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. 3/2019

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, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, 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, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani, Giovanni Martini.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

N. 3/2019

Sommario

1. **Cualificaciones profesionales y derecho de la Unión Europea.**
di Ramón Terol Gómez ……pag. 329

2. **Il bilancio partecipativo in una prospettiva comparata.**
di Gabriele Pepe……..... pag. 355

3. **Efficienza del Sistema di Assicurazione per la Qualità e learning analytics nel contesto formativo dell'istruzione superiore**
di Assunta Baratta…..……pag. 378

4. **Il soccorso istruttorio. Evoluzione dell'istituto e principali problematiche ancora aperte.**
di Fausto Gaspari..……...pag. 405

5. **La clausola "claims made" dopo il vaglio delle S.U., i problemi ancora aperti e i possibili risvolti in tema di responsabilità della P.A.**
di Pierfancesco Paoloni……..…pag. 438

6. **Luci ed ombre della riforma sblocca cantieri sul codice degli appalti pubblici.**
di Claudio Vitale……..pag. 476

ISSN 2036-7821

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

Cualificaciones profesionales y derecho de la Unión Europea

di Ramón Terol Gómez

(Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante)

Sumario

1. La afección de las libertades de circulación, establecimiento y libre prestación de servicios establecidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Consideraciones generales; 2. La Directiva relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales; 2.1. Antecedentes. De las Directivas sectoriales a las del sistema general, 2.2. La Directiva 2005/36/CE; 2.3. La reforma por la Directiva 2013/55/UE; 3. Titulaciones profesionales y Directiva de Servicios; 4. El futuro inmediato. La Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

Abstract

The practice of the Member States of the European Union consisting in establishing requirements for access to the exercise of certain professions, conditioning it to obtain professional or academic qualifications, or establishing compulsory membership, may constitute a barrier or restriction to the freedoms of circulation and establishment established by the Treaty on the Functioning of the European Union, as well as the freedom to provide services. The aim of the present paper will be to study the regulations of the European Union that conditions that situation, that without prohibiting such practices, demand that the principle of proportionality be applied in this area. We will deal with the study of the most relevant Directives and pay special attention to both the Services Directive and the recent Directive (EU) 2018/985, of the European Parliament and of the Council, of June 28, 2018, regarding the proportionality test before adopting new profession regulations.

1. La afección de las libertades de circulación, establecimiento y libre prestación de servicios establecidas en el tratado de funcionamiento de la unión europea. Consideraciones generales

En el presente trabajo nos ocuparemos de cuál es la posición del Derecho de la Unión Europea (UE) cuando por parte de los distintos Estados miembro se somete o condiciona el ejercicio de una determinada profesión u oficio a la obtención de un título académico o profesional.

Exponiendo el régimen que al respecto se establece en el Derecho de la UE pretendemos, únicamente, proporcionar la información suficiente como para poder responder a la cuestión de si, el mismo, impone o puede llegar a imponer impedimentos –y en qué pueden consistir- al establecimiento por parte del legislador español de una profesión titulada en ámbitos determinados.

Comenzaremos señalando que asumimos la distinción conceptual aceptada por la doctrina que diferencia entre profesiones no reguladas y reguladas, debiendo distinguirse dentro de las segundas a las que tienen el carácter de titulada[1]. Será por tanto regulada aquella profesión en la que los poderes públicos establecen un conjunto de requisitos para su ejercicio que la distinguen de la actividad profesional libre, y titulada cuando uno de esos requisitos sea un título académico y/o profesional. O como indicara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 42/1986, de 10 de abril de 1986, que en su Fundamento Jurídico Primero define como profesión titulada a aquella «profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia».

Esta situación no le puede resultar indiferente a las autoridades de la UE ya que, así considerada, puede suponer una restricción o barrera a la libertad de circulación y de establecimiento, así como a la libre prestación de servicios, pues constituyen pilares básicos en la consecución del mercado común y de la unión económica, que se encuentran en la actualidad en el Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La libertad de circulación supone, con arreglo al artículo 45.2 TFUE, «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo», con lo que se viene a formular aquí el principio de igualdad de trato que se contiene en el artículo 18 TFUE, cuando dispone que «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y

[1] Por todos, CALVO SÁNCHEZ, I., "El derecho y las profesiones", *Revista Española de Educación Física y Deportes*, nº 425, 2019, págs. 65-91; ESPARTERO CASADO, J. y PALOMAR OLMEDA, A., "La regulación del ejercicio profesional en el deporte: delimitaciones conceptuales y una reflexión", *Revista Española de Educación Física y Deportes*, nº 399, 2012, pág. 49; SÁINZ MORENO, F., «Artículo 36», *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución Española de 1978*, Vol. III, (Alzaga Villaamil, O., Dir.), Edersa, Madrid, 1983, pág. 515, y VÁZQUEZ GARRANZO, J., "Artículo 36", *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo I (Cazorla Prieto, L.M., Dir.; Palomar Olmeda, A., Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, págs. 108-1021.

sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad (…)».

El apartado 3 del artículo 45 TFUE fija el contenido de la libre circulación de trabajadores que implicará los siguientes derechos, instrumentales de ésta: a) de responder a ofertas públicas de trabajo; b) desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales, y d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión. Todo ello, «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública», y advirtiendo en el apartado 4 del mismo precepto que «las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

Al respecto, el Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, desarrollo directo de lo establecido hoy en el artículo 45 TFUE, en su artículo 1.1 fija con claridad que «todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado».

El beneficiario de los derechos que contiene la libre circulación que propugna el precepto transcrito será el trabajador por cuenta ajena, esto es, los trabajadores de un Estado miembro, asalariados o que realicen una actividad subordinada en otro Estado miembro[2].

Además, la libertad señalada ha de distinguirse de la de establecimiento, que recoge el artículo 49 TFUE, y que «(...) comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales». Frente a lo que recoge el artículo 45, aquí se hace referencia a las actividades profesionales y empresariales.

Especial importancia tiene a los efectos de nuestro estudio el artículo 53 TFUE, cuando dispone que:

[2] Sobre esta cuestión, por todos, DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, EDILEX, Madrid, 1986; CHUECA SANCHO, A.G., «La libertad de circulación de trabajadores en el EEE», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 35, 2014, págs. 83-111, y las obras colectivas *Libertad de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (García Murcia, J., Dir.), Juruá Editorial, Lisboa, 2016 y *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Gorelli Hernández, J.; Coord.), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017.

«1. A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, así como para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio.
2. En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros».
Está además la libre prestación de servicios, señalando el artículo 56 TFUE que «(…) quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación» (apartado 1), considerándose como servicios «(…) las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales (...)» (artículo 57 TFUE).
Determinaciones que se completan, en lo que a la igualdad de trato se refiere, con lo dispuesto en el artículo 61 TFUE cuando establece que
«En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el párrafo primero del artículo 56».
Hechas estas precisiones, tenemos que el concreto contenido de los indicados derechos, sobre lo que se ha pronunciado repetidamente tanto el TJUE como la doctrina, está en el TFUE y en los Reglamentos que, como el antes señalado, gozan de aplicabilidad directa[3].
Pero estos derechos, dejando de lado la problemática que se desprende de la exclusión de los empleos en las Administraciones públicas[4], no se otorgan con carácter absoluto y puede excepcionarse por las razones ya apuntadas de orden público, seguridad y salud pública. Excepciones estas que se predican también respecto de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, y vienen a suponer una reserva de soberanía en favor de los Estados miembros.

[3] Sobre ello, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4º ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014, págs.151-163.

[4] Puede consultarse PALOMAR OLMEDA, A, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 11ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, págs. 276-283, y ALONSO GARCIA, R., "¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE?. Sobre el acceso a la función pública de los ciudadanos comunitarios", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 76, octubre-diciembre 1992, págs. 599-614.

La realización de los indicados derechos la encontramos en distintas Directivas, destacando especialmente en lo que la libre prestación de servicios se refiere la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. De ella nos ocuparemos más adelante.

En lo que al reconocimiento de títulos o cualificaciones profesionales se refiere, en los inicios de la UE tras la aprobación del Tratado de la Comunidad Económica Europea, se estableció un período transitorio de doce años que concluía el 1 de enero de 1970, dividido en tres etapas de cuatro años, en el que los Estados se comprometían a no establecer más restricciones, aprobándose Directivas a fin de facilitar tal transición[5]. En las mismas, «no se establecía propiamente un mecanismo de reconocimiento de títulos, sino que se basaban en la acreditación de un período de experiencia profesional previa»[6].

Transcurrido el indicado período, la jurisprudencia del TJUE fue clara al apreciar la aplicación directa del Tratado y considerar inadmisibles restricciones a la libertad de establecimiento basadas únicamente en el requisito de la nacionalidad. Resultó en este punto significativa la STJUE de 21 de junio de 1974 (As. 2/74) respecto de la profesión de abogado, y sobre todo la posterior STJUE de 28 de abril de 1977 (As. 71/76), donde se declaró que:

«El hecho de exigir a un nacional de un Estado miembro que pretende ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro, como es la Abogacía, el título nacional previsto por la legislación del país de establecimiento, cuando el título que el interesado obtuvo en su país de origen ha sido objeto de convalidación por parte de la autoridad competente con arreglo a la legislación del país de establecimiento y le ha permitido, de este modo, superar con éxito las pruebas especiales del examen de aptitud para la profesión de que se trata, constituye, aun en defecto de las Directivas previstas en el artículo 57, una restricción incompatible con la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 52 del Tratado».

A partir de estas premisas, fueron aprobándose Directivas cuyo objeto venía a ser la armonización y coordinación entre los Estados de las condiciones mínimas que deben reunir los títulos o cualificaciones exigibles para acceder al ejercicio de algunas profesiones, momento previo al marco que está vigente y que será objeto de nuestra atención. A ello vamos a referirnos seguidamente.

[5] A ello se refiere SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea*, Consejo de Universidades, Madrid, 1988, págs. 189-191.

[6] UNIÓN PROFESIONAL, *El ejercicio de las profesiones tituladas en el marco de los derechos fundamentales. Ponencia de estudio* (Múzquiz Vicente-Arche, G., Dir.), Madrid, octubre de 2013, pág. 412.

2. La directiva relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

2.1. Antecedentes de las directivas sectoriales a las del sistema general.

Transcurrido el período transitorio a que nos hemos referido, y dada la jurisprudencia del TJUE, se comenzaron a promulgar desde 1975 distintas Directivas conocidas como "sectoriales" referidas a las profesiones de médico, médico especialista, enfermeros de cuidados generales, odontólogos, veterinarios, matronas, arquitectos y farmacéuticos. Tales Directivas se dirigieron a armonizar los requisitos de formación exigidos en cada profesión, estableciendo un procedimiento de reconocimiento automático de títulos entre los distintos Estados, estableciendo listados de los susceptibles de reconocimiento, y facilitando la libre circulación de profesionales en los indicados sectores. Directivas todas estas que en su mayor parte se refundieron en la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de junio de 1999 por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias[7].

Así reguladas las indicadas profesiones, se promulgaron posteriormente Directivas que pretendían establecer un «sistema general» de reconocimiento de títulos. La primera de ellas fue la Directiva 89/48/CE, de 21 de diciembre de 1989, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, donde se viene a establecer que el Estado miembro en que se regule una profesión reconocerá las calificaciones obtenidas en otro Estado miembro y permitirá que el poseedor de estas calificaciones ejerza sus actividades en el territorio de dicho Estado miembro en las mismas condiciones que sus nacionales, lo que se aplicará a todas las profesiones para las que se requiera una formación de nivel superior que no hayan sido objeto de una Directiva específica que establezca un reconocimiento mutuo de los títulos.

Su artículo 1 incluía determinados conceptos destacando el de *profesión regulada*, definida como «la actividad o conjunto de actividades profesionales reguladas que constituyen esta profesión en un Estado miembro» (letra c), y el de *actividad profesional regulada*, que se considera a «una actividad profesional cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio en un Estado miembro estén sometidas directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de un título (...)» (letra d).

El mecanismo de reconocimiento que se instaura consiste, en términos generales, en establecer el principio básico del reconocimiento legal por parte del Estado miembro de acogida, y como excepción el reconocimiento por parte del Estado miembro de

[7] Cumplida referencia a las Directivas mencionadas se ofrece en UNIÓN PROFESIONAL, op. cit., págs. 417-426.

acogida tras una compensación en forma de una prueba de aptitud, cuando dicho Estado miembro demuestre que existe una diferencia sustancial entre la formación exigida y la formación adquirida, o la acreditación de experiencia profesional previa, cuando la formación del migrante sea de una duración inferior a la exigida en el Estado miembro de acogida.

Posteriormente se promulgó la Directiva 92/51/CE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE, y que venía principalmente referida a los títulos de carácter no universitario.

Las dos Directivas fueron modificadas por la Directiva 2001/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, que introdujo en la Directiva 89/48/CE el concepto de *formación regulada*[8], incluyendo como novedad la obligación de tomar en consideración las titulaciones obtenidas en terceros países que hayan sido reconocidas por Estados miembros.

En lo que se refiere a la trasposición a nuestro ordenamiento de las indicadas Directivas[9], la 89/48/CE fue incorporada mediante el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, y la 92/51/CE por el Real Decreto 1396/1995, de 14 de agosto.

Asimismo, la Directiva 1999/42/CE, fue objeto de trasposición a nuestro ordenamiento con la aprobación del Real Decreto 253/2003, de 28 de febrero.

La promulgación de estas Directivas lo que vienen es a reconocer las facultades de los Estados de condicionar el ejercicio de determinadas profesiones a la obtención de un título sea este académico o profesional, razón por la cual vienen a instaurar un sistema de reconocimiento que facilite a los nacionales de los distintos Estados miembros ejercer en otro que no sea el de origen la profesión u oficio de que se trate.

Ya vimos lo que dispone el TFUE al respecto, pero lo cierto es que los Estados no son entera y completamente libres para establecer condiciones o requisitos para el ejercicio de una profesión. En esto ha incidido la jurisprudencia del TJUE, destacando la STJUE de 30 de noviembre de 1995 (As. C-55/94), que explicita la doctrina con meridiana claridad en sus parágrafos 35 a 38, que trascribimos a continuación:

«(35) No obstante, el acceso a algunas actividades por cuenta propia y su ejercicio pueden estar supeditados a la observancia de determinadas disposiciones legales,

[8] De acuerdo con la nueva letra d) bis del artículo 1, formación regulada es "toda formación que: esté directamente orientada al ejercicio de una profesión determinada, y comprenda un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años, o de una duración equivalente a tiempo parcial, en una universidad, en un centro de enseñanza superior o en otro centro de un nivel de formación equivalente y, en su caso, la formación profesional, período de prácticas profesionales o práctica profesional requerida además del ciclo de estudios postsecundarios; la estructura y nivel de la formación profesional, período de prácticas profesionales o práctica profesional se determinarán en las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas del Estado miembro afectado o serán objeto del control o aprobación por la autoridad designada a tal fin".

