato. Cionondimeno la previsione del comma secondo circa la necessaria qualificazione delle consorziate esecutrici (oltre al richiamo all'avvalimento) sembra offrire un indirizzo preciso in ordine alla generale necessità delle ditte esecutrici di disporre di qualificazioni corrispondenti alla quota di esecuzione imputata loro. Diversamente, ritenendo indispensabile la simmetria tra qualificazione ed esecuzione

unicamente solo in caso di ricorso ad imprese consorziate per mancanza di qualificazione in proprio del consorzio, l'intero sistema verrebbe a patire una asimmetria non adeguatamente spiegabile. Non si capirebbe, infatti, perché la qualificazione dell'impresa esecutrice sia indispensabile in caso di consorzio non qualificato e non lo sarebbe in caso di consorzio qualificato. Da questo punto di vista, l'idea che nel secondo caso la richiesta dei requisiti è soddisfatta a monte dal consorzio qualificato non risulta appagante, dal momento che si risolve in una sorta di "cartolarizzazione" delle qualificazioni creando una simmetria tra momento della gara (a qualificazione obbligatoria) e fase esecutiva (a qualificazione non necessitata in capo all'esecutrice) in contrasto con il profondo nesso funzionale tra qualificazione e momento esecutivo tipico di un sistema di evidenza pubblica basato sulle capacità concrete degli operatori economici volto a preservare il pubblico interesse nella fase esecutiva.

Questa prospettiva rende rilevante il raffronto con i sistemi di qualificazione ed esecuzione nell'ambito degli appalti pubblici, propri delle altre forme di cooperazione tra operatori economici, previste ai fini della partecipazione ad una gara pubblica. Ciò al fine di evidenziare come l'idea della necessaria qualificazione delle ditte materialmente esecutrici risulti, invero, tutt'altro che organica e generalizzata nel sistema della contrattualistica pubblica. Ed infatti, mentre nel settore dei lavori detta qualificazione è sempre richiesta (anche in caso di suddivisione della commessa tra membri di ATI; si veda da ultimo la recentissima Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 marzo 2019, n. 6) e nonostante l'inasprimento delle regole relative all'istituto dell'avvalimento (volto proprio all'effettività del trasferimento "in cantiere" delle capacità), tanto l'istituto della cooptazione che quello dei raggruppamenti temporanei nei settori dei servizi e delle forniture testimoniano la sussistenza di logiche differenti.

Per quel che concerne i raggruppamenti temporanei di imprese, si riscontra, nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, l'idea che la richiesta dei requisiti, ai fini della qualificazione in una gara pubblica, sia soddisfatta dal raggruppamento nel suo complesso, non essendo più vigente *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza.

L'orientamento, maggioritario in giurisprudenza, è stato espresso, da ultimo, da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 491) la quale opera una ricostruzione della questione della corrispondenza dei requisiti di partecipazione, qualificazione ed esecuzione in capo alle imprese riunite in RTI concorrenti in una gara pubblica, alla luce del vecchio e del nuovo codice dei contratti e sottolineando la differenza della disciplina esistente per il settore dei lavori da quella esistente per i settori dei servizi e delle forniture. Il Giudice Amministrativo afferma sul punto che: "*L'art. 92, comma 2, del d.P.R. 207/2010 sancisce*

il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti. Tale disposizione è stata mantenuta in vigore dall'art. 217, comma 1, lettera u), del d.lgs. 50/2016, in attesa dell'adozione degli atti attuativi del nuovo codice dei contratti pubblici, mentre, a regime, detto d.lgs. prevede l'obbligo, nel caso di lavori, forniture o servizi di specificare nell'offerta "le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" (art. 48, comma 4) e stabilisce, per i raggruppamenti temporanei, che "nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti" (art. 83, comma 4, nel testo modificato dal d.lgs. 157/2017). Dopo l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014, non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara, con la precisazione che per i servizi e forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura disporne la ripartizione in sede di ATI. Conseguentemente, qualora non sia richiesta dalla lex specialis la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (segnatamente là dove i requisiti di capacità tecnica siano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti) e in assenza di una norma imperativa con valenza etero integrativa, non può disporsi l'esclusione del concorrente in caso di insussistenza di detta corrispondenza (cfr. Cons. Stato, III, n. 6471/2018)". Già precedentemente, in senso positivo in merito alla possibilità che un'impresa, facente parte di un RTI, esegua i lavori senza avere gli effettivi requisiti di qualificazione ma giovandosi della titolarità degli stessi in capo al gruppo nel suo complesso si era espresso, recentemente, il TAR Puglia, Bari, Sezioni Unite, 1 ottobre 2018, n. 1250 affermando che: *"E' possibile che nelle gare per l'affidamento di servizi cui partecipino RTI, nel caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara possa essere svolto da esecutori privi del requisito. Nelle procedure di gara per l'affidamento di servizi cui partecipino raggruppamenti temporanei di imprese il possesso dei requisiti speciali di partecipazione "può", ma non "deve" attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Ne consegue che, nell'ipotesi di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento. L'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, infatti, dopo aver previsto che le stazioni appaltanti indichino le condizioni di partecipazione richieste, stabilisce che, per i raggruppamenti temporanei d'imprese, l'indicazione nel bando delle misure in cui i requisiti medesimi devono essere posseduti dai singoli partecipanti è meramente eventuale. Tutto questa risulta, d'altronde, essere pienamente conforme alla finalità propria del vincolo associativo dei*

raggruppamenti temporanei d'impresa, nonché in linea con il generale principio del favor partecipationis nelle gare pubbliche".

Viceversa, per quanto riguarda il settore dei lavori, il Consiglio di Stato con la recentissima Adunanza Plenaria n. 6 del 27 marzo 2019 ha pronunciato il seguente principio di diritto: *" In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori". Già precedentemente, infatti, pur essendo venuto meno l'obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, si era formato un orientamento secondo il quale, "se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi" (cfr. Cons. Stato, V, n. 4036/2018, n. 3623/2018, n. 730/2018, n. 3666/2016). Era stato anche puntualizzato (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5919/2018), che i requisiti di qualificazione devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto rispetto alla quota dichiarata".* Il T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige Sez. I, 5 aprile 2018, n.113, ha, inoltre, affermato il principio in base al quale il raggruppamento temporaneo può modificare dopo l'aggiudicazione le quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione, ciò in virtù della netta distinzione tra requisiti di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione dei lavori da parte dei raggruppamenti di imprese. Tuttavia, l'esigenza primaria che viene in rilievo è che la singola impresa che esegue i lavori sia dotata dei necessari requisiti di qualificazione, a prescindere da una corrispondenza degli stessi con le quote di partecipazione.

Quanto, invece, alla disciplina prevista in tema di imprese cooptate, si rammenta che tale forma associativa tra imprese è prevista all'articolo 92, comma 5 del DPR 207/2010. Tale disposizione stabilisce che le imprese raggruppate, già di per sé in possesso della necessaria qualificazione, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli previsti dal bando, a condizione che tali ultime imprese – appunto le così dette *"cooptate"* – eseguano lavori nei limiti del 20% dell'importo complessivo dell'appalto e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni da esse possedute sia almeno pari all'importo dei lavori affidati alle medesime. La *ratio* dell'istituto risulta essere quella di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici, ma per importi e categorie diversi da quelle richiesti per la specifica gara, di partecipare comunque alla stessa, all'evidente fine di maturare competenze diverse e ulteriori da quelle al momento possedute, così da facilitare la loro penetrazione sul mercato. Sulla base di tale *ratio*, emerge la natura

derogatoria e eccezionale della disciplina delle imprese cooptate, la quale comporta che le stesse – avendo una funzione aggiuntiva nell'ambito del raggruppamento – non devono necessariamente possedere tutti i requisiti richiesti alle altre imprese componenti il raggruppamento, ma solo quelli esplicitamente indicati dalla norma (derogatoria) di riferimento. Tuttavia, non può sottacersi la necessità, segnalata dalla giurisprudenza prevalente ed insita nell'interesse generale alla qualità dei lavori pubblici, che tali imprese cooptate posseggano comunque i requisiti di qualificazione richiesti per le prestazioni di propria pertinenza. In merito, relativamente al tema della necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, si è pronunciato da ultimo il Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2018, n. 3623, ai sensi del quale: "*Seppure non vige più il principio di necessaria corrispondenza tra requisiti di partecipazione e prestazioni da eseguire, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27), permane la necessità che ciascuna impresa sia qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire (Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3666), specie negli appalti di lavori, ove tale disciplina è prevista anche dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.*" Ancora, il Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2018, n. 5282 ha statuito , al fine di scongiurare un utilizzo dell'istituto della cooptazione a fini elusivi dei necessari requisiti di qualificazione, che: "*Il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto della cooptazione impone di ritenere che gli operatori economici che intendono avvalersene devono presentare una dichiarazione espressa ed univoca, per evitare un uso improprio con finalità elusive della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica*". Più dettagliatamente, in merito ai requisiti di qualificazione richiesti alle imprese cooptate ai fini dell'esecuzione dei lavori di loro pertinenza, si è espresso recentemente il T.A.R. Bolzano, Trentino-Alto Adige, Sez. I, 20 dicembre 2016, n. 354. Il Giudice amministrativo ha in quella sede affermato che il legislatore ha riservato all'impresa cooptata un ruolo nella sola fase esecutiva della gara, coerentemente con la finalità dell'istituto, al di fuori del vincolo associativo di partecipazione. Conseguentemente, l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere legittimamente esteso dal bando anche alle imprese cooptate, perché in aperto contrasto con l'art. 92, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, che è norma di carattere eccezionale. Il TAR chiarisce, infatti, che il raggruppamento temporaneo e la cooptazione sono due istituti diversi per chiara volontà del legislatore. Al raggruppamento cooptante viene richiesto di possedere tutti i requisiti per partecipare alla gara; l'impresa cooptata, invece, non definita dal legislatore « *concorrente* », non deve avere tutti i requisiti generali e, quanto ai requisiti speciali, può possedere una qualificazione anche per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando; i lavori « *eseguiti* » dall'impresa cooptata non devono superare il 20% dell'importo complessivo dell'appalto. Ciononostante, il TAR statuisce che

l'impresa cooptata deve necessariamente ed imprescindibilmente coprire con le classifiche relative alle qualificazioni possedute l'intero importo dei lavori che le saranno affidati. La finalità dell'istituto, come già detto, è quella di consentire a imprese già qualificate nel settore dei lavori pubblici, *« prive dei requisiti di cui ai commi 2 e 3 dello stesso D.P.R. n. 207 del 2010 »*, di partecipare alle gare, così maturando capacità tecniche in categorie di lavori diverse rispetto a quelle per le quali le stesse siano già iscritte. Dunque l'idoneità complessiva del concorrente è garantita dal possesso dei requisiti da parte delle imprese singole o associate che già, *ex se*, sarebbero in grado di partecipare alla gara, a cui, secondo la previsione del legislatore, viene aggiunto un *quid pluris*, rappresentato dalle potenzialità, anche minime o eterogenee delle imprese minori cooptate, che comunque non può che aumentare la potenzialità complessiva del soggetto partecipante.