[9] A ello se refieren, por todos, ESPARTERO CASADO, J. y PALOMAR OLMEDA, A., *Titulaciones y regulación del ejercicio profesional en el deporte: bases y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 82-86, y JIMÉNEZ SOTO, I., *El ordenamiento profesional de las titulaciones del deporte*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 116-122.

reglamentarias o administrativas, justificadas por razones de interés general, tales como las normas de organización, de aptitud, de deontología, de control y de responsabilidad (véase la sentencia de 28 de abril de 1977, Thieffry, 71/76, Rec. p. 765, apartado 12). Estas disposiciones pueden prever, en particular, que el ejercicio de una actividad específica quede reservado, según el caso, a aquellas personas que sean titulares de un diploma, certificado u otro título, a las que pertenezcan a un Colegio profesional o bien a las que estén sometidas a determinada disciplina o control. Dichas disposiciones pueden también establecer los requisitos para la utilización de los títulos profesionales, como el de "avvocato".

(36) Cuando el acceso a una actividad específica, o su ejercicio, esté supeditado a tales requisitos en el Estado miembro de acogida, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer esa actividad deberá, en principio, reunir dichos requisitos. Esta es la razón por la que el artículo 57 prevé que el Consejo adoptará Directivas, como la mencionada Directiva 89/48, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, por una parte, y para la coordinación de las disposiciones nacionales relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas, por otra.

(37) Sin embargo, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véase la sentencia de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I- 1663, apartado 32).

(38) Del mismo modo, los Estados miembros no pueden, al aplicar sus disposiciones nacionales, dejar de tomar en consideración los conocimientos y aptitudes ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro (véase la sentencia de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Rec. p. I-2357, apartado 15). Por consiguiente, están obligados a tener en cuenta la equivalencia de los diplomas (véase la sentencia Thieffry, antes citada, apartados 19 y 27) y, llegado el caso, a efectuar una comparación entre los conocimientos y aptitudes exigidos por sus disposiciones nacionales y los del interesado (véase la sentencia Vlassopoulou, antes citada, apartado 16)».

2.2. La Directiva 2005/36/CE.

Todas las Directivas antes indicadas fueron derogadas y sustituidas por la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, donde «aunque se mantienen los fundamentos esenciales del sistema anterior, incluyendo la distinción entre un régimen general y un reconocimiento basado en la coordinación de las

condiciones mínimas de formación, la Directiva incorpora importantes elementos nuevos y principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»[10].

Se mantuvieron vigentes, no obstante, algunas Directivas referidas a la libre prestación de servicios en determinados ámbitos y no al reconocimiento de cualificaciones profesionales, como fue el caso de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, entre otras[11].

En cuanto a la Directiva 2005/36/CE, si bien se reconoce que los Estados miembros deben conservar la facultad de fijar el nivel mínimo de cualificación necesaria para garantizar la calidad de las prestaciones que se realicen en su territorio, estos

«(…), no deben obligar a un nacional de un Estado miembro a adquirir las cualificaciones que dichos Estados generalmente se limitan a determinar mediante referencia a los diplomas expedidos en el ámbito de su sistema, cuando la persona de que se trate haya obtenido la totalidad o parte de dichas cualificaciones en otro Estado miembro. En consecuencia, es conveniente establecer que todos los Estados miembros de acogida en los que esté regulada una profesión estén obligados a tener en cuenta las cualificaciones adquiridas en otro Estado miembro y a considerar si éstas corresponden a las que dichos Estados exigen. No obstante, este régimen general no impide que un Estado miembro imponga a toda persona que ejerza una profesión en su territorio requisitos específicos motivados por la aplicación de las normas profesionales justificadas por el interés general. Éstas se refieren, en particular, a las normas en materia de organización de la profesión, a las normas profesionales, incluidas las deontológicas, y a las normas de control y de responsabilidad. Por último, la presente Directiva no tiene por objeto interferir con el interés legítimo de los Estados miembros en impedir que algunos de sus ciudadanos puedan substraerse de una manera abusiva de la aplicación del Derecho nacional en materia de profesiones»[12].

Por lo demás, permanece inalterable el sistema de reconocimiento establecido por la Directivas que la precedieron, consistente en términos generales en que tal reconocimiento deberá solicitarse a la autoridad competente del Estado de acogida, que examinará individualmente el caso y comprobará tanto que la profesión regulada que el solicitante desea ejercer en el Estado de acogida es la misma para la que está plenamente cualificado en su Estado miembro de procedencia, como que la duración y el contenido mismo de su formación no se diferencian sustancialmente de las

[10] ESPARTERO CASADO, J. y PALOMAR OLMEDA, A., *Titulaciones y regulación del ejercicio profesional en el deporte: bases y perspectivas,* op. cit., pág. 87.

[11] Pueden señalarse, por ejemplo, la Directiva 77/249/CEE, de 22 de marzo de 1977 y la Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero de 1998 relativas a la profesión de abogado. Sobre ello, por todos, LLANO SÁNCHEZ, M., «Libre circulación y exigencia de títulos y acreditaciones profesionales», *Libertad de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (García Murcia, J., Dir.), Juruá Editorial, Lisboa, 2016, págs. 71-90.

[12] Así se indica en el parágrafo 11 del preámbulo de la Directiva.

requeridas en el Estado de acogida. En el caso de que las profesiones sean las mismas y si las formaciones son, en conjunto, similares, la autoridad deberá reconocer su titulación sin más. No obstante, si existen diferencias sustanciales entre las profesiones debido a la duración o contenido de su formación, podrá imponer lo que se denomina una "medida compensatoria", consistente en la exigencia de la realización de un período de prácticas profesional o de una prueba de aptitud, que deberá superarse para el reconocimiento del título.
Su transposición al ordenamiento español tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado. Norma esta última que adapta determinadas Directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumania a la UE, y que modificó la Directiva 2005/36/CE.

2.3. La reforma por la Directiva 2013/55/UE
Queda referirnos a la fundamental Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»).
Esta norma, como modificaciones significativas, vino a simplificar el procedimiento de reconocimiento, junto con otras iniciativas como la Tarjeta Profesional Europea, que se configura como una prueba electrónica de que su titular ha superado los controles administrativos y le han sido reconocidas sus cualificaciones profesionales por el país donde quieres trabajar o establecer, o de que cumple las condiciones para prestar servicios de forma temporal en ese país, que es el de acogida. Ello pretende ser una herramienta para la movilidad y estará disponible, en principio, para cinco profesiones que son enfermería, farmacia, fisioterapia, agentes de la propiedad inmobiliaria y guías de montaña.
Asimismo, y como señala el parágrafo 35 del preámbulo de la Directiva, «(…) A raíz de la experiencia positiva de la evaluación mutua realizada en virtud de la Directiva 2006/123/CE, conviene incluir un sistema de evaluación análogo en la Directiva 2005/36/CE. Los Estados miembros deben notificar las profesiones que regulen y los motivos de esta medida y debatir entre ellos sus conclusiones. Este sistema debe contribuir a la mejora de la transparencia en el mercado de los servicios profesionales».
Dentro de la indicada simplificación, resulta de especial interés las obligaciones de transparencia que asumen los Estados miembros, que atendiendo a lo dispuesto en el

nuevo artículo 59 de la Directiva 2005/36/CE, deben notificar a la Comisión, a más tardar el 18 de enero de 2016 la lista de las profesiones reguladas existentes, «(…) especificando las actividades que incluye cada profesión, y una lista de la formación regulada, y de la formación de estructura particular, a que se refiere el artículo 11, letra c), inciso ii), en su territorio[13]. Todo cambio de estas listas también deberá notificarse sin demora injustificada a la Comisión. La Comisión creará y mantendrá actualizada una base de datos de acceso público con las profesiones reguladas, que incluya una descripción general de las actividades cubiertas por cada profesión» (apartado 1).

Ello, junto al resto de información que se obligan a facilitar los Estados respecto de las titulaciones, especificando las actividades que incluye cada profesión, la formación regulada y los eventuales requisitos de adhesión a una organización o colegio profesional, ha dado lugar a la Base de Datos de Profesiones Reguladas, que es de acceso público e incluye una descripción general de las actividades cubiertas por cada profesión, disponible de momento sólo en inglés, alemán y francés[14].

Especialmente relevante es el contenido del apartado 3 del nuevo artículo 59 de la Directiva, pues establece que:

«Los Estados miembros examinarán si, en su ordenamiento jurídico, los requisitos que limitan el acceso a una profesión o su ejercicio a los titulares de un título de formación específica, en particular la utilización de títulos profesionales y las actividades profesionales autorizadas sobre la base de dicho título, denominados en el presente artículo "requisitos", son compatibles con los principios siguientes:

a) los requisitos no podrán ser ni directa ni indirectamente discriminatorios por razón de nacionalidad o de lugar de residencia;

b) los requisitos deberán estar justificados por una razón imperiosa de interés general;

c) los requisitos deberán ser los adecuados para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo».

Compartir esta información y comunicarla a la Comisión es lo que se denomina «evaluación mutua», lo que debe realizarse en los plazos y en las condiciones que señalan los apartados 4 al 9 de la Directiva 2013/55/UE.

Asimismo, y en el plano conceptual, la nueva Directiva señala ahora en la letra m) del apartado ii) del artículo 3 que «razones imperiosas de interés general» son las «razones reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

[13] Dentro del artículo 11, relativo a los niveles de cualificación, se refiere a «(…) una formación regulada o, en el caso de profesiones reguladas, una formación profesional de estructura particular, con competencias que vayan más allá de lo dispuesto en el nivel b, equivalente al nivel de formación indicado en el inciso i), si esta formación confiere un nivel profesional comparable y prepara a un nivel comparable de responsabilidades y funciones, a condición de que el título vaya acompañado de un certificado del Estado miembro de origen».

[14] Está accesible en: http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/regprof/index.cfm?action=homepage Acceso el 2 de julio de 2019.

Europea»[15].
Los mandatos de la Directiva se hicieron efectivos el 18 de enero de 2016, una vez transcurrido el plazo de transposición, teniendo esta lugar en España –con evidente retraso- al promulgarse el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI). Norma esta que, además, ha derogado el Real Decreto 1837/2008.

3. Titulaciones profesionales y directiva de servicios
Como explicara LOZANO16, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como Directiva Bolkestein por el nombre del comisario europeo que la impulsó, se aprobó con el objetivo de la eliminación de las barreras entre Estados en el ámbito de la prestación de servicios. La Directiva de Servicios pretende, por tanto y siguiendo a la indicada autora,
«posibilitar que los prestadores de un servicio en un Estado miembro puedan también desempeñarlo sin trabas innecesarias en el territorio de los restantes, pero para ello, como paso previo y necesario, acomete una liberalización del mercado de servicios dentro de cada uno de los Estados miembros, suprimiendo, minimizando o racionalizando los requisitos administrativos exigidos para la realización de todas estas actividades. Subyace a la Directiva de Servicios la convicción -bastante fundada, por otra parte- de que los principios propios de los modelos de las economías intervenidas y del principio del Estado social, vigentes en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial, han llevado a un nivel de intervención pública excesiva en el mercado de servicios mediante el establecimiento de requisitos y títulos habilitantes previos que dificultan el acceso al mercado, desincentivan la puesta en práctica de iniciativas empresariales y generan importantes costes de transacción (…)»[17].
La Directiva pretende que el mercado interior de la UE implique un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios, incluyendo libertad de establecimiento y libre prestación de servicios dentro de la UE.

[15] A ello se refieren, por todos, BORRAJO INIESTA, I. y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Libre establecimiento y libre prestación de servicios. Reconocimiento de cualificaciones profesionales», *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo VI. Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria* (Beneyto Pérez, J.M., Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, especialmente págs. 524-529.

[16] LOZANO CUTANDA, B., «***Ley Ómnibus: una revolución en las técnicas de intervención administrativa (silencio positivo, declaración responsable y comunicación previa)***», *Working Paper IE Law School*, AJ8-161, 25-03-2010, págs. 1-19.

[17] Ibidem, págs.3-4

Para conseguir este objetivo es necesario eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros y posibilitar dentro del espacio europeo un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible.
La eliminación de barreras prevista en la Directiva conlleva en último término posibilitar a los consumidores de los servicios mayor transparencia e información, proporcionar a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos. Y como establece la propia Directiva, los obstáculos más importantes para la libre circulación de servicios los podemos resumir en el hecho de tener que realizar en cada Estado miembro excesivos trámites administrativos para realizar servicios por parte de las empresas, especialmente PYME, la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas, y la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.
La eliminación de obstáculos jurídicos para posibilitar la libre circulación de servicios es un objetivo prioritario para mejorar el empleo y así fue fijado en el Consejo Europeo de Lisboa en marzo del 2000. Para conseguirlo se exigen diversas reformas en los procedimientos de actuación de las Administraciones de los Estados miembros. Consisten algunas en la simplificación de los procedimientos de intervención y decisión (artículo 5), o de la tramitación de los expedientes y la cooperación entre autoridades administrativas (ventanilla única, artículo 6) o, la mejora de la información de los usuarios e interesados y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información (artículos 7 y 8).
Sin entrar en el amplio alcance de la Directiva y su transposición en España[18], diremos que el ámbito de aplicación de la Directiva se fija en su artículo 2 y excluye su aplicación en algunos sectores, además de a la fiscalidad[19].

[18] Sobre ello tenemos un importante aporte bibliográfico. Pueden consultarse, por todos, los trabajos de DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo Vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, págs. 237-280, y del mismo autor «La directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior y su transposición en el ordenamiento jurídico español», Fuentes, J.R., Casado, L. y Gifreu, J., (Dirs.), *Prestación de servicios, Administraciones públicas y Derecho Administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 37-70; LOZANO CUTANDA, B., ***op. cit., pp. 1-19; MUÑOZ MACHADO, S., «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», Revista General de Derecho Administrativo, nº 21 (2009), págs. 1-15; RIVERO ORTEGA, R., «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España», Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 39, 2009, págs. 51-80, y las obras colectivas De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., (Dirs.), El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, Marcial Pons, Madrid, 2009; Rivero Ortega, R. (Dir.), Mercado europeo y reformas administrativas, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009; Fuentes, J.R., Casado, L. y Gifreu, J. (Dirs.), Prestación de servicios, Administraciones públicas y Derecho Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, y el número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Número Extraordinario 12. El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo***, 2010.

[19] Los sectores excluidos, de acuerdo con el precepto, son:
«a) los servicios no económicos de interés general;
b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios

Señalar que la expresión «servicios no económicos» se orienta hacia los servicios que no son provistos en intercambio de una contrapartida económica. Estas actividades no constituyen un servicio en el sentido del artículo 57 TFUE y, en consecuencia, no están completamente cubiertas por la Directiva. Por tanto, los «servicios de interés general no económicos», como son por ejemplo los servicios que no son provistos contra remuneración en el ámbito de la enseñanza primaria y secundaria nacional, no están cubiertos por la Directiva de Servicios.

El principio general es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo, y a tal fin el artículo 9.1 de la Directiva establece a este propósito que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización, cuando se cumpla un triple condicionamiento: a) que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador; b) que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general; y c) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser eficaz.

Para que, en los casos en que se decida establecer un régimen de autorización, éste sea lo menos gravoso y limitativo posible para las libertades de servicios que se trata de proteger, y para ello el artículo 10 de la Directiva establece una serie de principios a los que necesariamente han de ajustarse los regímenes de autorización: no ser discriminatorios, estar justificados en «una razón imperiosa de interés general», ser proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles.

El marco regulatorio de los regímenes de autorización, se completa en la Directiva

---

enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;

c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;

d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado;

e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;

f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;

g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;

h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;

i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;

j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;

k) los servicios de seguridad privados;

l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración».

fijando, por una parte, prohibiciones absolutas de algunos requisitos, que se consideran directamente restrictivos de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, y por otro una relación de requisitos que pueden ser potencialmente restrictivos, pero susceptibles de ser implantados si se cumplen los condicionamientos que la propia Directiva establece. La primera relación de requisitos absolutamente prohibidos conforma la denominada «lista negra», que recoge el artículo 14, y que son los siguientes:

«"1) requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad o, en lo que se refiere a las sociedades, el domicilio social, y, especialmente:

a) requisito de nacionalidad para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión,

b) requisito de residir en el territorio nacional para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión;

2) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros;

3) limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial;

4) condiciones de reciprocidad con el Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía;

5) aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general;

6) intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general;

7) obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. Ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías de un seguro o

financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales;
8) obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio».
En lo que a la libre prestación de servicios se refiere, el apartado 2 del artículo 16 establece que:
«Los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos:
a) obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional;
b) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario;
c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones;
d) aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente;
e) obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes;
f) requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo;
g) las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19[20]».
La otra lista, conocida como «lista gris», recoge la relación de requisitos que se consideran potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionados y no discriminatorios, como luego veremos. Está establecida en el artículo 15 de la Directiva, bajo la rúbrica general «requisitos por evaluar» y son los siguientes:
«a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de

[20] Establece el indicado precepto lo siguiente: «Los Estados miembros no podrán imponer al destinatario requisitos que restrinjan la utilización de servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro, en particular los siguientes requisitos:
a) obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de hacer una declaración ante ellas;
b) limitaciones discriminatorias de las posibilidades de concesión de ayudas económicas debido a que el prestador esté establecido en otro Estado miembro o en función del lugar de ejecución de la prestación».

la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores;
b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular;
c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad;
d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad;
e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional;
f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados;
g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar;
h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos».

Prestemos especial atención al establecido en la letra d), que hace referencia expresa a la Directiva 2005/36/CE. Además, cuando la Directiva de Servicios remite el concepto mismo de «profesión regulada» a lo que se indica en la señalada Directiva (artículo 4.11). Todo ello sin perjuicio de indicar la Directiva de Servicios que «La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados»[21].

Para imponer los Estados los requisitos señalados, deben cumplir con una serie de condiciones que establece expresamente el artículo 15.3 de la Directiva y que son:
«a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;
b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado».

Respecto de la libre prestación de servicios, en los mismos términos se pronuncia el apartado 1 del artículo 16 de la Directiva de Servicios, precepto que en su apartado 3 señala que «Las presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el

[21] Parágrafo 88, del preámbulo.

apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos»

Como vemos, prácticamente los mismos condicionantes que se imponen, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, a la decisión de regular el ejercicio profesional en un ámbito concreto sometiéndolo a condicionantes, como antes vimos.

En la operativa misma de la Directiva, esta distingue entre el supuesto de requisitos ya establecidos, respecto de los que los Estados han de informar cuáles tienen previsto mantener y explicar por qué consideran que se dan los requisitos del artículo 15.2 (artículo 15.5), y los que hayan de establecerse en el futuro. A este respecto, la Directiva prevé que a partir del 28 de diciembre de 2006 sólo se podrán establecer si se cumple con los requisitos indicados (artículo 15.6), incluyendo además un mecanismo de comunicación a la Comisión, que opera del modo que establece el apartado 7 del mismo artículo 15:

«Los Estados miembros notificarán a la Comisión cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa en la que se prevean requisitos contemplados en el apartado 6, motivándolos. La Comisión comunicará dichas disposiciones a los demás Estados miembros. Esta notificación no impedirá a los Estados miembros adoptar las disposiciones en cuestión.

En el plazo de tres meses a partir de la recepción de la notificación, la Comisión examinará si estas nuevas disposiciones son compatibles con el Derecho comunitario y, si procede, adoptará una decisión en la que solicite al Estado miembro de que se trate que no las adopte o que las derogue.

La notificación de un proyecto de ley nacional de acuerdo con la Directiva 98/34/CE cumplirá a la vez con la obligación de notificación establecida en la presente Directiva».

Junto a todo lo anterior, y sin perjuicio de las reformas parciales introducidas en el régimen de los colegios profesionales a partir de la Directiva[22], señalar finalmente que para cumplir en España con todos los anteriores objetivos de la Directiva se adoptó una opción legislativa de transposición ciertamente compleja, que comenzó con la denominada «Ley paraguas», esto es, con la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se dicta toda ella con la condición de norma básica

Además, a estas modificaciones legislativas en el ámbito estatal siguieron las necesarias reformas de los servicios de competencia autonómica o local,

[22] Por todos, CARLÓN RUIZ, M., «El impacto de la transposición de la directiva de servicios en el régimen de los colegios profesionales», *Revista de Administración Pública*, nº 183, septiembre-diciembre 2010, págs. 99-137, y POMED SÁNCHEZ, L.A., «Actividades profesionales y colegios profesionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública. Número Extraordinario 12. El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, 2010, págs. 379-406.

produciéndose la transposición central en el ámbito de la Administración General del Estado se produjo con la publicación de la Ley 25/2009, de 22 diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incluso modificó la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

4. El futuro inmediato. La directiva (ue) 2018/985, del parlamento europeo y del consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

Apuntado el indicado marco jurídico, hay que reconocer que su aplicación no puede considerarse del todo satisfactoria. Tenemos en este sentido, en 2015, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas»[23].

En el apartado de ese documento titulado «Hacer del mercado sin fronteras para los servicios una realidad concreta», la Comisión Europea, partiendo del reconocimiento de la importancia de los servicios profesionales reconoce que «las empresas y los profesionales todavía se encuentran con demasiados problemas cuando operan más allá de las fronteras. Encuentran obstáculos derivados de las diferencias —y, a veces, incoherencias— en la regulación de las profesiones y "actividades reservadas" en los distintos países de la UE, barreras reglamentarias innecesarias a la prestación de servicios y una falta de claridad y previsibilidad en determinados sectores clave para quienes quieren prestar un servicio en otros Estados miembros»[24]. Y si bien la Directiva de servicios y la de las cualificaciones profesionales ha supuesto todo un avance, «(…) el ejercicio de evaluación mutua realizado en los dos últimos años a raíz de la revisión de la Directiva sobre las cualificaciones profesionales ha puesto de manifiesto que la regulación de profesiones similares varía sustancialmente de un Estado miembro a otro, y lo mismo ocurre con las reservas de actividades»[25].

Sin perjuicio de otras medidas que se proponen[26], la Comisión señala que «(…)

[23] COM (2015) 550 final. Bruselas, 28.10.2015.

[24] *Ibidem*, pág. 8.

[25] *Ibidem*, pág. 9.

[26] Señala la Comisión al respecto, en el apartado de las acciones a adoptar, lo siguiente: «La Comisión pondrá en marcha una iniciativa legislativa para introducir un pasaporte de servicios, acompañado de un formulario de notificación armonizado y un repositorio electrónico de documentos, con el fin de incrementar la seguridad jurídica y reducir las barreras para los prestadores de servicios que deseen acceder a otros mercados de la UE para ampliar sus actividades. Además, seguirá mejorando el acceso a los servicios profesionales a nivel nacional y de la UE mediante la emisión de orientaciones periódicas que determinen las necesidades concretas de reforma para Estados miembros y profesiones específicos con regulación injustificada. La Comisión también propondrá un marco analítico para uso de los Estados miembros cuando revisen la regulación vigente o propongan otra adicional. Por último, la Comisión propondrá medidas legislativas para abordar barreras reglamentarias tales como las

establecerá un marco analítico para uso de los Estados miembros cuando revisen la regulación vigente de los profesionales o propongan otra nueva. Este marco incluirá una metodología para evaluar de manera exhaustiva la proporcionalidad de la regulación de los profesionales. Los Estados miembros tendrán que demostrar que los objetivos de interés público no pueden alcanzarse de otro modo que limitando el acceso a las actividades de los profesionales en cuestión o la conducta en el ejercicio de tales actividades»[27].

Ha de tenerse en cuenta también la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2005/36/CE en lo que respecta a la regulación y a la necesidad de reformar los servicios profesionales[28]. En la misma, se pone de relieve que no todos los Estados miembros han cumplido con las obligaciones que se establecían en la Directiva, y especialmente en su artículo 59. De ahí que la Resolución «Pide a los Estados miembros que apliquen en su totalidad el artículo 59 de la Directiva 2005/36/CE y redoblen sus esfuerzos para garantizar una mayor transparencia en sus regulaciones profesionales, aspecto esencial para la movilidad de los profesionales en toda la Unión, puesto que se necesita disponer de información completa de todos los Estados miembros para poder trazar un panorama detallado de las profesiones reguladas a escala de la Unión»[29], y desde luego que «Lamenta que algunos Estados miembros no consultaran debidamente a las partes interesadas pertinentes en la fase de elaboración de los planes de acción nacionales; considera que es necesario garantizar un flujo transparente de información entre los organismos públicos y las partes interesadas a fin de abordar de manera eficaz los problemas y retos que afectan a las profesiones; aboga por una participación más amplia de las partes interesadas en el futuro, no solo con vistas a la elaboración de los planes de acción nacionales, sino también con anterioridad a la reforma de la regulación de las profesiones, de modo que todas puedan expresar sus opiniones»[30]

A esta necesidad respondió con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones, de 10 de enero de 2017[31], que tras una prolongada tramitación, fue aprobada como la Directiva (UE) 2018/985, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas

---

diferencias en cuanto a los requisitos relativos a la forma jurídica y la participación en el capital, las restricciones multidisciplinarias en servicios empresariales clave y, si procede, los requisitos organizativos de las empresas de construcción. La Comisión revisará la evolución de los mercados y, si es necesario, adoptará medidas en relación con los requisitos en materia de seguro aplicables a las empresas y los prestadores de servicios de la construcción». *Ibidem*, pág. 11.

[27] *Ibidem*, pág. 10.

[28] P8_TA (2018)0019.

[29] Apartado 10.

[30] Apartado 11.

[31] 2016/0404 (COD), COM (2016) 822 final. Bruselas, 10.1.2017.

regulaciones de profesiones.

El objeto de la Directiva es la creación de un marco jurídico para la realización de evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a una profesión regulada o su ejercicio o de modificar las ya existentes. Como señalara la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, «se traslada claramente la carga de la prueba ex ante de la proporcionalidad de toda regulación profesional a los Estados miembros, además de armonizar los criterios formales y materiales que deben regir ese examen previo»[32].

El artículo 3 de la Directiva asume las definiciones utilizadas en Directiva 2005/36/CE, y añade dos más: «actividades reservadas» y «títulos profesionales protegidos». Las primeras son «una modalidad de regulación de una profesión en la que el acceso a la actividad profesional o grupo de actividades profesionales está reservado, de forma directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a miembros de una profesión regulada con una cualificación profesional específica, incluidos los casos en los que la actividad se comparte con otras profesiones reguladas» (letra b), y el segundo «una modalidad de regulación de una profesión en la que el uso del título en una actividad profesional o grupo de actividades profesionales está sujeto, de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de una cualificación profesional específica y en la que el uso indebido de dicho título está sujeto a sanciones » (letra a).

Se establece a continuación la obligación de los Estados miembros de realizar una evaluación de proporcionalidad ex ante, fundamentada en pruebas cualitativas y, cuando sea posible, cuantitativas, de lo que se ocupa el artículo 4 («Evaluación previa de nuevas medidas y seguimiento»), recordando el artículo 5 el fundamental principio de no discriminación al disponer que «Cuando se introduzcan nuevas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o se modifiquen las existentes, que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, los Estados miembros velarán por que dichas disposiciones no sean directa ni indirectamente discriminatorias por motivos de nacionalidad o residencia.»

La principal cuestión de fondo, esto es, en qué términos se puede entender justificada una restricción al acceso o al ejercicio de una profesión regulada, es objeto de atención en el artículo 6 de la Directiva.

En este sentido, tras fijar que los Estados miembros «(…) se asegurarán de que las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas, o su ejercicio, que pretenden introducir y que las

[32] "La directiva relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones (Informe 7/2018)", *Informes 2018. Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española. Edición Especial XII Congreso Nacional de la Abogacía. Valladolid 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 204.

modificaciones de disposiciones ya existentes que pretenden realizar estén justificadas por objetivos de interés público» (artículo 6.1), se explicita a continuación qué motivos pueden se justificativos sin aportar un númerus clausus de los mismos e incluyendo muchos ya recogido por la jurisprudencia del TJUE:

«Los Estados miembros considerarán, en particular, si las disposiciones a las que se refiere el apartado 1 están objetivamente justificadas por motivos de orden público y seguridad o salud públicas, o por razones imperiosas de interés general, como: la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; la garantía de una buena administración de justicia; la garantía de la equidad de las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude y la prevención del fraude fiscal y la evasión fiscal, y la salvaguardia de la eficacia de la supervisión fiscal; la seguridad en el transporte; la protección del medio ambiente y del entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual; la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; los objetivos de política social; y los objetivos de política cultura» (artículo 6.2).