Per contro a segnalare le ambivalenze di un sistema che non appare del tutto coerente, nel vigente sistema dei contratti pubblici risultano assai stringenti le condizioni previste ai fini dell'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, *ex* art. 89 d.lgs. 50/2016, introdotte proprio al fine di contrastare il fenomeno della cartolarizzazione dei requisiti e nell'ottica di preservare la qualità della fase esecutiva mediante l'imputazione delle attribuzione in capo a soggetti effettivamente competenti (o divenuti realmente tali in virtù del contratto di avvalimento). In tal senso si è espresso, recentemente, il Consiglio di Stato, Sez. III, 5 marzo 2018, n.1338, affermando che: *"Non è consentito ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito, attraverso l'istituto dell'avvalimento, al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa l'effettivo impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie; l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto; tanto perché l'avvalimento, per com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente "prestare" il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere sul punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto, che serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti"*. Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682, il quale ha disposto che: *"Se è vero che nelle gare pubbliche, ai fini della determinabilità dell'oggetto, il contratto di avvalimento non deve spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, alla esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, alla indicazione numerica dello stesso personale, non può negarsi che in esso non possono però mancare l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; ed invero, per essere determinabile, l'oggetto (accessivo a*

contratto concernente la conduzione e manutenzione delle linee di smistamento bagagli e la manutenzione di scale mobili e ascensori) deve prevedere: a) la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio (di smistamento bagagli o di manutenzione di scale mobili e ascensori) o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata; b) i criteri per la quantificazione dello stesso in ragione di variabili collegate al numero dei nastri esistenti ovvero degli ascensori e delle scale mobili, al volume del traffico aereo e alla sua variabilità; in mancanza di criteri di determinabilità possono essere concreti i rischi di un uso strumentale del contratto di avvalimento e diviene rilevante l'esigenza di prevenirli".

Ferma questa digressione, ritornando all'art. 47, il primo e il secondo comma sembrano dischiudere per i consorzi stabili le seguenti facoltà organizzative:

- il consorzio può partecipare alla gara in proprio (mutualizzando unicamente mezzi, organico medio annuo e attrezzature al fine della copertura dei requisiti), senza necessità di indicare imprese consorziate quali esecutrici e ferma la facoltà di attingere al patrimonio di attrezzature e mezzi di queste in fase esecutiva;
- il consorzio può presentarsi in gara nell'ambito di un raggruppamento temporaneo ovvero partecipare ancora una volta in proprio nei termini anzidetti ovvero all'occorrenza ricorrendo all'avvalimento di imprese consorziate e/o di soggetti terzi estranei al consorzio (tale ultima possibilità trova fondamento nell'art. 47, comma 1 riconosce al consorzio la facoltà di qualificarsi ai sensi del codice);
- il consorzio può indicare in sede di gara, come esecutrici, le imprese consorziate qualificate (sia nel caso in cui il consorzio sia qualificato in proprio, sia nel caso in cui non lo sia), le quali a propria volta possono avvalersi delle consorziate qualificate ma non esecutrici.

Il ricorso all'avvalimento da parte delle consorziate esecutrici, sia nel caso di avvalimento di altre consorziate sia di soggetti terzi, non sembra incorrere nel divieto di avvalimento a cascata. Di contrario avviso sembra l'ANAC, la quale all'art. 55 (Divieto di avvalimento a cascata) della *"Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro"*, precisa che rientra tra le fattispecie (vietate) dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio[19] . La posizione, invero, appare non condivisibile alla luce

[19] Articolo 55 – Divieto di avvalimento a cascata

1. Si ha un avvalimento a cascata, vietato dall'articolo 89, comma 6, del codice dei contratti pubblici, quando un'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'altra impresa. Rientra tra le fattispecie dell'avvalimento a cascata anche il caso in cui l'impresa consorziata indicata come esecutrice si avvalga dei requisiti di un'impresa non appartenente al consorzio.

2. Nel caso previsto all'articolo 30, commi 4 e 5, il progettista indicato in sede di offerta non può avvalersi a sua volta di altro soggetto per la dimostrazione dei requisiti richiesti.

del mutualismo organicistico connaturale alla natura dei consorzi stabili, in virtù del quale - sia che si tratti del consorzio in quanto tale sia che si tratti del consorzio che abbia attinto, coinvolgendole direttamente nell'esecuzione della commessa, alle imprese consorziate qualificate – l'avvalimento risulta pur sempre di primo livello e, dunque, non a cascata. Ciò anche nel caso di impresa consorziata esecutrice che si avvale di un'ausiliaria terza, dal momento che è la prima, almeno nelle porzioni a lei affidate, il materiale esecutore del contratto aggiudicato al consorzio mentre quest'ultimo rileva nella sua funzione di mero centro organizzativo (sicché sotto il profilo materiale l'avvalimento è sempre diretto e non di seconda istanza, dunque a cascata).

Tanto chiarito non può sottacersi che l'orientamento dell'ANAC – specificamente dedicato al momento statico della qualificazione SOA – sembra divergere da quanto appena illustrato. Sul tema appare assai conveniente la proposta dell'ANAC denominata *"Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro"*. Vi si legge, in particolare (art. 41), che la qualificazione dei consorzi stabili è ottenuta sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate ed è conseguita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. A tale qualificazione possono essere sommati i requisiti eventualmente maturati in proprio dal consorzio[20].

---

[20] Articolo 41 - Consorzi stabili e reti d'impresa.

1. Ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile, nonché l'articolo 105 del codice dei contratti pubblici. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

2. La qualificazione dei consorzi stabili è ottenuta sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate ed è conseguita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. A tale qualificazione possono essere sommati i requisiti eventualmente maturati in proprio dal consorzio. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che il consorzio o almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica IX e almeno due con classifica VII o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VIII. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 93, comma 7, del codice, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la qualificazione risultante dalla somma dei requisiti di cui sopra non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato A, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche.

3. La qualificazione mediante sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate è attribuita a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

4. I consorzi stabili che abbiano conseguito l'attestazione di qualificazione mediante sommatoria dei requisiti delle singole imprese consorziate possono dimostrare il requisito relativo alle attrezzature tecniche di cui

Stando, dunque, all'ANAC, l'ottenimento in proprio delle qualificazioni SOA da parte del consorzio stabile potrà avvenire – in coerenza con la prospettiva assunta nel vecchio codice (art. 36, comma 7) e sempre che l'atteso decreto ministeriale faccia propria la prospettiva dell'ANAC – sulla base dei requisiti maturati dalle singole consorziate, nei termini di cui all'art. 41, comma 2 della *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*, cui si aggiunge la facoltà di sommare i requisiti propri del consorzio.

Tale esegesi sembra invero collidere con la lettera dell'art. 47, comma 1 ed i limiti al cumulo in essa posti e parrebbe fondarsi sulla specificità del sistema di qualificazione nei lavori posta dal comma secondo dell'art. 47, la quale, invero, per le ragioni anzidette, non risulta comunque facilmente ritraibile né dall'art. 47, comma 2, né dall'esame complessivo dell'intero articolo (tenuto conto del portato di incertezza sistematica discendente da una diversificazione di disciplina tra lavori da una parte e servizi e forniture dall'altra).

---

all'articolo 28, comma 7, mediante l'attrezzatura in dotazione stabile ai propri consorziati; il requisito relativo all'organico medio annuo di cui all'articolo 28, comma 9, attraverso il costo del personale dipendente proprio e dei soggetti consorziati.

5. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente.

6. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione dei singoli consorziati, ma il documento di qualificazione di questi ultimi deve riportare la segnalazione di partecipazione al consorzio stabile.

7. Le SOA che hanno rilasciato l'attestazione di qualificazione a consorzi stabili hanno l'obbligo di comunicare, entro sette giorni, il rilascio delle attestazioni di qualificazioni alle SOA che hanno emesso le attestazioni delle imprese aderenti, affinché queste provvedano a rilasciare una attestazione di qualificazione aggiornata alla luce della partecipazione al consorzio.

8. La durata dell'attestazione di qualificazione di un consorzio stabile è quella indicata all'articolo 84, comma 11, del codice dei contratti pubblici; nel caso in cui l'attestazione di uno dei consorziati scada prima dei tre anni ovvero dei cinque anni (scadenza intermedia) - come pure nei casi di variazione di classifica o di categorie delle attestazioni dei consorziati o di variazione dei soggetti consorziati qualora esse comportino una riduzione della qualificazione posseduta - il consorzio deve richiedere alla SOA l'adeguamento della propria attestazione.