Se deja claro, a continuación, que «las razones de naturaleza puramente económica o los motivos puramente administrativos no constituirán razones imperiosas de interés público que justifiquen una restricción en el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio», tal y como reza el apartado 3 y último del indicado artículo 6.

En lo que al test de proporcionalidad se refiere, su realización es consecuencia de la obligación que se impone a los Estados miembros de, antes de introducir nuevas disposiciones o modificar las existentes para restringir el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, evaluar si las mismas son necesarias y adecuadas para garantizar la consecución del objetivo que pretenden y no van más allá de lo necesario, tal y como reza al apartado 1 del artículo 7 de la Directiva, rubricado «proporcionalidad».

Además de los requisitos y condicionantes que veremos, establece el apartado 5 del señalado artículo 7 que cuando lo dispuesto en el mismo –que seguidamente veremos- «afecte a la regulación de las profesiones del ámbito de la salud y tenga implicaciones para la seguridad de los pacientes, los Estados miembros tendrán en cuenta el objetivo de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana».

Comienza estableciendo el apartado 2 del artículo 7 que cuando los Estados miembros valoren la indicada necesidad y proporcionalidad de las disposiciones, las autoridades competentes de los mismos deberán considerar –entendemos que en todo caso- lo siguiente:

«a) la naturaleza de los riesgos relacionados con los objetivos de interés público perseguidos, en especial los riesgos para los destinatarios de los servicios, incluidos los consumidores, para los profesionales o para terceros;

b) si las normas existentes, ya sean específicas o más generales, como las recogidas en la normativa relativa a la seguridad de los productos o en la normativa en materia de

protección de los consumidores, resultan insuficientes para alcanzar el objetivo que se persigue;
c) la idoneidad de la disposición en lo relativo a su adecuación para lograr el objetivo perseguido y si refleja realmente dicho objetivo de manera congruente y sistemática y, por tanto, aborda los riesgos detectados de forma similar a otras actividades comparables;
d) la repercusión en la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios dentro de la Unión, en la libertad de elección de los consumidores y en la calidad del servicio prestado;
e) la posibilidad de utilizar medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo de interés público; a los efectos de la presente letra, cuando las disposiciones estén justificadas solamente por la protección de los consumidores y cuando los riesgos detectados se limiten a la relación entre el profesional y el consumidor y, por tanto, no perjudiquen a terceros, los Estados miembros valorarán, en particular, si el objetivo puede alcanzarse mediante medios menos restrictivos que la reserva de actividades;
f) el efecto de las disposiciones nuevas o modificadas, cuando se combina con otras disposiciones que restringen el acceso a la profesión, o su ejercicio, y en particular el modo en que las disposiciones nuevas o modificadas combinadas con otros requisitos contribuyen a alcanzar el mismo objetivo de interés público, y si son necesarias para ello[33]».
Se establece también en el mismo apartado 2 del precepto, que los Estados miembros

[33] A los efectos de la aplicación de lo establecido en esta letra f) del precepto, el apartado 3 del mismo establece al respecto que «los Estados miembros evaluarán el efecto probable de las disposiciones nuevas o modificadas en combinación con uno o más requisitos, teniendo en cuenta que dichos efectos pueden ser tanto positivos como negativos, y en especial los siguientes:
a) actividades reservadas, título profesional protegido o cualquier otra forma de regulación en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE;
b) obligación de seguir un desarrollo profesional continuo;
c) normas relativas a la organización de la profesión, la ética profesional y la supervisión;
d) adhesión obligatoria a una organización u organismo profesionales, regímenes de inscripción o autorización, en particular cuando dichos requisitos impliquen la posesión de una cualificación profesional específica;
e) restricciones cuantitativas, en particular, requisitos que limiten el número de autorizaciones para la práctica de una profesión o que establezcan un número mínimo o máximo de empleados, directivos o representantes en posesión de cualificaciones profesionales específicas;
f) requisitos relativos a una forma jurídica específica o a la participación en el capital o la gestión de una sociedad, en la medida en que dichos requisitos estén directamente vinculados al ejercicio de la profesión regulada;
g) restricciones territoriales, incluidos los supuestos en que la profesión esté regulada en partes del territorio de un Estado miembro de manera distinta al modo en que se regula en otras partes de ese territorio;
h) requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de una profesión regulada, así como normas de incompatibilidad;
i) requisitos relativos a la cobertura de seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con la responsabilidad profesional;
j) requisitos de conocimiento de idiomas, en la medida necesaria para la práctica de la profesión;
k) requisitos en cuanto a tarifas fijas mínimas o máximas;
l) requisitos en materia de publicidad».

deberán considerar elementos adicionales cuando «sean pertinentes para la naturaleza y el contenido de la disposición que se introduce o modifica». Estos son los siguientes:
«a) la relación entre el alcance de las actividades que abarca una profesión o que se reservan a ella y la cualificación profesional exigida;
b) la relación entre la complejidad de las tareas consideradas y la necesidad de que las personas que las ejerzan posean cualificaciones profesionales específicas, en especial en lo que se refiere al nivel, la naturaleza y la duración de la formación o la experiencia exigidas;
c) la posibilidad de obtener la cualificación profesional mediante itinerarios alternativos;
d) si las actividades reservadas a determinadas profesiones pueden o no compartirse con otras profesiones, y por qué;
e) el grado de autonomía en el ejercicio de una profesión regulada y la repercusión de las disposiciones organizativas y de supervisión en la consecución del objetivo perseguido, en especial cuando las actividades relacionadas con una profesión regulada se ejercen bajo el control y la responsabilidad de un profesional debidamente cualificado;
f) los avances científicos y tecnológicos que pueden reducir o aumentar efectivamente la disparidad en la información entre profesionales y consumidores».

Establecido todo lo anterior, y como regla de cierre en lo que se refiere a la efectiva aplicación del principio de proporcionalidad, el apartado 4 del prolijo artículo 7 de la Directiva establece la obligación de los Estados –previa a introducir nuevas disposiciones o de modificar las existentes- de garantizar «el respeto del principio de proporcionalidad de los requisitos específicos relacionados con la prestación de servicios de modo temporal u ocasional, que se regula en el Título II de la Directiva 2005/36/CE)», cuya rúbrica es «Libre prestación de servicios)» y comprende los artículo 5 a 9.

Respecto de tales requisitos, el indicado precepto de la Directiva (UE) 2018/958 señala expresamente una inscripción temporal que se produzca automáticamente o una adhesión pro forma a una organización u organismo profesionales (letra a); una declaración previa o cualquier otro requisito equivalente (letra b), y el pago de una tasa, o cualquier importe, que se exija por los trámites administrativos, relativa al acceso a una profesión regulada, o a su ejercicio, en que incurre el prestador del servicio (letra c).

Lo anterior no resultará de aplicación a las medidas destinadas a garantizar el respeto de las condiciones de empleo aplicables que los Estados miembros aplican de conformidad con el Derecho de la UE.

Adicionalmente, se establece la obligación de informar a todas las partes interesadas antes de introducir nuevas medidas y de ofrecerles la posibilidad de expresar su

opinión (artículo 8), así como el intercambio de información entre autoridades competentes de distintos Estados miembros, a fin que el Estado miembro que pretenda reformar una profesión pueda recabar información sobre la experiencia de otros Estados miembros (artículo 10). Finalmente, el artículo 11 se remite a las disposiciones sobre transparencia contenidas en el artículo 59 de la Directiva 2005/36/CE.

Sin perjuicio del avance que supondrá la efectiva aplicación de la Directiva (UE) 2018/958, no puede dejar de tenerse en cuenta que cabe esperar más reformas en este ámbito dada la persistente insatisfacción de las autoridades de la UE respecto de la actual regulación de los servicios profesionales, tal y como se indica en la ya referida Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2005/36/CE, en lo que respecta a la regulación y a la necesidad de reformar los servicios profesionales.

Sobre el alcance y eficacia de la Directiva, se prevé en la misma que cada cinco años la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe al respecto, debiendo emitirse el primero, a más tardar, el 18 de enero de 2024, tal y como establece el artículo 12 de la Directiva.

Por el momento, fecha en la que los Estados deben tener en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva –de lo que habrán de informar inmediatamente a la Comisión Europea- es el 30 de julio de 2020. Y el reto no es menor, pues como señala la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, en cada profesión se debe demostrar a la Comisión Europea que «un nivel mínimo de calidad del servicio es indispensable para la protección del consumidor, cliente paciente o usuario ...; ese mínimo de calidad guarda un estrecho vínculo con determinadas medidas regulatorias...», y que «la cantidad de información a la que, gracias a los avances científicos y tecnológicos, pueden tener hoy acceso los particulares, no reemplaza el tratamiento ordenado y jerarquizado de la misma que asegura la actuación de un profesional»[34].

No queda mucho para que acabe el plazo otorgado y no nos consta que en España se haya comenzado a gestar la trasposición de la Directiva, lo que afectará decisiva y principalmente a todas aquellas profesiones que careciendo de regulación se juzgue de interés general regularlas, como es el caso de las profesiones en el ámbito deporte que actualmente están siendo el objeto de atención por distinta legislación aprobada cada vez por más Comunidades Autónomas sin que el Estado se haya decidido a asumir el papel de regulador[35].

---

[34] "La directiva relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones (Informe 7/2018)", op. cit., pág. 220, a donde pertenece el texto entrecomillado en el párrafo.

[35] Sobre ello, por todos, ESPARTERO CASADO, J., "Por la necesaria intervención estatal en la regulación de las profesiones del deporte", *CCD. Cultura, Ciencia, Deporte*, vol. 11, nº 31, 2016, págs. 17-26, y PALOMAR OLMEDA, A., "Viabilidad de una ley estatal ordenadora de la profesión", *Revista Española de Educación Física y Deportes*, nº 425, 2019, págs. 103-130.

Hay mucho trabajo por hacer y muchas respuestas que dar, no sólo en ese ámbito, con lo que como indican CÓRDOBA y MARTÍN, «resulta crucial, por ello, abordar la casuística de cada profesión y hacerlo en la línea marcada desde Europa»[36]. Seguimos a la espera.

[36] CÓRDOBA AZCÁRATE, E. y MARTÍN VILLALBA, M.D., "La aplicación del Test de proporcionalidad", *Revista Española de Educación Física y Deportes*, nº 425, 2019, pág. 64.

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

Il bilancio partecipativo in una prospettiva comparata

di Gabriele Pepe

(Professore Associato in Diritto Comparato – Università di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Ordinamenti rappresentativi e forme di partecipazione civica. 2. La disseminazione di pratiche ed esperienze consultive tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa 3. Il bilancio partecipativo. Il modello di Porto Alegre. 4. Una panoramica sulle esperienze di alcuni Paesi europei. 5. La casistica dell'ordinamento italiano. 6. Risultati della comparazione.

Abstract

In recent decades, the spread of participatory democracy experiences around the world reveals a growing involvement of cives in public decision-making.
In this regard, the participatory budget is one of the most effective practices of social consultation capable of conferring additional legitimacy to the representative institutions and the related decision-making processes, above all in terms of the allocation of collective resources.
Conceived in 1989 in Porto Alegre, Brazil, the participatory budget was then disseminated in more than one European legal system, especially at the municipal level, adapting to the different contexts of rooting that conditioned its application results.

1. Ordinamenti rappresentativi e forme di partecipazione civica

Agli albori del terzo millennio "*in tutti i Paesi o quasi, i sistemi politici si trovano a fronteggiare disillusioni e un'ampia crisi di legittimità*"[1]. A questo fenomeno le democrazie più mature rispondono attivando pratiche di inclusione della società civile nel *policy-making*, al fine di irrobustire, per altra via rispetto alla partecipazione elettorale, i tradizionali circuiti rappresentativi.

Tale processo non implica la sostituzione dell'ordinario *iter* decisionale pubblico secondo il quale il popolo formula le scelte di interesse collettivo tramite i propri rappresentanti [2], in quanto la presenza di figure di intermediazione, individuate attraverso il voto, è necessaria per il funzionamento della democrazia.

Ciononostante, la conclamata crisi delle Istituzioni politico-rappresentative prescrive, ai fini della sopravvivenza del sistema democratico, una legittimazione supplementare che transiti lungo nuovi itinerari di consultazione civica. Infatti, l'acquisizione della voce e dei contributi dei consociati, oltre l'episodico ed intermittente momento elettorale, assicura una più intensa attuazione del principio della sovranità popolare mediante una maggiore inclusività dei processi decisionali. È convincimento diffuso, del resto, che un'interazione tra Istituzioni e *stakeholders*, idonea a generare momenti di partecipazione allargata, sia in grado di implementare la democraticità -anche in termini di accettazione sociale- delle scelte pubbliche.

Questa prospettiva trova primario fondamento nel disegno costituzionale ove la rappresentanza è potenziata dal riconoscimento del principio partecipativo, il quale "*si pone, sin dall'inizio, quale elemento di indispensabile integrazione democratica*"[3]. In questo modo, la partecipazione viene a costituire un "*collegamento ascendente tra società e Stato*"[4] che adegua l'ordinamento alle esigenze e alle dinamiche politico-sociali, contribuendo alla visibilità ed alla trasparenza del potere nei rapporti con i cittadini[5].

Nell'attuale periodo storico risulta, dunque, indispensabile implementare il principio democratico attraverso la previsione di nuovi strumenti di esercizio della sovranità popolare, anche in ragione dell'esigenza che il modello rappresentativo -fondato sul

---

[1] Y SINTOMER, G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, 2009, p. 18: "*la democrazia rappresentativa classica non sembra più in grado di affrontare le nuove sfide e di mobilitare le energie e la fiducia dei cittadini*".

[2] L. FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, p. 5.

[3] M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, p. 23.

[4] V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica delle relazioni Stato-società*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, p. 86.

[5] Sulla necessità della visibilità del potere C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Leipzig, 1928, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. A. Caracciolo, Milano, 1984, p. 208 ss.; N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. scien. pol.*, n. 2/1980, p. 182 ss.; più di recente, VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti. Relazione alle giornate di studio su "Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi"*, Perugia, 11-12 marzo, 2010; G. PEPE, *L'accesso ai dati delle Pubbliche Amministrazioni tra libertà di informazione e tutela della riservatezza. Una indagine comparata,* Napoli, 2018, p. 13 e p. 137 ss.

voto[6] ma anche sulla partecipazione amministrativa- sia rafforzato da rigeneranti esperienze di consultazione civica.

Nel corso dei decenni, la diffusione globale di pratiche ascrivibili al modello della democrazia partecipativa ha accresciuto sensibilmente il ruolo della società civile nel *policy-making*. Ciò è accaduto specialmente in ambito regionale e locale[7] ove il principio consultivo si coniuga con successo al principio di sussidiarietà per la vicinanza delle Autorità decidenti agli interessi regolati e ai rispettivi titolari.

Lungo tale direttrice, gli ambiti di governo sub-statuali si caratterizzano quali fecondi laboratori di pratiche consultive 2.0 che, muovendo dagli ordinamenti di prima sperimentazione, si disseminano in altri ordinamenti, tanto di *civil law* quanto di *common law*, attraverso osmosi ed ibridazioni.

La prassi registra, a tal proposito, una varietà di esperienze partecipative dialogiche ed inclusive[8] -ora similari ora differenti a seconda dell'influenza di contesto[9]- che circolano tumultuosamente tra (e nei) Continenti. A riguardo, si considerino, a titolo esemplificativo, *public hearing* ed *inquiry*, *débat* ed *enquête publique*, *consensus conference*,

[6] S. VERBA, H.N. NIE, J.O. KIM, *Participation and political Equality: a Seven-nation Comparison*, London, 1978, p. 1 ss.; più di recente, G. SARTORI, *Democrazia: cosa* è, Milano, 2007, p. 80: "*votare è votare e basta; non è abbastanza per qualificarsi come un "prendere parte" che è coinvolgimento e impegno attivo*", nei singoli processi decisionali pubblici.

[7] In particolare, F. MALAFOGLIA, *Enti locali e partecipazione nelle tematiche ambientali*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, p. 341: "*il rapporto che si stabilisce tra dimensione pubblica e dimensione privata non si definisce esclusivamente sui livelli di gestione del potere ma si realizza su uno stesso piano, in cui entrambe le componenti partecipano al perseguimento e al conseguimento del bene comune*".

[8] P. NANZ, M. FRITSCHE, *La partecipazione dei cittadini: un manuale. Metodi partecipativi: protagonisti, opportunità e limiti*, Bonn, 2012, *spec*. p. 12-13.

[9] U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 17-18: "*è assodato che la democrazia partecipativa non costituisce una forma di agire unica né tanto meno un singolo dispositivo avente fisionomia puntuale e uniforme. Essa dà luogo a una grande molteplicità di figure*". In particolare, l'Autore rileva fenomeni di ibridazione tra pratiche ed esperienze partecipative del medesimo tipo dovuti a *path-dependency* e, più in generale, alla influenza di contesto.

focus group, citizens jury, participatory budgeting, deliberative opinion poll[10], *town meeting*[11], *neighborhood council, planungszelle*[12].

Dunque, la rigenerazione delle Istituzioni rappresentative muove necessariamente dalla promozione della partecipazione civica nell'ambito del *decision-making* normativo ed amministrativo[13]. In tale direzione i pubblici poteri sono tenuti a dirigere e coordinare rinnovati processi di consultazione in vista di decisioni sempre più inclusive delle preferenze dei *cives*, singoli e associati.

Come noto, partecipazione è termine polisemico variamente declinabile e capace di ricomprendere dispositivi pur eterogenei ma uniti dalla finalità di sollecitare la partecipazione nell'ambito dei processi decisionali[14].

La graduale erosione del modello rappresentativo, da parte di una pluralità di fattori endogeni ed esogeni, può essere arginata primariamente attraverso la valorizzazione di ampie forme di consultazione civica in grado di ricostituire un clima di fiducia tra governanti e governati[15]. Tale aspirazione è consacrata dal percorso -in atto a livello globale- di "*democratizzazione della democrazia*", attraverso l'evoluzione del *modus operandi* dei pubblici poteri da uno schema bipolare, gerarchico e conflittuale verso un paradigma pluralista, paritario e relazionale[16] in cui da destinatari passivi del *policy-making* i *cives* divengono protagonisti attivi nella cura dell'interesse pubblico.

Nel variegato universo dei moduli partecipativi del terzo millennio spicca il bilancio partecipativo[17] quale pratica di consultazione pubblica su talune scelte di investimento locale.

---

[10] J.S. FISHKIN, *The voice of the People: Public opinion and Democracy*, London, 1995, *La nostra voce: opinione pubblica e democrazia*, trad. it. C. Basso Milanesi, Venezia, 2003, *spec.* p. 162 ss.; R. GOODIN, J. DRYZEK, *Deliberative impacts: the macro-political uptake of mini-publics*, in *Politics Society*, n. 2/2006, p. 219-244; Y SINTOMER, *Le pouvoir au peuple: jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, 2007, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, trad. it. D. Frontini, Bari, 2009, p. 1 ss.; J. MANSBRIDGE, J. PARKINSON, *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge, 2010, p. 1 ss.; J.S. FISHKIN, *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, 2011, p. 1 ss.; G. SMITH, *Deliberative Democracy and mini-publics*, in B. GEISSEL, K. NEWTON (edited by), *Evaluating Democratic Innovations. Curing the democratic malaise?*, New York, 2012, p. 90 ss.; K. GRÖNLUND, A. BÄCHTIGER, M. SETÄLÄ, *Deliberative Mini-Publics Involving Citizens in the Democratic Process*, Colchester, 2014, p. 1 ss.; S. SHAPIRO, D. BORIE-HOLTZ, *Exploring the Relationship between Regulatory Reform in the States and State Regulatory Output*, in *Case Western Reserve Law Review*, n. 64/2014, p. 1791 ss.

[11] P. NANZ, M. FRITSCHE, *La partecipazione dei cittadini: un manuale. Metodi partecipativi: protagonisti, opportunità e limiti*, Bonn, *spec.* 2012, p. 56 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 74 ss.

[12] P.C. DIENEL, *Die Planungszelle*: *der Bürger als Chance*, V ed., Wiesbaden, 2002, p. 1 ss.

[13] Tra i tanti, F. RANIOLO, *La partecipazione politica*, II ed., Bologna, 2007, p. 238.

[14] L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 23. A tal proposito, l'Autore definisce la democrazia partecipativa "*un ombrello piuttosto largo che copre pratiche e intenzioni di svariatissima natura*".

[15] U. ALLEGRETTI, *L'Amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, p. 341.

[16] G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2003.

[17] Sulla diffusione del bilancio partecipativo negli ordinamenti sia di *common law* che di *civil law*, G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge*

Nell'ottica della *good governance*, tale congegno, che ha il suo archetipo nell'esperienza di Porto Alegre, apre spazi di discussione orizzontale tra Istituzioni e cittadini sulle politiche di allocazione delle risorse, con incremento della democraticità delle rispettive decisioni; in altri termini, mediante la valorizzazione dell'attivismo civico, il bilancio partecipativo conferisce legittimazione (e credibilità) alle Istituzioni rappresentative mediante l'apertura del *policy-making* alla voce e ai bisogni dei soggetti specie più deboli; ciò attraverso la possibilità di orientare l'utilizzo di parte delle risorse pubbliche verso determinati interventi urbani nel perseguimento di obiettivi redistributivi e di giustizia sociale.

2. La disseminazione di pratiche ed esperienze consultive tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa

Ad uno sguardo globale, la diffusione di pratiche ed esperienze partecipative si intensifica a partire dagli anni Settanta del XX sec. -specialmente negli Stati Uniti[18] ed

al contesto europeo, Transnational institute–New politics project, Working Paper, 2004, p. 1-42; Y. CABANNES, *Participatory Budgeting: Conceptual Framework and Analysis of its Contribution to Urban Governance and the Millennium Development Goals*, Working Paper, 2004, p. 1 ss.; F. MARIANI, *Il bilancio partecipativo*, Roma, 2006, p. 1 ss.; E. GANUZA FERNÀNDEZ, *Democrazia e partecipazione: i bilanci partecipativi in Spagna*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 70 ss.; A. SHAW (edited by), *Participatory budgeting*, Washington D.C., 2007, p. 1 ss.; Y. SINTOMER, C. HERZBERG, A. RÖCKE (edited by), *Démocratie participative et modernisation des services publics: des affinités éléctives? Enquête sur les expériences de budget participatif en Europe*, Paris, 2008, p. 1 ss.; D. BRUNO, M. SARTI, *Rendicontazione e partecipazione sociale: dal bilancio sociale al bilancio partecipativo. Cosa sono e cosa servono*, Roma, 2009, p. 135 ss. e p. 455 ss.; M. HORDIJK, *Peru's Participatory Budgeting: Configurations of Power, Opportunities for Change*, in *The Open Urban Studies Journal*, n. 2/2009, p. 43-55; J. LERNER, *Participatory budgeting. Bulding community agreement around tough budget decisions*, in *National civic review*, n. 2/2011, p. 30 ss.; A. PUTINI, *Esperimenti di democrazia: i bilanci partecipativi in Italia*, Roma, 2012, p. 1 ss.; Y. SINTOMER, C. HERZBERG, A. RÖCKE, G. ALLEGRETTI, *Transnational Models of Citizen Participation: the case of participatory budgeting*, in *Journal of Public Deliberation*, n. 2/2012, p. 1 ss.; F. DE TOFFEL, A. VALASTRO, voce *Bilancio partecipativo*, in *Dizionario di democrazia partecipativa*, Centro Studi Regione Umbria, 2012, p. 41-42; B. WAMPLER, *Participatory Budgeting: Core Principles and Key Impact*, in *Journal of Public Deliberation*, n. 8/2012, p. 1 ss.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, 2012, p. 138 ss.; J. LERNER, D. SECONDO, *By the people, for the people: participatory budgeting from the bottom up in North America*, in *Journal of Public Deliberation*, n. 2/2012; P. NANZ, M. FRITSCHE, *La partecipazione dei cittadini: un manuale. Metodi partecipativi: protagonisti, opportunità e limiti*, Bonn, 2012, p. 1 ss.; J. GASTIL, T. NABATCHI (edited by), *Democracy in Motion: Evaluating the Practice and Impact of Deliberative Civic Engagement*, Oxford, 2012, *spec.* p. 19 ss.; A. RÖCKE, *Framing citizen participation. Participatory budgeting in France, Germany and the United Kingdom*, Basingstoke, 2014, p. 1 ss.; G. GANGEMI (a cura di), *Dalle pratiche di partecipazione alla e-democracy: analisi di casi concreti*, Roma, 2015, p. 1 ss.; C. GAYDU, *La Démocratie participative locale. L'institution du budget participatif de la ville de Paris*, Paris, 2016, p. 1 ss.; H. RUSSON GILMAN, *Democracy Reinvented. Participatory Budgeting and Civic Innovation in America*, Washington D.C., 2016, p. 1-14. R. LEWANSKY, *La prossima democrazia: dialogo-deliberazione-decisione*, in *www.laprossimademocrazia.com*, 2016; T. BENEDIKTER, *Il bilancio partecipativo: decidere sulle finanze del proprio Comune. Un'introduzione*, Mercato Saraceno, 2017, p. 1 ss.; M. BASSOLI, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, 2018, p. 1 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 80 ss.

[18] Nell'ordinamento statunitense l'espressione "*participatory democracy*" si ricollega, per tradizione, a forme di partecipazione dal basso, nell'ambito soprattutto di fenomeni associativi, movimenti politici e sindacali. A riguardo, C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970, p. 1 ss.; P. BACHRACH, A. BOTWINICK, *Power and Empowerment: A Radical Theory of Participatory Democracy*, Temple, 1992, p. 1 ss.; A. FUNG,

in Francia[19]- attraverso il coinvolgimento degli *stakeholders* nelle scelte pubbliche ben oltre il momento del suffragio elettorale[20] ed al di là degli angusti confini della partecipazione normativa ed amministrativa.

È opinione largamente condivisa che negli ordinamenti Occidentali la rappresentanza politica non sia in grado di soddisfare interamente le pulsioni della sovranità[21], né di tradurre in maniera esaustiva il principio democratico che, notoriamente, ha un'estensione più ampia del principio rappresentativo[22]; ciò specialmente nell'età della disaffezione della società civile dalle Istituzioni che evidenzia l'allarmante *deficit* di rappresentatività di queste ultime.

In tale percorso di democratizzazione dei processi decisionali[23], i modelli della democrazia partecipativa e deliberativa promuovono forme più estese di dialogo tra Istituzioni e consociati lungo circuiti di interlocuzione ulteriori e diversi rispetto a quelli propri della tradizione novecentesca; in tale direzione "*l'obiettivo perseguito è una presenza impegnata della società civile, continua, non occasionale e scissa dalla presenza di interessi qualificati*"[24]; a riguardo, la comparazione si eleva a valido strumento di analisi dell'*iter* di aggiornamento compiuto dai principali sistemi democratici attraverso rinnovati momenti di partecipazione civica.

E.O. WRIGHT, *Deepening Democracy: Innovations in Empowered Participatory Governance*, in *Politics and Society*, n. 29/2001, p. 5-41 ss.; H. RUSSON GILMAN, *Engaging Citizen: Participatory Budgeting and the inclusive Governance Movement within the United States*, Harvard, 2016, p. 1 ss.

[19] U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 295 ss.: "*nei decenni 1960 e 1970, in Italia come in molte altre parti del mondo, vengono però a moltiplicarsi esperienze partecipative di natura varia, che cominciano ad avvicinarsi al senso specifico di cui si è detto. E la parola partecipazione, anche nel suo senso istituzionale, diventa quasi centrale al discorso politico -paradigmatica fra tutte l'esperienza statunitense, ma anche quella francese-, trovando nei movimenti mondiali e nazionali culminanti nel periodo del '68 la sua esaltazione. Sarà nel tumulto di queste insorgenze, diventate apparentemente votate alla vittoria in aree diverse del mondo, che ci si avvicina maggiormente all'intuizione della democrazia partecipativa, la cui nozione infatti appare saltuariamente -ma anche con risalto-, accanto a quella più corrente di partecipazione, innanzi tutto negli Stati Uniti e anche in Francia*".

[20] P.L. ZAMPETTI, *Partecipazione e democrazia completa: la nuova vera via*, Soveria Mannelli, 2002, p. 1 ss.; R. BIN, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, p. 8, secondo i quali si tratterebbe, principalmente, di modalità di partecipazione politica concepite per canalizzare la sovranità popolare in modo parallelo e complementare alle procedure elettorali.