9. L'attestazione di un consorzio stabile deve riportare la data di scadenza intermedia qualora essa sia precedente a quella di verifica triennale e - per le attestazioni rilasciate in sede di verifica triennale o dopo la suddetta verifica - qualora la scadenza intermedia sia precedente la scadenza quinquennale dell'attestazione.

10. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle imprese aderenti al contratto di rete alle condizioni indicate dall'articolo 48, comma 14, del codice dei contratti pubblici. Ai fini previsti all'articolo 69, i consorzi e le imprese di rete comunicano all'Osservatorio centrale, entro trenta giorni dal loro verificarsi, le variazioni della composizione del consorzio o della rete.

Si rileva infine che la proposta dell'ANAC non prende posizione espressa sul tema della sussistenza o meno di vincoli alla facoltà del consorzio di ridistribuire liberamente la commessa tra le proprie consorziate esecutrici.
Si rammenta, tuttavia, che nel documento di consultazione della *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'articolo 83, comma 2, del decreto legislativo 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro* era stato sviluppato un insieme di possibilità: a) necessità dell'integrale qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori assunta dall'esecutrice; b) ammettere che la consorziata possa eseguire i lavori anche in assenza di qualificazione per la corrispondente categoria e classifica; c) prevedere una disciplina simile a quella introdotta per le imprese cooptate; d) scegliere una consorziata qualificata per le categorie richieste dal bando (ovvero indicare quale impresa esecutrice una consorziata non qualificata che dovrà avvalersi dei requisiti di altra consorziata qualificata). Il medesimo documento di consultazione al comma 6, dell'art. 23 prevedeva: *"I consorzi stabili eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite le consorziate indicate in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Se la consorziata esecutrice non è in possesso della qualificazione nella categoria richiesta per l'esecuzione dei lavori, la stessa deve avvalersi dei requisiti di altra impresa consorziata con le modalità indicate nella proposta al MIT finalizzata all'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del codice nella parte relativa ai casi e alle modalità di avvalimento"*.
Si sono innanzi esposte le ragioni che portano a ritenere preferibile la soluzione di cui al punto d).

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

L'Intelligenza Artificiale nell'utilizzo e nel rispetto dei dati personali

di Filippo Lorè

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. . Il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino (Agenzia per l'Italia Digitale). – 2. Le Linee Guida Etiche sull'Intelligenza Artificiale del Gruppo di Esperti della Commissione europea. – 3. La Convenzione 108+

Abstract

The paper deals with the topic of Artificial Intelligence (IA). In particular, the main contents of the White Paper on Artificial Intelligence at the service of the citizen are analyzed, presented by the Agency for digital Italy on 21 March 2018, with reflections on the challenges, problems and principles that must guide the State , the PA, businesses and citizens in the use of AI.

Subsequently the Ethical Guidelines on Artificial Intelligence of the Group of Experts of the European Commission are examined, with reflections on the necessary requirements for a reliable AI, with a focus on those of security, confidentiality and data governance. Finally, the European Council Convention 108+ is analyzed.

1. Il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino

Il Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (IA) al servizio del cittadino, a cura dell'Agenzia Italiana per il Digitale (AGID)[1], nasce per fare una ricognizione dei servizi digitali in Italia e per analizzare l'impatto dell'IA sulla società e in particolare sulla Pubblica Amministrazione (PA). Lo Stato può adottare queste tecnologie per migliorare i servizi ai cittadini e alle imprese, dando un impulso decisivo all'innovazione e all'economia. Sundar Pichai, CEO di Google, ha affermato[2] che "*l'IA sarà più grande dell'elettricità o del fuoco*". L'IA è in effetti una delle tecnologie più promettenti del presente ma, allo stesso tempo, una delle più pericolose. Essa oggi permette di salvare vite umane, elaborare le previsioni degli acquisti, aumentare la produttività in agricoltura, supportare i medici nell'identificare malattie, rilevare le frodi nelle transazioni, guidare al posto nostro, prendersi cura delle persone anziane o ammalate, svolgere lavori pericolosi o usuranti, aiutarci a prendere decisioni ponderate, comunicare in lingue che non conosciamo[3]. Questo vale ovviamente anche per i Governi e le PA, l'IA, infatti, può essere utilizzata nel sistema sanitario, scolastico, giudiziario, nel pubblico impiego, nella sicurezza. Le stesse relazioni della PA con i cittadini possono essere rese più semplici, efficaci, veloci ed efficienti, nell'ottica dello sviluppo dell'*e-government* e digitalizzazione dei servizi pubblici, perseguito dalla Commissione Europea[4]. L'Italia, nel 2014, era uno degli ultimi Paesi Ue nella classifica degli individui che avevano utilizzato internet per interagire con le PA[5]. Il Libro Bianco infatti fornisce anche spunti di riflessione su come migliorare la vita dei cittadini sfruttando in modo positivo l'IA, con un'attenzione particolare verso strumenti come, a titolo esemplificativo, le *chatbot*[6], i robot che si prendono cura dei malati, gli algoritmi che leggono i risultati degli esami medici, quelli che seguono il percorso scolastico degli studenti e li aiutano a migliorare la loro preparazione, i

[1] L'Agenzia per l'Italia Digitale è l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica. AgID ha il compito di coordinare le amministrazioni nel percorso di attuazione del Piano Triennale per l'informatica della Pubblica amministrazione, favorendo la trasformazione digitale del Paese. AgID sostiene l'innovazione digitale e promuove la diffusione delle competenze digitali anche in collaborazione con le istituzioni e gli organismi internazionali, nazionali e locali.

[2] Agenzia Italiana per il Digitale, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, Versione 1.0, Marzo 2018, p. 52

[3] Agenzia Italiana per il Digitale, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, Versione 1.0, Marzo 2018, p. 9

[4] AgID partecipa a molti tavoli consultivi avviati presso le istituzioni europee (v. https://www.agid.gov.it/it/agenzia/attivita-internazionali/politiche-digitali-europee)

[5] Dati OCSE, in https://www.assolombarda.it/centro-studi/l2019e-government-in-italia-situazione-attuale-problemi-e-prospettive

[6] Le *chatbot*, già usate nelle grandi aziende private per i rapporti con la propria clientela, sono state introdotte anche nella PA. Si pensi alle procedure di assistenza di recupero credenziali per i servizi on-line, alla raccolta differenziata, al trasporto pubblico locale.

mezzi per il monitoraggio e la gestione delle carriere, quelli per la sorveglianza dei luoghi pubblici o per il riconoscimento di minacce in rete, gli strumenti per la gestione razionale dei problemi generati dalle catastrofi naturali. Tuttavia, secondo la *task force* del Libro Bianco, per avere un'IA efficace e utile, all'implementazione di tecnologie basate su sistemi di IA, dovrebbe essere propedeutica la valutazione dei problemi e delle sfide generate dall'uso dell'IA. La parte centrale del Libro Bianco è dedicata all'individuazione di queste sfide che sono: "Etica", "Tecnologia", "Competenze", "Ruolo dei dati", "Contesto legale", "Accompagnare la trasformazione", "Prevenire le disuguaglianze", "Misurare l'impatto", "L'essere umano". Il primo problema è quello etico, da risolvere mediante l'affermazione del principio antropocentrico: l'IA deve essere sempre messa al servizio delle persone e non viceversa. È opportuno formulare alcuni principi generali di equità per soddisfare il rispetto delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi. Più in particolare il documento cita la qualità e la neutralità dei dati, la responsabilità di chi utilizza gli algoritmi, la trasparenza e l'apertura di questi ultimi, la tutela della privacy. Bisogna far capire come l'uso scorretto delle tecnologie e la non consapevolezza dei rischi potrebbero essere nocivi alla società. La seconda sfida affrontata dal Libro Bianco è quella tecnologica: l'IA non è ancora in grado di riprodurre il funzionamento complesso della mente umana (solo alcune sue capacita circoscritte), ma per avere in futuro riscontri pratici nella nostra vita quotidiana, bisogna vincere questa sfida. La terza è invece quella delle competenze da sviluppare sia tra i cittadini, promuovendo l'alfabetizzazione digitale, sia tra gli attori della PA, i quali devono sapere come funzionano gli algoritmi e le basi di dati su cui questi operano. Il sistema scolastico e universitario deve essere al passo coi tempi ma, per arrivare a questo, prima di tutto i docenti necessitano di formazione ed è necessaria una preparazione interdisciplinare, anche per chi opera nel settore dell'IA. Vi è attualmente una sproporzione tra la domanda di figure specialistiche nei settori delle tecnologie avanzate e disponibilità di competenze adeguate, sicché il settore privato è disposto a pagare stipendi altissimi per poter competere nel mercato dell'innovazione con il contributo dei migliori talenti[7]. La quarta sfida è riferita al ruolo dei dati su cui operano gli algoritmi. Dati di qualità e senza pregiudizi (*bias*) portano a risultati di qualità. Un terreno di confronto è rappresentato dalla gestione e ricerca dei dati pubblicati in rete sotto forma *di linked open data*. Inoltre i sistemi di IA beneficiano dell'enorme mole di dati personali e ambientali quotidianamente registrata dai sistemi informatici. Determinante sarà allora garantire qualità e

[7] Agenzia Italiana per il Digitale, *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, Versione 1.0, Marzo 2018, p. 50, al cui interno si elencano alcune professioni che non esistevano 10 anni fa: sviluppatore di app, admissions consultant, user experience designer, chief listening officer, esperto di sostenibilità, esperto di assistenza agli anziani, esperto generazione millennials, esperto servizi cloud computing, social media manager, market research, data miner, data scientist, data architect, data visualizer, data engineer/operator.

interoperabilità. Un'operazione necessaria in tal senso, ma molto onerosa, è quella che consente ai dati di essere "annotati" dagli esseri umani che "insegnano" alle macchine come interpretarli (*supervised learning*). La discrezionalità degli annotatori, però, potrebbe generare dati simili annotati in maniera diversa, depotenziando il funzionamento delle macchine e propagando errori e pregiudizi. Il Libro Bianco ci mette in guardia proprio da questo problema, per il quale a suggerire un metodo efficace è Mantelero[8]. I comitati di esperti di vari settori (scienze sociali, diritto, etica, ecc.) possono rappresentare la migliore impostazione per discutere e affrontare le questioni relative all'impatto dell'IA sulle persone e sulla società, compensando il punto di vista limitato degli sviluppatori di IA. I comitati multidisciplinari potrebbero anche essere in grado di rilevare potenziali pregiudizi che dipendono dall'identità degli sviluppatori di intelligenza artificiale: ad esempio, pregiudizi di genere, pregiudizi ideologici o sotto rappresentanza delle minoranze. Un altro modo per ridurre le possibilitàà di *bias* delle applicazioni AI, è rappresentato da forme partecipative di valutazione del rischio, focalizzate non solo sulla sicurezza dei dati e sulla qualità dei dati, ma anche sull'impegno attivo dei gruppi potenzialmente colpiti da applicazioni di IA, e che possono contribuire alla rilevazione e rimozione di pregiudizi esistenti. La quinta sfida del Libro Bianco di AgID è quella legale, vale a dire il bilanciamento tra gli interessi sociali e gli interessi individuali, ad esempio tra il principio di trasparenza degli atti amministrativi e la protezione dei dati personali oppure le questioni riguardanti la tutela del diritto d'autore di chi ha creato gli algoritmi o, ancora, il problema della responsabilità giuridica a monte. È opportuno soffermarsi brevemente su questi temi. L'articolo 5 del GDPR[9] afferma che i dati devono essere processati in modo lecito, trasparente e giusto (principio di legalità, equità e trasparenza); raccolti ed utilizzati per un motivo specifico ed esplicitamente dichiarato (principio della limitazione delle finalità); adeguati e limitati alle finalità per cui vengono processati (principio della minimizzazione dei dati); corretti e aggiornati (principio di accuratezza); non archiviati in modo identificabile per più del necessario (principio connesso al periodo di conservazione dei dati); trattati in modo da garantire adeguata tutela dei dati personali (principio di integrità e confidenzialità). Gli algoritmi di IA possono incidere direttamente sulle valutazioni e sulle decisioni pubbliche, nonché sui procedimenti amministrativi. Questo pone un problema di *accountability*[10] e di verifica dell'effettiva responsabilità giuridica a monte

[8] Intelligenza artificiale e protezione dei dati: sfide e possibili rimedi, Relazione di Alessandro Mantelero al Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione dei singoli per quanto riguarda l'elaborazione automatica dei dati personali, Strasburgo, 25 gennaio 2019, p. 9

[9] Regolamento UE 2016/679, *Principi applicabili al trattamento*.

[10] Il principio di *accountability* ha avuto un definitivo riconoscimento nel Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali. Questo termine anglosassone non è facilmente traducibile ma fa capo al concetto di "rendicontazione", del titolare del trattamento, delle azioni volte a tutelare i dati personali e la riservatezza. In particolare il Regolamento 2016/679 recepisce tale principio all'art. 24 dove prevede che, tenuto conto della

di determinate decisioni o risultati. La PA deve trovare metodi uniformi e compatibili con l'ordinamento per arrivare a motivare i suoi provvedimenti anche nella parte elaborata dai sistemi di IA. Deve altresì indicare le sorgenti dei dati che alimentano l'IA ed attraverso i quali essa ha compiuto le proprie valutazioni. La PA deve infine porre i responsabili dei procedimenti amministrativi a conoscenza delle modalità di elaborazione utilizzate dai sistemi IA. Il cittadino, d'altra parte, dovrà essere messo in condizione di comprendere attraverso quale percorso il sistema IA è pervenuto a un determinato risultato, in modo sufficientemente chiaro da poter eventualmente riconoscere un errore di calcolo ed intervenire per ottenerne la correzione[11]. Senza dimenticare che l'uso di dati particolari da parte della PA può incidere fortemente sulla *privacy* del cittadino. La sesta sfida del Libro Bianco di AgID è per la PA e consiste nel capire quali sono le azioni necessarie per accompagnare la trasformazione del Paese verso l'adozione dell'IA tenendo presente che essa dovrebbe non sostituire le persone ma affiancarle ed aiutarle a svolgere le loro attività. La settima sfida è quella di ridurre le disuguaglianze sociali esistenti, si pensi alle applicazioni dell'IA nell'istruzione, nella sanità, nella disabilità. Viceversa si avranno più disuguaglianze e nuove disuguaglianze. L'IA deve essere accessibile a tutti, dunque semplice e di uso immediato. L'ottava sfida riguarda la misurazione dell'impatto dell'IA sulla PA attraverso l'ottimizzazione dei processi organizzativi, in termini di efficienza ed efficacia, e la verifica dell'impatto che le soluzioni di IA avranno sulle politiche pubbliche. L'ultima sfida prevede la necessità di "accompagnare" le persone verso una corretta comprensione dell'IA e delle sue implicazioni sulla loro vita, anche a livello psicologico. Tutti devono essere consapevoli del significato profondo che può assumere l'utilizzo di questi strumenti. L'IA può trasformare radicalmente il nostro mondo nel bene e nel male, bisogna, quindi, fare molta attenzione e governarla nel modo più appropriato. Il documento si conclude con un insieme di raccomandazioni al fine di creare un dibattito sui temi esposti. AgID si propone di promuovere una piattaforma nazionale sullo sviluppo di sistemi di IA; di istituire un Centro di competenza nazionale come punto di riferimento per le PA; di favorire l'istituzione e la certificazione di figure professionali nell'ambito dell'IA con la previsione di percorsi di formazione specifici; di implementare un Piano 4.0 per attrarre investimenti privati e pubblici; di istituire un Centro transdisciplinare sull'IA. Analizzate le nove sfide, merita un cenno il fatto

natura, del campo di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali è effettuato conformemente al Regolamento. L'*accountability* involge dunque sia l'affidabilità del titolare e del responsabile del trattamento verso l'esterno (gli interessati) sia le competenze tecniche necessarie all'interno dell'azienda per essere *compliant*.

[11] Agenzia Italiana per il Digitale, Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, Versione 1.0, Marzo 2018, p. 55

che, se dal punto di vista legislativo il dibattito sull'IA è ancora allo stadio embrionale, si può dire che tecnicamente il Libro Bianco è riconducibile alle forme di *soft law*, in particolare di *pre-law*[12]. Per la dottrina anglosassone il *soft law* prevede regole di condotta cui non è attribuito dall'ordinamento carattere vincolante ma che comunque producono effetti giuridici ovvero sono adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici formalmente collegati ad atti vincolanti[13]. Il Libro Bianco sull'IA si caratterizza per la sua non percettività, riferendosi peraltro ad un ambito nuovo e poco esplorato, in special modo nell'attività della PA. Quanto invece alle ricadute sul piano giuridico che avrà l'uso di sistemi di IA nella PA è difficile fare previsioni, però appare chiaro quanto sia cruciale la questione della protezione dei dati personali, a garanzia dei diritti e delle libertà dei "cittadini digitali" nei rapporti con lo Stato. Sta nascendo in tal senso, una letteratura tuttavia una grande spinta è stata data dall'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679, nel quale si ravvisano disposizioni importanti, seppur non riferite espressamente all'IA, anzitutto, oltre a quelli già enucleati, il principio della *privacy by design*[14] ovvero la protezione dei dati personali fin dalla progettazione. Connesso a tale principio è il *data protection impact assessment* (DPIA o valutazione di impatto sulla *privacy*) da mettere in atto prima che il trattamento venga effettuato, allo scopo di valutare se il trattamento è necessario e quali rischi comporta per i diritti e le libertà delle persone fisiche[15]. Si tratta di un approccio *risk - based*. Il Considerando 15 del Regolamento stabilisce inoltre che "*al fine di evitare l'insorgere di gravi rischi di elusione, la protezione delle persone fisiche dovrebbe essere neutrale sotto il profilo tecnologico e non dovrebbe dipendere dalle tecniche impiegate. La protezione delle persone fisiche dovrebbe applicarsi sia al trattamento automatizzato che al trattamento manuale dei dati personali, se i*

[12] R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), Soft law e hard law nelle società postmoderne, Torino, 2009, 31 ss., per il quale rientrerebbero nel *pre-law* libri bianchi, libri verdi, programmi di azioni, comunicazioni istituzionali, mentre nel *post-law* linee guida, direttive interpretative, circolari ecc.

[13] Annamaria Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Relazione tenuta al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Catania, 14-15 ottobre 2005. Ciò che realmente descrive il *soft law*, secondo queste ricostruzioni, è l'intenzione di produrre un atto astrattamente non vincolante, ma volutamente alternativo ad un atto vincolante, nella certezza che esso comunque produrrà effetti giuridici. Perciò, tra le tre funzioni in cui vengono classificati gli atti ascrivibili tale fenomeno e cioè *pre-law* (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, Libri verdi), *post-law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative) e *para-law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali raccomandazioni, pareri comunicazioni non interpretative), solo quest'ultima viene ritenuta funzione di "vero" *soft law*, poiché essa renderebbe assolutamente evidente lo scopo che si vuole raggiungere: dar vita ad un atto alternativo alla legislazione.

[14] Art. 25, paragrafo 1 del Regolamento UE 2016/679, "*Tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di tutelare i diritti degli interessati*".