[21] In dottrina, *ex plurimis*, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 10 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1975, p. 149 ss.; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, Città di castello, 1954, ora in Id., *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 1 ss.

[22] A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in Id. (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015, p. 2.

[23] Auspica una "*democratizzazione della democrazia*" B. DE SOUSA SANTOS (editado por), *Democratizar a democracia, os caminhos da democratia participativa*, Rio de Janeiro, 2002, *Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa*, trad. it. D. Santoro, Enna, 2003, p. 1 ss.

[24] M. CIANCAGLINI, *Dall'incentivazione al consolidamento: un possibile percorso normativo della democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 183.

Mentre il paradigma della democrazia partecipativa rinviene le proprie radici nelle esperienze dei Paesi sudamericani[25], gli schemi della democrazia deliberativa trovano, viceversa, affermazione negli ordinamenti del Nord America e nel Nord Europa per poi diffondersi nella maggioranza degli Stati europei. Entrambi i modelli rintracciano un fondamento implicito nelle Carte costituzionali moderne, perseguendo la finalità (comune) di incorporare il maggior numero di *stakeholders* nei processi decisionali[26], oltre le preclusive regole di esercizio delle classiche formule partecipative.

Tuttavia, la distinzione tra democrazia partecipativa e democrazia deliberativa, pur valida e coerente a livello teorico, tende a sfumarsi in sede applicativa, rendendo di fatto la seconda una *species* della prima.

Il modello della democrazia partecipativa[27] costituisce "*una categoria generale comprensiva di un universo di nuove pratiche e dispositivi (processi, procedure)*", in via di

[25] P. VARGAS CÉSPEDES, D.A. ZAMUNER, *Dalla retorica partecipativa alla realtà quotidiana: lo stato attuale della democrazia partecipativa in America centrale*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 38 ss.; L. AVRITZER, *The two faces of Institutional Innovations: promises and limits of democratic Participation in Latin America*, Northampton, 2017, p. 1 ss.

[26] In argomento, tra i tanti, J. ELSTER, *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998, p. 8 ss.; L. CATALDI, *Promesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?*, Torino, 2008, p. 1 ss.; M.L. EBERHARDT, *Las formas participativas y deliberativas de la democracia ¿superando la crisis de la representación?*, in *La balsa de piedra: revista de teoría y geoestrategia iberoamericana y mediterránea*, n. 10/2015, p. 1 ss.

[27] La teoria della democrazia partecipativa è elaborata da C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970, p. 1 ss., *spec.* p. 357 ss.; A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Quale giustizia*, n. 33/1975, p. 340 ss.; D. HELD, *Models of Democracy*, Cambridge, 1987, p. 1 ss.; P.L. ZAMPETTI, *La democrazia partecipativa e il rinnovamento delle istituzioni*, Genova, 1995, p. 11 ss.; J.M. FOURNIAU, *Information, Access to Decision-Making and Public Debate in France, the Growing Demand for Deliberative Democracy*, in *Science and Public Policy*, n. 6/2001, p. 441 ss.; A. FUNG, E.O. WRIGHT, *Deepening Democracy: Innovations in Empowered Participatory Governance*, in *Politics and Society*, n. 29/2001, p. 5 ss.; A. BEVORT, *Pour une démocratie participative*, Paris, 2002, p. 1 ss.; F. POLLETTA, *Freedom is an Endless Meeting. Democracy in American Social Movements*, Chicago, 2002, p. 1 ss.; B. DE SOUSA SANTOS (editado por), *Democratizar a democracia, os caminhos da democratia participativa*, Rio de Janeiro, 2002, *Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa*, trad. it. D. Santoro, Enna, 2003, p. 1 ss.; F. FISCHER (edited by), *Reframing public Policy. Discursive Politics and Deliberative Practices*, New York, 2003, *spec.* p. 205 ss.; M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa e deliberativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, p. 180 ss.; M.H. BACQUÉ, H. REY, Y. SINTOMER (sous la direction de), *Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative*, Paris, 2005, p. 1 ss., *spec.* p. 41 ss.; A. MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all'autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 134 ss.; M. CRÉPON, B. STIGLER, *De la démocratie participative. Fondements et limites*, Paris, 2007, p. 1 ss.; N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma, 2009, p. 1 ss.; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 29 ss.; J.S. FISHKIN, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, 2011, *passim*. D. FRIEDRICH, *Democratic participation and civil society in the European union*, New York, 2011, p. 1 ss.; M. MORELLI, *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 1 ss.; J.P. GAUDI, *La démocratie participative*, Paris, 2013, p. 1 ss.; S. LEBRETON (sous la direction), *La démocratie participative, enjeux et réalités: France, Brésil, Chine, Suisse, Union européenne*, Paris, 2013, p. 1 ss.; V. PAZÉ, *Democrazia partecipativa: che cos'è?*, in M. MANGINI (a cura di), *Democrazia, cittadinanza e governo del territorio*, Bari, 2013, p. 64 ss.; J. FONT, D. DELLA PORTA, Y. SINTOMER, *Participatory Democracy in Southern Europe. Causes, Characteristics and Consequences*, London-New York, 2014, p. 1 ss.; M.C. MARCHETTI, *L'Europa dei cittadini: cittadinanza e democrazia nell'Unione europea*, Milano, 2015, p. 1 ss.; B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità*?, in *Stato e mercato*, n. 73/2015, p. 97 ss.; C. PESCE, *Democrazia rappresentativa e democrazia*

affermazione in Italia, in Europa e nel Mondo. A riguardo, la maggior parte delle esperienze concerne *"attività dell'amministrazione, che si svolgono soprattutto tra espressioni dirette dei cittadini e della società e gli esecutivi (governi locali in primo luogo ma anche regionali e statali), con più scarsa partecipazione degli organi normativi"*[28]. In tal senso, l'archetipo della democrazia partecipativa ricomprende non solo schemi e moduli della democrazia deliberativa ma anche istituti ascrivibili alla democrazia diretta (si consideri, a riguardo, l'esperienza statunitense sia pure con riferimento ai singoli Stati federati).

In generale, la democrazia partecipativa realizza forme di interazione biunivoca fra Istituzioni e società che orientano il *policy-making* verso l'elaborazione di scelte ponderate ed inclusive. In altri termini, la sua caratteristica principale consiste nel porre in rapporto dialettico governanti e governati, vertice e base, attraverso una partecipazione civica allargata.

A differenza delle mere pratiche di autogestione delle forze sociali, la democrazia partecipativa si caratterizza per *"la presenza attiva delle Istituzioni (…), chiamate, secondo un compito per loro normale ma in questi casi non esclusivo, a ruoli di iniziativa, istruttorio e decisorio"*[29] in collaborazione con i *cives*. Infatti, gli schemi partecipativi generalmente assegnano l'emanazione della decisione non già ai consociati, bensì al *policy-maker* pubblico, salvi taluni esperimenti deliberativi a livello locale in cui realizzano forme disintermediate di esercizio della sovranità popolare (oltre naturalmente alle ipotesi di democrazia diretta).

Anche laddove la partecipazione non abbia efficacia vincolante -come accade nella maggior parte delle fattispecie[30]-, la consultazione dei cittadini riveste, comunque, un ruolo di primo piano, per l'attenzione politico-mediatica ad essa riservata; ne consegue, per l'effetto, come i contributi dei privati si elevino ad imprescindibili strumenti di coazione capaci di influenzare la decisione pubblica tanto *ex ante* in sede di formulazione quanto *ex post* in sede di correzione.

---

partecipativa nell'Unione europea, Napoli, 2016, p. 1 ss.; S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Milano, 2018, p. 1 ss., *spec.* p. 62 ss.; S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, *spec.* p. 159 ss.; L. BEHERER, P. DUFOUR, F. MONTAMBEAULT (edited by), *The participatory democracy turn*, London, 2018, p. 1 ss.

[28] U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 295 ss. In argomento, già Y. SINTOMER, *Le pouvoir au peuple: jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, 2007, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, trad. it. D. Frontini, Bari, 2009, p. 162 ss.).

[29] U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 13. Secondo l'Autore tali Istituzioni *"non sono dunque affatto spodestate dal loro ruolo, ma questo subisce una diversa declinazione rispetto alle procedure puramente rappresentative e burocratiche dal dover accettare l'interazione autonoma del pubblico"*; ciò trova conferma nella circostanza che *"quasi sempre saranno esse ad assumere la vera e propria decisione finale"*.

[30] L. BOBBIO, G. POMATTO, *Modelli di coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, in *Meridiana*, n. 58/2007, p. 45, secondo cui non è possibile *"trasferire alla democrazia partecipativa le dinamiche di quella rappresentativa, ricercando il potere decisionale in luogo di quello consultivo, il vincolo giuridico in luogo dell'influenza"*.

Le plurime esperienze della democrazia partecipativa -si pensi, a titolo esemplificativo, all'*orçamento participativo* brasiliano, al *débat public* francese o alla *public inquiry* britannica- risultano preordinate ad assicurare massima implementazione al principio consultivo, attraverso differenti metodi di individuazione degli *stakeholders* (porta aperta, mini-pubblico, campione casuale, misto). La partecipazione determina, in ogni caso, la formazione di nuovi spazi di discussione, anche virtuale, in cui le decisioni, adottate all'esito del confronto tra Autorità e cittadini, ricevono un *surplus* di legittimazione sociale democratica.

Ad uno sguardo comparato emerge come il paradigma della democrazia partecipativa richieda, o quantomeno prediliga, forme di decentramento politico di tipo regionale o locale[31], atteso che proprio in ambito sub-statuale è possibile rinvenirne le più feconde applicazioni. In proposito, il principio consultivo tende ad "*enfatizzare il legame con il territorio e ciò consente di conferire al requisito dell'appartenenza ad una determinata comunità il valore di condizione necessaria per l'esercizio dei diritti di partecipazione*"[32]. Ciò è particolarmente vero a livello comunale ove si rilevano le più proficue modalità di comunicazione fra Istituzioni ed abitanti del territorio, atteso il robusto collegamento tra il principio di partecipazione ed il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale. Del resto, come efficacemente affermato, "*partecipazione e sussidiarietà costituiscono (…) un continuum, ponendosi a pieno titolo come strumenti di un metodo di governo fondato sulla costruzione condivisa della democrazia*"[33].

Il modello della democrazia deliberativa[34] (dall'inglese *deliberation* cioè discussione informata), teorizzato a partire dagli anni Ottanta del XX secolo, consiste in una

[31] U. ALLEGRETTI, *Participatory Democracy in Multi-Level States*, in C. FRAENKEL-HAEBERLE, S. KROPP, F. PALERMO, K.P. SOMMERMANN (edited by), *Citizens Participation in Multilevel Democracies*, Boston, 2015, p. 205.

[32] V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, p. 42.

[33] A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive nei regolamenti comunali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2016, p. 13-14.

[34] Sui tratti distintivi della democrazia deliberativa J.M. BESSETTE, *Democracy: the Maiority Principle in Republican Government*, in R.A. GOLDWIN, W.A. SHAMBRA (edited by), *How democratic is the Constitution?*, Washington D.C., 1980, p. 102 ss.; D. HELD, *Models of Democracy*, Cambridge, 1987, p. 1 ss.; J. COHEN, *Deliberative Democracy and Democratic Legitimacy*, in A. HAMLIN, P. PETTIT (edited by), *The Good Polity*, Oxford, 1989, p. 17 ss.; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechstaats*, Frankfurt, 1992, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad.it. L. Ceppa, Milano, 1996, p. 1 ss.; J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Torino, 1993, p. 1 ss.; J. ELSTER (edited by), *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998, p. 1 ss.; J. BOHMAN, *The Coming of Age of Deliberative Democracy*, in *Journal of Political Philosophy*, n. 6/1998, p. 401 ss.; J.S. DRYZEK, *Deliberative De-mocracy and Beyond*, Oxford, 2000, p. 1 ss.; A. FUNG, E.O. WRIGHT (edited by), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, London, 2003, p. 1 ss.; J.S. FISHKIN, P. LASLETT (edited by), *Debating Deliberative Democracy*, Oxford, 2003, p. 1 ss.; F.M. BRYAN, *Real democracy: the new England Town meeting and how it works*, Chicago, 2003, p. 1 ss.; S. CHAMBERS, *Deliberative Democratic Theory*, in *Annual Review of Political Sciences*, n. 6/2003, p. 307 ss.; C. MENKEL-MEADOW, *The Lawyer's role (s) in Deliberative democracy*, in *Nevada Law Journal*, n. 5/2004, p. 347 ss.; G. BOSETTI, F. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, p. 1 ss.; L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare? Promesse e problemi della democrazia deliberativa*, in Id., *La deliberazione pubblica*, Roma, 2005, p. 1 ss.; J. GASTIL, P. LEVINE, *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty First Century*, San Francisco, 2005, p. 1 ss.; J. PARKINSON, *Deliberating in the Real World*, Oxford, 2006, p. 1 ss.; S. BESSON, J.L. MARTÌ (edited

discussione aperta, argomentata e consapevole fra gli interessati volta a far emergere posizioni nuove, oltre le tradizionali modalità di dialogo tra pubblici poteri e *cives*.
A differenza dell'uso corrente ove deliberare è sinonimo di decidere, gli schemi della democrazia partecipativa mirano ad una discussione aperta e ponderata dei *pro* e dei *contra* in vista della assunzione di una decisione equa e ragionevole[35].
Le plurime esperienze riconducibili a tale modello sono contraddistinte, per un verso, dall'utilizzo di modalità di confronto circostanziato e, per l'altro, dall'inclusione di *different points of view* ascrivibili ai *cives* tanto *uti singuli* quanto associati. Infatti, nel modello deliberativo tutti gli interessi in gioco, anche minoritari, devono essere rappresentati e considerati (sia pure sommariamente).
Tali esperienze conducono a vere e proprie "*arene deliberative*" nelle quali il momento consultivo può essere eccezionalmente accompagnato da un momento tipicamente decisorio, sia pure su circoscritte questioni locali[36].
Nonostante parte della dottrina conferisca alla democrazia deliberativa una propria autonomia concettuale[37], è preferibile inquadrare tale modello nei più ampi schemi della democrazia partecipativa, in un rapporto di specie a genere[38]; ciò trova conferma nelle affinità tra i due modelli rintracciabili, in primo luogo, nell'obiettivo di assicurare forme di consultazione preventiva degli *stakeholders* rispetto alla decisione; in secondo

---

by), *Deliberative Democracy and its Discontents,* Aldershot, 2006, p. 57 ss.; G. SCOFFONY, *La démocratie participative dans les États fédérés américains,* in F. ROBBE (édité par), *La démocratie participative,* Paris, 2007, p. 98 ss.; R. LEWANSKI, *La democrazia deliberativa. Nuovi orizzonti per la politica,* in *Aggior. soc.*, n. 12/2007, p. 750-753. J. CHEVALLIER, *Synthèse,* in F. ROBBE (édité par), *La démocratie participative,* Paris, 2007, p. 214 ss.; L. CATALDI, *Premesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?*, Working papers -LPF, n. 3/2008, p. 23 ss.; R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa,* in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 271 ss.; B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità*?, in *Stato e mercato*, n. 73/2015, p. 97 ss.; M. TRETTEL, *The politics of deliberative democracy. A comparative survey of the "law in action" of citizen participation*, in *Revista de derecho politico*, n. 94/2015, p. 85 ss.; M. REUCHAMPS, J. SUITER (edited by), *Constitutional deliberative democracy in Europe*, Colchester, 2016, p. 1 ss.; P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, p. 1 ss.; A. FLORIDIA, *Un'idea deliberativa della democrazia: genealogia e principi*, Bologna, 2017, p. 1 ss.