[15] Art. 35 del Regolamento UE 2016/679, *Valutazione di impatto privacy*, quando un determinato trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche.

dati personali sono contenuti o destinati a essere contenuti in un archivio [...]". Per quanto riguarda le operazioni "automatizzate" di trattamento dei dati personali, il Regolamento riconosce all'interessato il diritto di opposizione[16]. Infine, il Regolamento disciplina anche le misure "*tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio*"[17]. Anche il Parlamento europeo è intervenuto sul ricorso a processi decisionali automatizzati nella PA, affermando[18] che la possibilità di verifica e controllo umani devono essere integrati nei processi decisionali automatizzati e algoritmici, in modo che sia sempre possibile indicare la logica alla base di ogni decisione presa con l'ausilio dell'intelligenza artificiale, specialmente se essa può avere un impatto rilevante sulla vita della persona. Non è più solo fantascienza ormai il timore che l'uomo possa un giorno non essere più in grado di gestire le dinamiche legate ai sistemi di IA[19]. Illuminante in tal senso è la Carta dei Diritti e dei Doveri dei robot[20], contenente le Linee guida per la regolamentazione della robotica. L'art. 13 stabilisce che gli esseri umani non potranno mai tramutarsi in robot, né totalmente né in parte, mentre l'art. 16 asserisce che gli esseri umani non dovranno mai essere impiegati al servizio dei robot. A livello nazionale il Codice dell'Amministrazione Digitale[21] completa il quadro

[16] Art. 22 del Regolamento, che stabilisce peraltro che anche qualora un tale trattamento si basi sul consenso esplicito dell'interessato, il titolare del trattamento deve tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, riconoscendo allo stesso almeno il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

[17] Art. 32 del Regolamento UE 2016/679. Queste misure comprendono, tra le altre, se del caso, la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali; la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento; la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico; una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento. Risulta chiara la scelta del legislatore europeo in materia di protezione dei dati personali di non fornire, alla luce dell'importante progresso tecnologico al quale la Società assiste, misure specifiche che potrebbero risultare, nel breve periodo, obsolete.

[18] Risoluzione 16 febbraio 2017, la quale riconosce "*che i robot potrebbero svolgere compiti di assistenza automatizzati e agevolare il lavoro degli assistenti sanitari, migliorando, nel contempo, le cure fornite dal personale sanitario e rendendo il percorso di riabilitazione più mirato, consentendo così al personale medico e agli assistenti di dedicare più tempo alla diagnosi e a una migliore pianificazione delle opzioni terapeutiche», tuttavia bisogna «rispettare il principio dell'autonomia supervisionata dei robot, in base al quale la programmazione iniziale di cura e la scelta finale sull'esecuzione spetteranno sempre a un chirurgo umano*".

[19] V. su questi temi Simone Pieranni, *Il giudice e l'algoritmo: in Cina l'intelligenza artificiale arriva nei tribunali*, 8 febbraio 2019, https://ilmanifesto.it/il-giudice-e-lalgoritmo-in-cina-lintelligenza-artificiale-arriva-nei-tribunali/ in cui si dà conto di come in Cina l'intelligenza artificiale viene ormai applicata anche nel mondo giudiziario, per raccogliere prove, per uniformare le sentenze, senza alcun dibattito in merito. V. anche Dario Acquaro, Gli studi legali esplorano l'esito delle sentenze con l'intelligenza artificiale, 15 novembre 2018, https://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2018-11-14/intelligenza-artificiale-studi-legali-esplorano-l-esito-sentenze-195032.shtml?uuid=AE2TmsbG in cui si osserva come il mercato dei grandi studi americani e inglesi sia florido di investitori e veda oltre cento applicazioni di Ai già attive. E anche in Italia già da un pò di tempo alcuni studi legali esplorano l'esito delle sentenze con l'intelligenza artificiale.

[20] Con il contributo, peraltro, della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

[21] D. Lgs. 82/2005, come modificato dal D.Lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

normativo, con i principi di fruibilità, disponibilità, accesso e riutilizzo dei dati pubblici. Sarà certamente necessario tuttavia che l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, AGID e ANAC agiscano in maniera coordinata nell'ottica della *governance*. Nel nostro ordinamento è centrale il rispetto del principio di trasparenza, pertanto dovrà essere applicato eventualmente ai sistemi di IA utilizzati nella PA nei procedimenti amministrativi (algoritmi, logiche di costruzione dei database, processo di funzionamento dei servizi). In special modo, alla luce dei recenti interventi del legislatore sugli obblighi di pubblicazione della PA e sull'accesso civico generalizzato[22]. Ci si chiede, infatti, come potrà la PA formulare criteri che le consentano di motivare i provvedimenti parzialmente elaborati da sistemi di IA e, più in generale, come tali provvedimenti possano avere un fondamento giuridico. Infine, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla tutela giurisdizionale nei confronti di atti amministrativi adottati da sistemi di IA. Nel merito si è espresso nel 2017 il TAR del Lazio[23] che, esaminando un caso riguardante il diniego da parte del M.I.U.R. di accogliere un'istanza di accesso agli atti avente ad oggetto l'algoritmo relativo al *software* usato per gestire i trasferimenti in mobilità del personale docente, ha riconosciuto ai ricorrenti il diritto a conoscere l'algoritmo. Il MIUR aveva motivato il suo diniego alla luce della specifica tutela del software quale opera dell'ingegno e della non assimilabilità del codice sorgente alla categoria di documento amministrativo. Secondo il MIUR questo «atto» non rientra nella nozione di "documento amministrativo" ex art. 22, lett. d), L. 241/1990. Il TAR del Lazio ha invece sconfessato questa tesi stabilendo che la disciplina in materia di diritto d'autore protegge l'opera dell'ingegno da una riproduzione volta ad un eventuale sfruttamento economico da parte di terzi, senza precludere la riproduzione ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, come in questo caso. Il Tar del Lazio ha ritenuto[24] inoltre che il programma informatico in questione rientri nella nozione di atto amministrativo c.d. informatico dunque il diritto di accesso, ex artt. 22 e ss. della l. 241/1990, al linguaggio informatico sorgente, deve essere riconosciuto ai ricorrenti, non essendo sufficiente la semplice descrizione dell'algoritmo e del suo funzionamento. In conclusione, i giudici amministrativi hanno affermato la non

[22] D. Lgs. 33/2013 e D. Lgs. 97/2016.

[23] Tar Lazio, sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769

[24] Con l'occasione il TAR si è soffermato sulla distinzione tra "atto amministrativo informatico", che viene creato mediante un programma di videoscrittura, e atto ad elaborazione elettronica, il software, il cui contenuto deriva da un procedimento automatizzato, per cui la sua determinazione è affidata completamente allo strumento informatico. Per il TAR "*l'ammissibilità dell'elaborazione elettronica dell'atto amministrativo non è legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto quanto invece essenzialmente alla possibilità, che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo*". Le modifiche ad opera della L. 15/2005, tuttavia, hanno allargato il raggio d'azione della nozione di "documento amministrativo" di cui all'art. 22, lett. d), l. 241/1990. Ciò che rileva è la valenza amministrativa del provvedimento e non la sua provenienza.

superabilità del diritto di accesso con le motivazioni esposte dal MIUR, tanto più perché nella formazione della graduatoria è stato decisivo il criterio decisionale insito nel *software*. Come era prevedibile, insomma, il diffondersi di tecnologie legate all'IA pone sempre più spesso questioni giuridiche di non poco conto, in particolare nell'ottica della responsabilità delle azioni dei sistemi di IA. A tal riguardo il Parlamento Europeo, nella Risoluzione del 16 febbraio 2017, invita il legislatore "*a definire una tassonomia dei robot in relazione al grado di autonomia della macchina e anche alla loro interazione con l'uomo e con l'ambiente […] Una volta individuati i soggetti responsabili in ultima istanza, la loro responsabilità dovrebbe essere proporzionale all'effettivo livello* di istruzioni *impartite al robot e al grado di autonomia di quest'ultimo*[25]*, di modo che quanto maggiore è la capacità di apprendimento o l'autonomia di un robot e quanto maggiore è la durata della formazione di un robot, tanto maggiore dovrebbe essere la responsabilità del suo formatore*". In futuro si avranno sempre più robot capaci di auto, apprendere ed auto-programmarsi, e tanto più, l'IA sarà autonoma tanto più a livello giuridico, ci si porrà il problema di sganciarla dal soggetto umano. Qualche anno fa, ad esempio, in un allenamento di *machine learning* nel laboratorio Facebook Artificial Intelligence Research (Fair), i ricercatori, al lavoro su *chatbot* che replicano conversazioni di negoziazione, si sono trovati davanti a risultati inaspettati in quanto le *chatbot* non solo hanno sviluppato strategie proprie di trattativa, ma anche utilizzato un linguaggio unico e non assimilabile a quello umano[26]. Ci si chiede allora quale natura giuridica assumeranno i robot e se la nostra società (il nostro ordinamento) sarà pronta ad attribuir loro soggettività giuridica. Per dirla con Iaselli, "*se cioè devono essere considerati soggetti o oggetti di diritto*"[27]. Alla luce di quanto esposto, è opportuno dunque riflettere sui rischi che si corrono nello standardizzare eccessivamente l'azione della PA, comprimendo gli spazi di discrezionalità dell'amministrazione e di partecipazione del cittadino[28]. Si ha la sensazione, infatti, che, attraverso l'uso sempre maggiore di sistemi di IA nell'attività della PA, sia il legislatore sia le Corti

[25] A seconda del grado di autonomia esistono vari tipi di robot. Alcuni sono comandati a distanza dall'uomo dunque non hanno alcuna autonomia; altri sono robot "ad autonomia debole", in cui l'uomo «si limita a fornire un input iniziale e un programma fornisce tutte le regole di comportamento del robot» che, quindi, è in grado di auto-guidarsi; infine esistono macchine molto sofisticate capaci di auto-programmarsi e, in alcuni casi, di apprendere dalla propria esperienza. Si tratta del *deep learning* (apprendimento profondo), vale a dire un esteso insieme di algoritmi basato su Reti Neurali Artificiali che rappresentano modelli di calcolo, valutazione ed elaborazione elettronica ispirati ai meccanismi di funzionamento del cervello umano. A tal proposito v. Taddei Elmi G., Romano F., Il robot tra *ius condendum* e *ius conditum*, Informatica e diritto, vol. XXV, 2016

[26] Diletta Perlangeli, I chatbot di Facebook hanno inventato un linguaggio tutto loro, 21 giugno 2017, https://www.wired.it/internet/web/2017/06/21/chatbot-facebook-linguaggio/?refresh_ce=

[27] Iaselli M., Robot con intelligenza artificiale, verso una soggettività giuridica?, 21 febbraio 2017, http://www.altalex.com. Riflessioni più approfondite su questi aspetti sono in Giuseppe Morano, Robotizzazione, intelligenza artificiale e p.a., http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=15772#.XNfhDI5KjIV

[28] Michela Tresca, I primi passi verso l'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino: brevi note sul Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia digitale, III Colloquio italo-francese sul Diritto del Web, Università LUISS Guido Carli, 21 giugno 2018, Medialaws - Rivista di diritto dei media n. 3/2018

interverranno sempre di più su questioni giuridiche legate al bilanciamento tra diversi diritti quali diritto di accesso agli atti amministrativi, trasparenza, riservatezza, diritto d'autore ed altri ancora. Soprattutto per non delegare totalmente alle macchine compiti importanti che deve svolgere l'uomo. Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali ha affermato che "*gli algoritmi non sono matematica pura, infallibile e neutra, ma piuttosto opinioni umane strutturate in forma matematica e riflettono quindi spesso, in misura più o meno rilevante, le precomprensioni di chi li progetta o le serie storiche assunte a riferimento. Con il rischio, dunque, non soltanto di cristallizzare il futuro nel passato, leggendo sempre il primo con gli schemi del secondo, ma anche di assumere le correlazioni (quasi sempre contingenti) delle serie storiche considerate, come relazioni necessariamente causali*"[29].

2. Le Linee Guida Etiche sull'Intelligenza Artificiale del Gruppo di Esperti della Commissione europea[30].

Un altro esempio di *soft-law* è rappresentato dalle Linee Guida Etiche sull'Intelligenza Artificiale predisposte dal Gruppo di Esperti della Commissione europea. Questa ha come obiettivo la promozione di una IA "etica, sicura e all'avanguardia in Europa", comprendendo in questo obiettivo non solo i sistemi di intelligenza artificiale realizzati in Europa, ma anche quelli sviluppati altrove e utilizzati in Europa. Alla base della visione della Commissione si pongono tre pilastri. Il primo è la volontà di aumentare gli investimenti pubblici e privati nell'IA per aumentarne la diffusione. Il secondo pilastro è quello di preparare i cambiamenti socioeconomici. Il terzo è quello di assicurare un quadro etico e giuridico appropriato rafforzando i valori europei. A tale scopo la Commissione ha istituito un Gruppo di Esperti di alto livello sull'IA[31], incaricato della stesura di due documenti: le Linee guida sull'etica dell'IA e le Raccomandazioni politiche e di investimento[32]. Tali Linee Guida articolano un quadro per il raggiungimento di una IA affidabile, basato sui diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle norme internazionali sui diritti umani[33]. Il Gruppo sostiene che l'IA abbia il potenziale per trasformare significativamente la nostra società, essendo un mezzo

[29] Antonello Soro, Uomini e macchine, Atti del convegno "*Protezione dati per un'etica del digitale*", p. 7, ove il Garante cita anche l'algoritmo utilizzato negli Usa per il calcolo del rischio di recidiva penale, che si è dimostrato incline ad assegnare, in assenza di ragioni criminologiche, un tasso maggiore ai neri rispetto ai bianchi, solo sulla base delle correlazioni desunte da una determinata serie storica assunta a riferimento.

[30] European Commission, *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation, 8 April 2019

[31] AI HLEG, d'ora in avanti "Gruppo".

[32] I prossimi *step* prevedono una "fase "pilota" dall'estate al dicembre del 2019 alla quale tutte le parti interessate potranno partecipare, nonché una revisione delle Linee Guida entro il 2020 da parte del Gruppo.

[33] V. anche *Intelligenza artificiale e protezione dei dati*: sfide e possibili rimedi, Relazione di Alessandro Mantelero al Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione dei singoli per quanto riguarda l'elaborazione automatica dei dati personali, Strasburgo, 25 gennaio 2019, p. 3

per aumentare la prosperità umana, migliorando così il benessere individuale e sociale e il bene comune, oltre a portare progresso e innovazione. In particolare, i sistemi di IA possono contribuire a facilitare il raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite[34]. Secondo il Gruppo, tuttavia, i sistemi di IA, che devono essere incentrati sull'uomo, portano con sé alcuni rischi che devono essere gestiti in modo appropriato e questa fase di sviluppo è il momento giusto per farlo. Si possono così massimizzare i benefici dei sistemi di IA e allo stesso tempo prevenire e ridurre al minimo i rischi. Gli esseri umani e le comunità avranno fiducia nello sviluppo della tecnologia e nelle sue applicazioni se sarà chiaro il modo per raggiungere la loro affidabilità. L'affidabilità è dunque il prerequisito fondamentale per sviluppare, distribuire e utilizzare i sistemi di IA. Per affidabilità si intende non solo l'affidabilità del sistema dell'IA, ma anche di tutti gli attori e dei processi che fanno parte del contesto socio-tecnico del sistema. Questa affidabilità passa, per il momento, per tre componenti, tutti indispensabili, che devono essere soddisfatti durante l'intero ciclo di vita del sistema, il quale deve essere lecito, rispettando tutte le leggi e i regolamenti applicabili; etico, garantendo l'aderenza ai principi e ai valori etici; robusto, sia dal punto di vista tecnico che sociale, poiché, anche con buone intenzioni, i sistemi di IA possono causare conseguenze indesiderate. Bisogna lavorare per garantire che non ci siano tensioni tra questi tre elementi, anche in ottica legislativa. In definitiva, le Linee Guida hanno lo scopo di promuovere un'innovazione responsabile e sostenibile in Europa, dunque sono rivolte a tutti coloro che progettano, sviluppano, implementano, utilizzano, o sono influenzate dall'IA (società, organizzazioni, ricercatori, servizi pubblici, agenzie governative, istituzioni, organizzazioni della società civile, individui, lavoratori e consumatori). I sistemi di IA sono già regolamentati a livello europeo[35] e internazionale[36] nonché dalle legislazioni degli Stati membri dell'UE, infatti, le Linee Guida non forniscono consigli su come garantire la conformità legale dell'IA né creano diritti legali o impongono obblighi legali a terzi. Le Linee Guida mirano a offrire una guida sulla promozione e la messa in sicurezza del secondo e terzo requisito (IA etica e IA robusta) in quanto la realizzazione di questi può andare oltre gli obblighi legali esistenti. Affinché i sistemi di IA siano affidabili, dovrebbero anche essere etici, tanto più perché le leggi non sono sempre al passo con gli sviluppi tecnologici e a volte

[34] Ovvero promuovere l'equilibrio di genere e affrontare il cambiamento climatico, razionalizzare il nostro uso delle risorse naturali, migliorare i nostri processi di salute, mobilità e produzione e sostenere il modo in cui si monitorano i progressi contro gli indicatori di sostenibilità e di coesione sociale.

[35] Oltre ai Trattati dell'Unione europea e alla Carta dei diritti fondamentali, rilevano in tal senso il regolamento generale sulla protezione dei dati, la direttiva sulla responsabilità da prodotto, il regolamento sul Flusso di dati non personali, le direttive antidiscriminazione, il diritto dei consumatori e le direttive sulla sicurezza e la salute sul lavoro.

[36] V. i Trattati sui diritti umani delle Nazioni Unite e le Convenzioni del Consiglio d'Europa (come la Convenzione europea sui diritti umani).

possono essere in contrasto con le norme etiche o semplicemente non essere adatte ad affrontare determinati problemi. I sistemi di IA non devono causare danni non intenzionali, dunque, dovrebbero essere previste misure di sicurezza. La solidità dei sistemi di IA sia dal punto di vista tecnico che sociale poiché, anche con buone intenzioni, i sistemi di IA possono causare danni non intenzionali. Le Linee Guida, che non intendono sostituire alcuna forma di regolamentazione attuale o futura, né mirano a scoraggiare la sua introduzione, ma sono soltanto un punto di partenza per la discussione sull'IA, sono strutturate in tre livelli di astrazione, dal più astratto (Capitolo I) al più concreto (Capitolo III), e terminano con esempi di opportunità e criticità sollevate dai sistemi di IA. Il Primo Capitolo è basato su un approccio fondato sui diritti fondamentali ed identifica e descrive i principi etici e i valori ad essi correlati che devono essere rispettati nello sviluppo, nella distribuzione e nell'uso dei sistemi di IA: questo ricorso ai diritti fondamentali contribuisce anche a limitare l'incertezza normativa. I quattro principi etici, radicati nei diritti fondamentali, che devono essere rispettati al fine di garantire che i sistemi di IA siano sviluppati, distribuiti e utilizzati in maniera affidabile, sono specificati come imperativi etici per gli "addetti ai lavori". Questi principi sono: il rispetto dell'autonomia umana, fortemente associato al diritto alla dignità e alla libertà umana (artt.1 e 6 della Carta); la prevenzione del danno, strettamente legata alla protezione dell'integrità fisica o mentale (riflessa nell'articolo 3); l'equità; l'esplicabilità. Molti di questi principi sono già stati in larga misura ispiratori delle normative esistenti[37]. Nell'ambito di questi principi rientrano le situazioni che coinvolgono gruppi più vulnerabili come bambini, persone con disabilità e altri che sono storicamente stati svantaggiati o sono a rischio di esclusione, e a situazioni che sono caratterizzate da asimmetrie di potere o informazione, come tra datori di lavoro e lavoratori o tra imprese e consumatori. A tal proposito il Gruppo si è ispirato alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE[38]. Inoltre, i sistemi di IA possono avere impatti negativi difficili da prevedere, identificare o misurare, ad esempio sulla democrazia, lo stato di diritto e la giustizia distributiva, o sulla stessa mente umana. Fondamentale sarà allora adottare misure adeguate per attenuare questi rischi appropriate e proporzionali all'entità del rischio. Il secondo capitolo fornisce indicazioni su come realizzare un'IA affidabile, traducendo i principi etici in sette requisiti chiave che i sistemi di IA dovrebbero implementare e soddisfare durante l'intero ciclo di vita. Sia i metodi tecnici che quelli non tecnici possono essere utilizzati per la loro implementazione. Diversi gruppi di parti interessate hanno ruoli diversi da svolgere nel garantire che i requisiti siano soddisfatti: gli sviluppatori

[37] Si pensi ad esempio al Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali (GDPR) o ai Regolamenti UE sulla tutela dei consumatori.