[35] R. LEWANSKY, *La prossima democrazia: dialogo-deliberazione-decisione*, in *www.laprossimademocrazia.com*, 2016, *spec.* p. 41.

[36] L'espressione è utilizzata da L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, n. 3/2002, p. 6 ss. e successivamente ripresa da M. CAMMELLI, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative,* in *Stato e Mercato*, n. 73/2005, p. 89 ss.; D. GIANNETTI, *Modelli e pratiche della democrazia deliberativa* in G. PASQUINO, (a cura di), *Gli strumenti della democrazia*, Bologna, 2007, p. 122 ss.; P. NANZ, M. FRITSCHE, *La partecipazione dei cittadini: un manuale. Metodi partecipativi: protagonisti, opportunità e limiti*, Bonn, 2012, p. 1 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 15 ss. *Contra,* V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, Introduzione, p. XXI: "*di norma non si attribuisce all'arena deliberativa un compito propriamente decisionale; la decisione spetta agli organi rappresentativi che però dovranno rendere conto della propria decisione rispetto al dibattito avvenuto, giacché lo scopo principale del metodo deliberativo consiste nell'ottenere la razionalità della decisione (almeno tendenzialmente) in ogni settore di attività dei poteri pubblici*".

[37] R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *www.astrid-online.it*, n. 91/2009, p. 3.

[38] Tale tesi è sostenuta principalmente da L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 14; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, p. 779 ss.

luogo, nella natura prevalentemente istruttoria della partecipazione e nella sua non vincolatività sulla scelta affidata all'Autorità procedente[39].
Con riferimento, poi, agli elementi differenziali, è preferibile tralasciarli atteso che, nonostante la validità teorica delle elaborazioni compiute, la loro individuazione è incerta e mutevole in sede applicativa[40] per le ricadute sostanzialmente uniformi di entrambi i paradigmi nel quadro della generale tendenza alla omogeneizzazione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* in atto a livello globale.
In generale, l'onnicomprensivo modello della democrazia partecipativa favorisce l'inclusione della generalità dei consociati all'interno di processi decisionali aventi ricadute su di un'ampia e indeterminata platea di soggetti ed interessi, anche emarginati e sforniti di tutela, ma in ogni caso socialmente meritevoli di attenzione[41].
Altro aspetto importante da considerare riguarda le modalità di interazione tra il modello della democrazia rappresentativa ed il modello della democrazia partecipativa[42] inteso in senso lato. A tal proposito, occorre osservare se, ed in che modo, la valorizzazione del principio consultivo determini l'affermazione di nuovi momenti di esercizio della sovranità popolare, tali da migliorare nell'ambito dei moderni Stati pluralistici[43] i processi decisionali in termini di efficacia dell'azione pubblica, di difesa del cittadino e di vigilanza democratica.
È opinione largamente condivisa che la relazione fra i modelli *de quibus* non sia di tipo sostitutivo ma persegua una finalità di integrazione e correzione capace di incrementare la democraticità del *decision-making*[44]. In tale direzione si assiste all'aggiornamento e al completamento del meccanismo (artificioso) della rappresentanza[45], mediante una legittimazione supplementare proveniente dal basso;

---

[39] In tema, L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 22 ss.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, p. 800 ss.; recentemente, G. PEPE, *Principio di partecipazione e consultazioni pubbliche,* in *Comparazione e diritto civile*, 11-2018, *spec.* p. 6 ss.

[40] E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. soc.*, n. 3/2016, p. 507 ss.

[41] M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, p. 39.

[42] In particolare, P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, trad. it. E. Benghi, Torino, 2006, p. 17 ss.; A. RÖCKE, Y. SINTOMER, *Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi,* in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 95 ss.; L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 23.

[43] L. ELIA, G. BUSIA, voce *Stato democratico,* in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 56 ss., *spec.* p. 63. Secondo gli Autori la sovranità popolare trova nuova linfa nel principio pluralista che costituisce "*una delle principali vie di arricchimento e moltiplicazione dei canali attraverso i quali può essere esercitata la sovranità popolare parallelamente, ed alle volte addirittura alternativamente, rispetto alle procedure elettorali*".

[44] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechstaats*, Frankfurt, 1992, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia,* trad.it. L. Ceppa, Milano, 1996, p. 440 ss.; D. ESTLUND, *Democracy and the Real Speech Situation?*, in S. BESSON, J.L. MARTÌ (edited by), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot, 2006, p. 86 ss.

[45] U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 24: "*la rappresentanza è in*

del resto, la democrazia moderna è necessariamente ma non esclusivamente rappresentativa[46].

A riguardo, la Corte costituzionale afferma che "*le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi* (…) *non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale*" e "*si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti*"[47].

Pertanto, sono auspicabili forme di reciproca complementarietà tra modelli da perseguire eliminando le rispettive criticità e favorendo una democratizzazione delle decisioni pubbliche mediante la costante interlocuzione con gli *stakeholders*[48].

Da evidenziare, infine, come nelle pratiche ed esperienze di democrazia partecipativa e deliberativa, il maggior contributo offerto dai privati (di regola non vincolante per la decisione finale), se valorizzato dall'opinione pubblica e dai *mass media*, può esercitare una significativa *moral suasion* sul decisore pubblico, alle volte più efficace di vincoli giuridici di natura procedimentale o di successive tutele processuali. Del resto, proprio la flessibilità e l'informalità di molte pratiche partecipative ne costituisce l'elemento di forza, evitando, ad esempio, rigorose delimitazioni dell'ambito soggettivo dei partecipanti[49].

3. Il bilancio partecipativo. Il modello di Porto Alegre

Tra i più efficaci strumenti di democrazia partecipativa rientra, di sicuro, il bilancio partecipativo, pratica che predilige l'ambito di governo locale[50], raccordandosi al principio di sussidiarietà. In tal senso, il bilancio partecipativo rinviene il principale *habitat* applicativo a livello comunale, ove la maggiore vicinanza dell'Istituzione ai

---

verità un artificio perché il rapporto di effettiva rappresentazione dei rappresentati da parte dei rappresentanti, che dovrebbe garantirne l'aderenza alla volontà popolare, non sarà mai perfetto oltretutto indebolito dalla temporalità lunga che separa un'elezione dall'altra, dalla complessità dei tramiti che portano alla formazione dei corpi elettivi e dall'investitura per lo più indiretta dell'esecutivo".

[46] A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in Id. (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015, p. 1.

[47] *Corte cost.*, 10 luglio 2002, n. 106, in *www.cortecostituzionale.it*.

[48] D'altronde, anche i paradigmi della democrazia partecipativa e della democrazia deliberativa, individualmente considerati, scontano limiti e criticità; infatti, pur nel lodevole scopo di includere il maggior numero di persone, alle volte determinano la partecipazione di ristrette minoranze, a differenza di quanto accade nella democrazia rappresentativa fondata sulla delega elettorale e, dunque, sulla consultazione di una vasta componente della società civile.

[49] L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, n. 3/2002, p. 11, secondo cui "*una buona deliberazione condotta senza troppi impacci legali ha qualche probabilità di pesare nell'arena politica*". Successivamente, in argomento, M.A. GLIATTA, *Partecipazione a livello locale*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, p. 73 ss.; F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 42. *Contra*, A. MASUCCI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa: alcuni punti fermi per una loro integrazione*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 370, il quale sostiene la necessità di rendere obbligatoria "*la presa in considerazione delle decisioni della società civile nello svolgimento del procedimento decisionale degli organismi rappresentativi*", attribuendo ad essa "*precisi effetti giuridici*".

[50] R.N. ABERS, *Inventing Local Democracy: Grassroots Politics in Brasil*, London 2000, p. 1 ss.

consociati sollecita più intensi e proficui momenti di collaborazione tra la sfera pubblica e la sfera privata. Tale esperienza è espressiva di un importante attivismo civico dal basso che mira a rafforzare e legittimare, per altra via, le Istituzioni della rappresentanza ed i relativi processi decisionali[51].

Affermatasi nel 1989 a Porto Alegre, questa pratica di consultazione civica ha avuto successivamente una diffusione globale, radicandosi, sia pure con varianti, in più di un ordinamento del Continente europeo[52], con un incremento negli ultimi anni grazie alle nuove tecnologie informatiche che hanno potenziato la *e-participation* e la *e-democracy*[53].

Non esiste, pertanto, ad oggi un modello unico di bilancio partecipativo, ma se ne rintracciano molteplici declinazioni capaci di adattare lo schema brasiliano ai plurimi ed eterogenei contesti di radicamento.

Si tratta, in generale, di uno strumento di consultazione preordinato ad acquisire la voce degli abitanti di un territorio su talune decisioni di spesa pubblica all'interno dei processi di allocazione delle risorse di bilancio. L'accezione di abitanti ha un carattere onnicomprensivo tale da includere tutti i soggetti che risiedano o lavorino all'interno dell'area urbana senza distinzione alcuna; del resto, l'inclusività costituisce il tratto caratteristico del bilancio partecipativo e, più in generale, degli strumenti di democrazia partecipativa.

Il processo decisionale -che coinvolge in più fasi una pluralità di attori- si articola in Assemblee e riunioni pubbliche finalizzate all'individuazione delle priorità di spesa. L'Amministrazione è presente con un proprio rappresentante al precipuo fine di condividere con i *cives* informazioni tecniche, legali e finanziarie in vista di una consultazione consapevole ed informata. In questo modo, il bilancio partecipativo è in grado di includere, potenzialmente, tutti gli abitanti del territorio -al di là della titolarità di specifiche posizioni legittimanti- mediante una rete orizzontale e multilivello di Assemblee territoriali e tematiche. Conseguentemente, l'allocazione di parte delle risorse di bilancio segue le preferenze dei cittadini, incentivando forme di responsabilità sociale e di *compliance* sulle decisioni di spesa.

---

[51] Tra i tanti, P. NORRIS, *Democratic Phoenix: Reinventing political activism*, Cambridge, 2002, *spec.* p. 223 ss.

[52] V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 82: "*il bilancio partecipativo ha avuto una straordinaria diffusione. (…) Dal Brasile l'istituto si è diffuso in Sud America e nel resto del mondo: Nord America, Europa, Asia, Africa, Oceania*".

[53] Tra i tanti, G. PEPE, *Democrazia digitale ed Istituzioni rappresentative: una convivenza possibile?*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2017, p. 955 ss.

La partecipazione civica, promossa dal bilancio partecipativo, ha solitamente un'efficacia non vincolante[54], pur esercitando, di fatto, una significativa *moral suasion* sull'Istituzione territoriale interessata[55].

In special modo, il bilancio partecipativo di Porto Alegre[56], da decenni, costituisce il paradigma di riferimento per ogni ordinamento che si orienti alla sperimentazione di tale pratica partecipativa. Ispirato a finalità di giustizia redistributiva, il modello brasiliano intende sconfiggere le disuguaglianze sociali attraverso il coinvolgimento

[54] G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge al contesto europeo*, Transnational institute-New politics project, Working Paper, 2004, p. 5. Secondo gli Autori il bilancio partecipativo rappresenta "*un'arena deliberativa nell'accezione inglese del verbo "to deliberate" (che non indica l'adozione di una decisione ma il processo dialogico/argomentativo che porta ad un accordo); ma raramente costituisce un'istituzione deliberante, le cui scelte abbiano il diritto di non essere poste in discussione*".

[55] F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici,* in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 42. In tema già L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 22; M.A. GLIATTA, *Partecipazione a livello locale*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, p. 73 ss.