[38] Questa, agli articoli da 24 a 27, si occupa dei diritti dei minori e degli anziani, dell'integrazione delle persone con disabilità e dei diritti dei lavoratori e, all'articolo 38, della protezione dei consumatori.

nell'ambito della progettazione e dello sviluppo; i responsabili della distribuzione assicurandosi che i sistemi che utilizzano e i prodotti e i servizi che offrono soddisfino i requisiti; gli utenti finali dovrebbero conoscere i requisiti che possono pretendere dai sistemi IA. I requisiti, che non sono esaustivi, sono: l'agenzia e la supervisione umana (i diritti fondamentali, l'agenzia umana e la supervisione umana); la solidità tecnica e sicurezza (resilienza agli attacchi e alla sicurezza, piano di riserva e sicurezza generale, accuratezza, affidabilità e riproducibilità), la *privacy* e la *governance* dei dati (il rispetto per la privacy, la qualità e l'integrità dei dati e l'accesso ai dati); la trasparenza; la diversità, la non discriminazione e l'equità (divieto di pregiudizi sleali, accessibilità e design universale e partecipazione dei soggetti interessati); il benessere sociale e ambientale (sostenibilità e compatibilità ambientale, impatto sociale, società e democrazia); la responsabilità (auditabilità, minimizzazione e comunicazione dell'impatto negativo, dei compromessi e dei mezzi di ricorso). Potendo nascere tensioni tra diversi principi e requisiti, sarà opportuno identificare, valutare, documentare e comunicare continuamente queste situazioni e le relative soluzioni; oltre alla promozione della ricerca nell'ambito dell'IA, infatti, hanno un ruolo rilevante la comunicazione e l'interazione tra le parti interessate[39]. Il terzo capitolo fornisce agli operatori di IA una guida pratica, con una lista di valutazione dell'IA affidabile, finalizzata a rendere operativi i sette requisiti chiave. Questo dovrà essere adattato al caso d'uso specifico del sistema di IA. Le Linee Guida, opportunamente, segnalano che tale elenco di valutazione, o *assessment*, non sarà mai esaustivo: garantire un'IA affidabile non si riassume in cose da fare o "caselle da spuntare", ma nell'identificazione e nell'implementazione continua dei requisiti, nella valutazione delle soluzioni, nella garanzia di migliori risultati nell'intero ciclo di vita del sistema di IA con il coinvolgimento degli *stakeholders* in questo. Una sezione finale delle Linee Guida, infine, offre alcuni importanti esempi di opportunità vantaggiose e criticità generate dai sistemi di IA, che dovrebbero servire a stimolare ulteriori dibattiti. Tra i sette requisiti figurano quelli della solidità tecnica e della sicurezza. La presenza attiva di altri agenti (umani e artificiali) nei sistemi di IA potrebbe infatti minacciare l'integrità fisica e mentale degli esseri umani, che deve essere sempre garantita. I sistemi IA, come tutti i sistemi software, dovrebbero essere protetti contro le vulnerabilità che possono consentire loro di essere sfruttati dagli "hackers". Gli attacchi possono riguardare i dati (avvelenamento dei dati), il modello (fuga di modelli) o l'infrastruttura sottostante, software e/o hardware. Il livello delle misure di sicurezza richieste,

[39] con attività quali la diffusione dei risultati e l'apertura di pubbliche consultazioni; la formazione sistematica di una nuova generazione di esperti in etica dell'intelligenza artificiale; la comunicazione, in modo chiaro e proattivo, delle informazioni alle parti interessate in merito alle capacità e ai limiti del sistema di intelligenza artificiale; la promozione della tracciabilità e dell'auditabilità dei sistemi di IA, in particolare in contesti o situazioni critici; il coinvolgimento delle parti interessate in tutto il ciclo di vita del sistema IA

allora, dipende dall'entità del rischio rappresentato da un sistema di IA, che a sua volta dipende dalle capacità del sistema. Precisione, affidabilità e riproducibilità sono fondamentali, così come il rispetto dell'art. 22 GDPR. Allo stesso modo importante è certamente il diritto alla riservatezza, strettamente legato al principio di prevenzione del danno. I sistemi IA devono garantire la *privacy* e la protezione dei dati nell'intero ciclo di vita di un sistema e per far ciò è sufficiente il rispetto del GDPR e della Direttiva *ePrivacy*[40]. In questo ambito sono incluse le informazioni inizialmente fornite dall'utente, così come le informazioni generate sull'utente nel corso della loro interazione con il sistema. Le registrazioni digitali del comportamento umano possono consentire ai sistemi di IA di interferire non solo con le preferenze delle persone, ma anche con l'orientamento sessuale, età, sesso, opinioni religiose o politiche delle persone. Per far si che le persone si fidino del processo di raccolta dei dati, è necessario garantire che i dati raccolti su di esse non vengano utilizzati per discriminare illegalmente o ingiustamente. Per quanto riguarda l'accesso ai dati, in ogni organizzazione che gestisce i dati personali, devono essere messi in atto protocolli che regolino l'accesso ai dati, che indichino i profili di autorizzazione all'accesso dei dati e in quali circostanze. Solo il personale debitamente qualificato con la competenza e la necessità di accedere ai dati individuali dovrebbe essere autorizzato a farlo. Infine, la prevenzione del danno alla privacy richiede un'adeguata *governance* dei dati che deve riguardare anzitutto la qualità dei dati utilizzati. Quando i dati vengono raccolti possono contenere pregiudizi sociali ed inesattezze e questo problema deve essere affrontato prima del *training* con un insieme di dati. La qualità dei set di dati utilizzati è fondamentale per le prestazioni dei sistemi di IA. In secondo luogo deve riguardare l'integrità dei dati utilizzati: l'alimentazione di dati dannosi in un sistema di IA può cambiare il suo comportamento, in particolare con i sistemi di autoapprendimento. I processi e i set di dati utilizzati devono essere testati e documentati in ogni fase, come pianificazione, formazione, test e implementazione. Questo dovrebbe valere anche per i sistemi di IA che non sono stati sviluppati internamente, ma acquisiti all'esterno. La *governance* dei dati deve, altresì, riguardare anche la rilevanza dei dati nell'ambito in cui verranno implementati i sistemi IA, nonché i protocolli di accesso e la capacità di elaborare i dati in modo tale da proteggere la *privacy*. In chiusura è opportuno un chiarimento sulle relazioni intercorrenti tra il Regolamento UE 2016/679 e la Direttiva *ePrivacy* citata pocanzi, e su questo è intervenuto di recente il Comitato Europeo per la protezione dei dati (EPDB)[41]. Si tratta di un organo

[40] Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), modificata dalle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE.

[41] Di esso fanno parte i rappresentanti delle autorità nazionali per la protezione dei dati e il Garante europeo (GEPD)

indipendente che contribuisce all'applicazione uniforme delle norme sulla protezione dei dati in tutta l'Unione Europea, promuovendo la cooperazione tra le autorità di controllo dei Paesi membri. Il Comitato ha chiarito[42] che l'esistenza di una sovrapposizione tra la Direttiva e il Regolamento non necessariamente implica un conflitto tra norme. È lo stesso art. 1 par. 2 della Direttiva *ePrivacy* ad affermare che le disposizioni della Direttiva precisano ed integrano quelle del GDPR con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche. Pertanto, in ossequio al principio di specialità, dovrà essere fatto un raffronto in concreto tra le norme e, ove una disposizione della Direttiva renda più specifica una regola del GDPR, la prima prevarrà sulla seconda. Sono ad esempio norme speciali rispetto al GDPR gli articoli 5, 6, 9 e 13 della direttiva *ePrivacy* che riguardano, rispettivamente, le informazioni archiviate sui *device* dei cittadini, i dati sul traffico, i dati sull'ubicazione, le comunicazioni indesiderate, i cookies. È opportune segnalare, però, che il 13 marzo scorso l'EDPB ha invitato[43] i Paesi membri ad accelerare nell'adozione del nuovo Regolamento ePrivacy, che sostituirà la Direttiva *ePrivacy*.

3. La Convenzione 108.

Il Consiglio d'Europa nel 1981 adottò la Convenzione n. 108[44] allo scopo di "*garantire, sul territorio di ciascuna Parte, ad ogni persona fisica, quali che siano la sua nazionalità o la sua residenza, il rispetto dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del suo diritto alla vita privata, in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale che la riguardano (protezione dei dati)*". La Convenzione sancì che il trattamento e la raccolta dei dati devono avvenire rispettando alcuni principi: qualità dei dati, correttezza, liceità e finalità del trattamento. I dati devono essere raccolti e trattati solo in base a specifiche norme che ne autorizzano il trattamento automatizzato, devono essere trattati per scopi specifici legittimi e non devono essere destinati a un uso incompatibile con la finalità di trattamento originaria. Infine, non devono essere conservati oltre il tempo necessario per raggiungere lo scopo prefissato. I dati devono essere corretti, pertinenti allo scopo e non eccessivi rispetto alla finalità perseguita. Sono i principi fondamentali che reggono l'intera normativa in materia di protezione dei dati personali. La Convenzione vietò, altresì, di trattare

[42] Opinione n. 5 del 2019

[43] *Statement 3/2019 on the future ePrivacy Regulation*, 13 marzo 2019, con cui il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB) sollecita nuovamente l'adozione del Regolamento ePrivacy che dovrà sostituire la Direttiva ePrivacy 2002/58/CE in tema di protezione dati nelle comunicazioni elettroniche. Il Comitato invita i legislatori nazionali ad intensificare gli sforzi verso l'adozione di una regolamentazione che è essenziale al completamento del rinnovato quadro normativo europeo sulla protezione dei dati personali. Il Regolamento ePrivacy non dovrà in alcun caso abbassare il livello di tutela garantito dalla Direttiva e dovrà integrare il GDPR disponendo ulteriori forti garanzie per tutti i tipi di comunicazione elettronica.

[44] Convenzione n. 108/1981, per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, al fine di regolamentare i flussi transnazionali dei dati e assecondare l'esigenza di tutela dei diritti degli individui dai pericoli e dagli abusi nell'ambito dei nuovi mezzi di comunicazione.

dati sensibili, quali la razza, le opinioni politiche e la salute, in assenza di adeguate garanzie giuridiche, stabilendo anche il diritto del cittadino ad ottenere informazioni sui suoi dati e la loro eventuale rettifica. L'importanza della Convenzione è data dal fatto che essa è l'unico strumento giuridicamente vincolante a livello internazionale in tale materia, potendo ad essa aderire anche Stati non membri del Consiglio d'Europa[45]. Allo scopo di rafforzare la protezione dei dati personali a livello mondiale il 18 maggio del 2018 il Consiglio d'Europa, che oggi conta 47 Stati aderenti, ha adottato un protocollo di modifica (detto anche Convenzione 108+) del testo della Convenzione, teso a modernizzarla[46]. Il protocollo contiene diverse novità e fornisce un quadro giuridico robusto e flessibile per facilitare il flusso dei dati attraverso le frontiere avendo al contempo garanzie efficaci. Esso introduce innovazioni rilevanti rafforzando gli obblighi di trasparenza a carico dei titolari del trattamento, come l'obbligo di comunicare le violazioni dei dati (*data breach*) e di assicurare un approccio di *privacy by design*. I diritti degli interessati, che ora racchiudono anche il diritto a non essere soggetto a decisioni puramente automatizzate e a conoscere la logica del trattamento, vengono ampliati. Il Protocollo rafforza infine i compiti delle Autorità di protezione dati e del Comitato della Convenzione, chiamato a svolgere un ruolo nella valutazione dell'effettivo rispetto dei principi della Convenzione che deve essere assicurato dai Paesi che ne faranno parte. Il Protocollo istituisce un quadro giuridico multilaterale solido e flessibile, destinato a prevenire gli abusi e a facilitare il flusso transfrontaliero di dati, fornendo al contempo efficaci garanzie in caso di utilizzo di dati personali. L'Italia è il ventiseiesimo Paese ad aver ratificato[47] la Convenzione 108+, un provvedimento che, combinato con il Regolamento UE 2016/679, garantirà una doppia tutela ai cittadini in materia di protezione dei dati personali. Il Protocollo è importante anche per l'Intelligenza artificiale, dato che esso si applicherà nell'ambito di ricerca e sviluppo di sistemi di IA. Infatti, come ribadito dal Comitato Convenzione 108 nelle sue Linee guida[48] in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati, tutti i progetti basati sull'IA dovrebbero rispettare i contenuti della Convenzione, vigilando sugli algoritmi ed attuando valutazioni d'impatto circa le possibili conseguenze sui diritti fondamentali, al fine di minimizzare i rischi. Mantelero[49] ha affermato che per

[45] Ad esempio, nel 2013 vi ha aderito l'Uruguay.

[46] Convenzione modernizzata per la protezione delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, 128.ma sessione del Comitato dei Ministri (Elsinore, Danimarca 17-18 maggio 2018), v. https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108/modernised

[47] Il 5 marzo 2019 l'ambasciatore **Michele Giacomelli**, rappresentante permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa, ha sottoscritto l'Accordo.

[48] Comitato Convenzione 108, Linee Guida in materia di intelligenza artificiale e protezione dei dati, 25 gennaio 2019

[49] *Intelligenza artificiale e protezione dei dati: sfide e possibili rimedi*, Relazione di Alessandro Mantelero al Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione dei singoli per quanto riguarda l'elaborazione automatica dei dati personali, Strasburgo, 25 gennaio 2019, p. 5

scongiurare una futura "dittatura dei dati", imposti da potenziali *data scientist* insensibili alle problematiche sociali, è necessario basarsi sui principi della Convenzione 108 come fondamento di una fiorente società digitale e mettere in campo un piano d'azione basato su tre direttive fondamentali: un approccio basato sui valori (comprendente valori sociali ed etici), una valutazione e gestione dei rischi, nonchè la partecipazione dei cittadini. Bisogna sottolineare la centralità dell'essere umano nello sviluppo tecnologico e, dunque, nello sviluppo di sistemi AI. Ciò significa riaffermare i diritti fondamentali in questo campo. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali può diventare una pietra miliare verso la progettazione di una società dei dati diversa, in cui lo sviluppo dell'IA non è guidato dal puro interesse economico o da una disumanizzante efficienza algoritmica. La Convenzione 108+ è formata da trentuno articoli in otto capitoli più un'Appendice. All'art. 1 della Convenzione è esplicato il suo scopo, vale a dire quello di proteggere ogni individuo, indipendentemente dalla sua nazionalità o residenza, in relazione al trattamento dei suoi dati personali, contribuendo in tal modo al rispetto dei suoi diritti umani e delle sue libertà fondamentali, e in particolare del diritto alla *privacy*. Il secondo Capitolo della Convenzione è dedicato ai principi di base per la protezione dei dati personali: legittimità dell'elaborazione dei dati (art. 5) e qualità dei dati, sicurezza dei dati (art. 7) e trasparenza del trattamento (art. 8). Quanto alla tutela dei diritti degli interessati, l'art. 9 par. 1, stabilisce che ogni individuo ha diritto a non essere soggetto a una decisione che lo riguardi in modo significativo esclusivamente sulla base di un trattamento automatizzato di dati senza che le sue opinioni vengano prese in considerazione. Seguendo, la Convenzione stabilisce che tutti hanno diritto ad ottenere, a richiesta, a intervalli ragionevoli e senza eccessivo ritardo o spesa, la conferma del trattamento dei dati personali che li riguardano, la comunicazione in forma intelligibile dei dati trattati, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine, sulla conservazione, così come ogni altra informazione che il responsabile del trattamento è tenuto a fornire al fine di garantire la trasparenza del trattamento. Ancora, tutti hanno diritto ad ottenere, su richiesta, conoscenza del ragionamento alla base dell'elaborazione dei dati in cui gli vengono applicati i risultati di tale trattamento e di opporsi in qualsiasi momento, per motivi relativi alla loro situazione, al trattamento di dati personali che li riguardano a meno che il responsabile del trattamento non dimostri motivi legittimi per il trattamento che prevalga sui suoi interessi o diritti e sulle libertà fondamentali. Infine, tutti hanno diritto ad ottenere, su richiesta, gratuitamente e senza eccessivo ritardo, rettifica o cancellazione, a seconda dei casi, di tali dati se questi sono, o sono stati, trattati in violazione delle disposizioni della Convenzione, ad avere un rimedio e a beneficiare, a prescindere dalla nazionalità o residenza, all'assistenza di un'autorità di controllo. Il Capitolo III è dedicato ai flussi transfrontalieri di dati personali. L'art. 14 stabilisce che una Parte, al solo scopo di proteggere i dati personali, non può vietare, o

subordinatamente all'autorizzazione speciale, il trasferimento di tali dati a un destinatario soggetto alla giurisdizione di un'altra Parte della Convenzione. Tuttavia, una tale Parte può farlo se sussiste un rischio reale e grave che il trasferimento a un'altra Parte o all'altra Parte di una non Parte porti a eludere le disposizioni della Convenzione. Una Parte può anche farlo, se vincolato da norme di protezione armonizzate condivise da Stati appartenenti a un'organizzazione internazionale regionale. Quando il destinatario è soggetto alla giurisdizione di uno Stato o di un'organizzazione internazionale che non è Parte della Convenzione, il trasferimento di dati personali può avvenire soltanto laddove sia garantito un livello adeguato di protezione basato sulle disposizioni della presente Convenzione. Un livello adeguato di protezione può essere garantito dalla legge di tale Stato o organizzazione internazionale, inclusi i trattati e gli accordi internazionali applicabili; oppure da garanzie standardizzate ad hoc o approvate, fornite da strumenti giuridicamente vincolanti e esecutivi, adottati e attuati dalle persone coinvolte nel trasferimento e nell'ulteriore trattamento. Fatte salve queste disposizioni, ciascuna Parte può prevedere che il trasferimento di dati personali possa aver luogo se l'interessato ha espresso un consenso esplicito, specifico e libero, dopo essere stato informato dei rischi insorti in assenza di adeguate garanzie; se gli interessi specifici dell'interessato lo richiedono nel caso specifico; se gli interessi legittimi prevalenti, in particolare gli interessi pubblici importanti, sono previsti dalla legge e tale trasferimento costituisce una misura necessaria e proporzionata in una società democratica; infine se costituisce una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per la libertà di espressione. Altri Capitoli sono dedicati alle Autorità di controllo, alla cooperazione e assistenza reciproca, all'assistenza agli interessati, al Comitato della Convenzione.