[56] Con riferimento all'esperienza della città di Porto Alegre T. GENRO, U. SOUZA, *Presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*, Buenos Aires, 1998, p. 1 ss.; B. SOUSA SANTOS, *Participatory Budgeting in Porto Alegre: Toward a Redistributive Democracy*, in *Politics & Society*, n. 4/1998, p. 461 ss.; L. FEDOZZI, *O Poder da Aldeia. Gênese e História do Orçamento Participativo de Porto Alegre*, Porto Alegre, 2000, p. 1 ss.; G. ALLEGRETTI, *Bilancio partecipativo e gestione urbana: l'esperienza brasiliana di Porto Alegre,* in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle Assemblee Elettive*, I, Torino, 2001, p. 1 ss.; B. GOLDFRANK, A. SCHNEIDER, *Budget and Ballots in Brazil: Participatory Budgeting from the City to the State*, Working Paper, Brighton, 2002, p. 1 ss.; M. GRET, Y. SINTOMER, *Porto Alegre: l'espoir d'une autre democratie,* Paris, 2002, p. 1 ss.; J.C. LEITE, I. LOUREIRO, M.E. CEVASCO, *O Espírito de Porto Alegre*, São Paulo, 2002, p. 1 ss.; B. LEUBOLT, *Das Partizipative Budget. Demokratisierung der Wirtschaftspolitik in Porto Alegre,* in *Kurswechsel*, n. 1/2003, p. 44 ss.; G. ALLEGRETTI, *L'insegnamento di Porto Alegre. Autoprogettualità come paradigma urbano,* Firenze, 2003, p. 1 ss.; M. HARNECKER, *Delegando potere alla gente. Il bilancio partecipativo in Porto Alegre,* trad. it. G. Verneau, Vicenza, 2003, p. 1 ss.; S. AMURA, *La città che partecipa: guida al bilancio partecipativo e ai nuovi istituti di democrazia*, Roma, 2003, p. 23 ss.; A. MARQUETTI, *Characteristics of Brazilian cities experimenting with participatory budgeting*, Working paper, Porto Alegre, 2005, p. 1 ss.; H. WAINWRIGHT, *Sulla strada della partecipazione: dal Brasile alla Gran Bretagna, viaggio nelle esperienze di nuova democrazia*, trad. it. A. Chiesura, Roma, 2005, p. 69 ss.; B. SOUSA SANTOS, C. RODRÌGUEZ GARAVITO (edited by), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, 2005, p. 331 ss.; G. BAIOCCHI, *Militants and citizens: the politics of participatory democracy in Porto Alegre*, Stanford, 2005, p. 1 ss.; C. GLENDINNING, M. POWELL, K. RUMMERY, *The Porto Alegre Experiment: Learning Lesson for Better Democracy*, London, 2005, p. 1 ss.; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, trad. it. E. Benghi, Torino, 2006, p. 17 ss.; R. GESTA LEAL, *Estado, Administração Pùblica e Sociedade*, Porto Alegre, 2006, p. 1 ss.; C. CHERON, *O Orçamento Participativo de Porto Alegre, Análise de uma experiência de democracia participativa e sua autonomia legal*, Porto Alegre, 2006, p. 1 ss.; VARGAS CÉSPEDES, D.A. ZAMUNER, *Dalla retorica partecipativa alla realtà quotidiana: lo stato attuale della democrazia partecipativa in America centrale,* in *Dem. dir.*, n. 3/2006, *spec.* p. 38 ss.; B. WAMPLER, *Participatory budgeting in Brasil: contestation, cooperation and accountability*, Pennsylvania, 2007, p. 1 ss.; D. BRUNO, M. SARTI, *Rendicontazione e partecipazione sociale: dal bilancio sociale al bilancio partecipativo. Cosa sono e cosa servono*, Roma, 2009, p. 135 ss.; C. DI MARCO, *Democrazia, autonomie locali e partecipazione fra diritto, società e nuovi scenari transnazionali*, Padova, 2009, p. 305 ss.; E. ARAGONES, S. SÁNCHEZ-PAGÉS, *A theory of participatory democracy based on the real case of Porto Alegre,* in *European Economic Review,* n. 1/2009, p. 56 ss.; L. AVRITZER, *Participatory Institutions in democratic Brasil*, Washington, 2009, p. 1 ss.; S. STORTONE, *Il bilancio partecipativo di Porto Alegre: il contributo brasiliano alle pratiche di partnership,* in *Sociol. pol. soc.*, n. 3/2010, p. 127 ss.; V. PAZÉ, *Democrazia partecipativa: che cos'è?*, in M. MANGINI (a cura di), *Democrazia, cittadinanza e governo del territorio*, Bari, 2013, p. 70 ss.; V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, p. 273 ss.; M. BASSOLI, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, 2018, p. 127 ss.

dei consociati, specie se poveri ed emarginati, nelle decisioni comunali di spesa (es. edilizia scolastica, riqualificazione delle aree urbane *etc*..).
Il *policy-making* -all'interno del quale trova collocazione il bilancio partecipativo- coniuga momenti di partecipazione diretta con momenti di partecipazione delegata, attraverso un *iter* complesso in cui la decisione finale spetta alla *Câmara municipal* (l'organo rappresentativo e di indirizzo politico dell'Amministrazione comunale di Porto Alegre).
Se una prima fase è caratterizzata da una pluralità di Assemblee locali e di zona, la seconda vede l'intervento del *Conselho do orçamento participativo* (Consiglio del bilancio partecipativo), apposito organismo formato da consiglieri eletti nei vari distretti urbani[57] con il compito di rappresentare le priorità di bilancio espresse dalle Assemblee civiche; i componenti del *Conselho*, in altri termini, svolgono un lavoro di sintesi delle proposte provenienti dai territori, negoziando con l'Amministrazione comunale gli interventi di spesa[58].
Il *Conselho* ha la funzione di pianificare e decidere su una parte delle entrate e delle uscite del bilancio di Porto Alegre[59]; in particolare, stabilisce le priorità di spesa, formalizzandole in un documento -giuridicamente non vincolante- che assegna le quote di bilancio per ciascun distretto e area tematica, unitamente all'individuazione dei progetti da finanziare. Il documento viene successivamente acquisito dall'Esecutivo comunale e presentato alla *Câmara municipal* cui è riservata la decisione finale. Pur potendo emendare il documento, la *Câmara* tende generalmente a recepire ed approvare le indicazioni provenienti dal *Conselho* e quindi dai cittadini[60], la cui partecipazione è amplificata dai *mass media*, al punto da influenzare in via fattuale il *decision-maker* pubblico[61]. D'altronde, il bilancio partecipativo si eleva a strumento di vigilanza democratica con cui il corpo sociale e l'opinione pubblica orientano e, al contempo, monitorano l'utilizzo delle risorse di bilancio.
Nel rafforzare la fiducia dei governati verso i governanti, il bilancio partecipativo porto-alegrense è particolarmente espressivo di una rinnovata *governance* locale

[57] Che il bilancio partecipativo di Porto Alegre sia un processo totalmente sociale ed autonomo è dimostrato dal divieto per chi ricopre incarichi pubblici o di governo di essere eletto come delegato o consigliere in seno al *Conselho do orçamento participativo*.

[58] Va osservato come l'Esecutivo comunale sia presente tanto nel *Conselho do orçamento participativo* con due rappresentanti senza diritto di voto, quanto nei singoli distretti con i propri uffici, limitandosi però a fornire un mero supporto informativo, tecnico ed operativo.

[59] Il *Conselho do orçamento participativo*, inoltre, definisce: a) le regole del gioco; b) i sistemi decisionali; c) i criteri di allocazione delle risorse; d) il numero di plenarie e di tematiche; e) la matrice di bilancio da presentare alla *Câmara municipal*.

[60] In proposito, L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 23: "*la Câmara municipal conserva i suoi pieni poteri nelle decisioni sul bilancio e potrebbe disattendere le indicazioni che vengono dalle assemblee. Se non lo fa, è per via dell'influenza che l'orçamento partecipativo esercita, non per obbligo*".

[61] Il riconoscimento dell'efficacia vincolante della partecipazione civica avrebbe, per contro, depotenziato il ruolo delle Istituzioni rappresentative, permettendo a cittadini privi di investitura popolare di sostituirsi ai rappresentanti democraticamente eletti.

orientata sempre più alla "*democratizzazione della democrazia*", attraverso il coinvolgimento degli *stakeholders* nelle decisioni di pubblico interesse, ben oltre i tradizionali confini della partecipazione politica e della partecipazione amministrativa. In tale direzione, vengono ad instaurarsi, nel corso dell'anno finanziario, intense forme di collaborazione tra le Istituzioni ed il *quivis de populo* con riferimento ad importanti decisioni di spesa pubblica.
Pertanto, nella realtà porto-alegrense il bilancio partecipativo si connota quale processo inclusivo, sociale e *bottom-up* -sia pure all'interno di un *iter* istituzionale- che ravviva l'azione pubblica, innestando nuove forme di partecipazione negli schemi classici della democrazia rappresentativa. D'altronde, "*la forza democratica del bilancio partecipativo dipende dalla volontà delle istituzioni (…) di condividere il potere*"[62], specialmente in ordine alle decisioni di spesa.
Uno dei limiti talora evidenziati dal bilancio partecipativo è ravvisato nel livello di partecipazione solitamente inferiore rispetto alla partecipazione elettorale. Tuttavia, ciò non costituisce alcuna criticità, stante la natura servente ed integrativa di tale forma di consultazione rispetto alla decisione riservata alla *Câmara municipal*, quale organo rappresentativo democraticamente eletto.

4. Una panoramica sulle esperienze di alcuni Paesi europei

L'inarrestabile diffusione di pratiche di democrazia partecipativa si è intensificata negli ultimi decenni nell'ambito del Continente europeo, a causa della delegittimazione dei partiti politici, del declino della partecipazione elettorale[63] e, da ultimo, della recessione economico-finanziaria.
Le prime significative esperienze di bilancio partecipativo si rilevano a partire dagli anni Novanta del XX interessando, tra gli altri, Paesi come Italia, Spagna, Francia e Germania[64]. In particolare, "*con la crisi finanziaria (…) il tema delle risorse è sempre più al*

[62] H. WAINWRIGHT, *Sulla strada della partecipazione: dal Brasile alla Gran Bretagna, viaggio nelle esperienze di nuova democrazia*, trad. it. A. Chiesura, Roma, 2005, p. 86: "*la trasparenza delle regole del BP e il suo carattere di contrattazione pubblica sono fonti vitali della sua legittimità*"; aggiunge, poi, l'Autrice che "*il BP è un'estensione della democrazia, non è in competizione con essa*".

[63] S. RODRIQUEZ, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione. Esperienze di diritto comparato*, Napoli, 2017, p. 162.

[64] Per un'analisi comparata G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge al contesto europeo*, Transnational institute-New politics project, Working Paper, 2004, p. 1-42; M. HARNECKER, *Delegating Power to the People. Participatory Budget in Porto Alegre*, in *www1.worldbank.org*, 2004, p. 1 ss.; H. WAINWRIGHT, *Sulla strada della partecipazione: dal Brasile alla Gran Bretagna, viaggio nelle esperienze di nuova democrazia*, trad. it. A. Chiesura, Roma, 2005, p. 1 ss.; E. GANUZA FERNÀNDEZ, *Democrazia e partecipazione: i bilanci partecipativi in Spagna*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 70 ss.; L. BOBBIO, G. POMATTO, *Modelli di coinvolgimento dei cittadini nelle scelte pubbliche*, in *Meridiana*, n. 58/2007, p. 11 ss.; D. BRUNO, M. SARTI, *Rendicontazione e partecipazione sociale: dal bilancio sociale al bilancio partecipativo. Cosa sono e a cosa servono*, Milano, 2009, p. 1 ss.; Y. SINTOMER, G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, 2009, p. 101 ss.; E. ARAGONES, S. SÁNCHEZ-PAGÉS, *A theory of participatory democracy based on the real case of Porto Alegre*, in *European Economic Review*, n. 1/2009, p. 56 ss.; B. WAMPLER, J. HARTZ-KARP,

centro del dibattito pubblico: la percezione diffusa è che, da sola, la democrazia rappresentativa non sia capace di far fronte alle nuove sfide"[65] della modernità.

La sperimentazione, che ha interessato dapprima realtà comunali di piccole e medie dimensioni, ha poi coinvolto grandi città come Lisbona, Madrid, Berlino, Parigi e Roma.

Anche se può apparire paradossale, in Europa, il minimo comun denominatore delle esperienze di bilancio partecipativo è rintracciabile proprio nella diversità dei contesti di radicamento che determina un'applicazione "*a geometria variabile*" del modello porto-alegrense. Ciò in quanto ogni sistema giuridico sviluppa profili ed aspetti autoctoni, tali da differenziarlo -con intensità variabile- sia dall'esperienza brasiliana sia dalle sperimentazioni degli altri Paesi europei.

A tal proposito, va detto che l'esperienza tedesca risulta essere la più distante dal paradigma brasiliano[66], in quanto ascrivibile al differente modello praticato nella città neozelandese di *Christchurch*[67]. In Germania pionieristiche sperimentazioni di processi di bilancio partecipativo si rinvengono nelle cittadine di *Mönchweiler* (1998), di *Rheinstetten* (2000)[68] e di *Emsdetten* (2002)[69]. Successivamente tale pratica consultiva viene a diffondersi anche in città maggiori come Duisburg e Berlino.

Più nello specifico, il contesto applicativo tedesco è caratterizzato dalla perdita di legittimazione dei partiti politici e dalla progressiva affermazione di strumenti di democrazia diretta (leggi di iniziativa popolare, referendum) e di democrazia partecipativa (giurie civiche, *planungszellen*)[70]. In un simile scenario, peraltro astretto da precettivi vincoli economico-finanziari, il bilancio partecipativo è teleologicamente

---

Participatory Budgeting: Diffusion and Outcomes across the World, in *Journal of Public Deliberation*, n. 8/2012, p. 1 ss.; B. GEISSEL, M. JOAS (edited by), *Participatory Democratic Innovations in Europe. Improving the Quality of Democracy*, Toronto, 2013, p. 1 ss.; A. RÖCKE, *Framing citizen participation. Participatory budgeting in France, Germany and the United Kingdom*, Basingstoke, 2014, p. 1 ss.

[65] Y. SINTOMER, G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel nuovo continente*, Roma, 2009, p. 477.

[66] In particolare, O. HAUBNER, *Mehr Akzeptanz durch Information und Transparenz. Der kommunale Bürgerhaushalt schafft mehr Bewusstsein*, in *Vop*, n. 1/2002; M.A. RUESCH, M. WAGNER, *Participatory budgeting in Germany citizens as consultants*, in N. DIAS (edited by), *Hope for democracy. 25 years of Participatory Budgeting Worldwide*, Sao Bras de Alportel, 2014, p. 287 ss.; G. TONELLA, *Esperienze di integrazione del bilancio partecipativo ed e-democracy in Italia e Germania. Aspetti teorici e casi empirici*, in A. GANGEMI (a cura di), *Dalle pratiche di partecipazione all'e-democracy. Analisi di casi concreti*, Roma, 2015, p. 1 ss.

[67] Questo modello di bilancio partecipativo coinvolge sia delegati eletti dai *Community boards* (Consigli di quartiere) sia singoli cittadini; a differenza dell'esperienza porto-alegrense, non prevede alcun trasferimento di poteri ai consociati cui è riconosciuto, tuttavia, un importante ruolo consultivo. Inoltre, si eleva a strumento di democrazia partecipativa teleologicamente orientato ad obiettivi non già di giustizia sociale, bensì di ammodernamento dell'azione amministrativa.

[68] Per approfondimenti si rinvia al sito *www.rheinstetten.de*.

[69] T. BENEDIKTER, *Il bilancio partecipativo: decidere sulle finanze del proprio Comune. Un'introduzione*, Mercato Saraceno, 2017, p. 32 ss.

[70] Y. VILAIN, *La démocratie partecipative dans un cadre fédéral: l'expérience allemande*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 299 ss.

orientato ad un'efficiente modernizzazione dell'Amministrazione locale, specie attraverso l'oculato utilizzo delle risorse pubbliche[71].
D'altronde, "*il termine tedesco bürgerhaushalt, che significa letteralmente bilancio cittadino, non coincide integralmente con quello di orçamento participativo (…) e il vocabolo correlato non comporta pertanto le medesime risonanze*"[72].
In particolare, nell'ordinamento tedesco è possibile rinvenire uno stretto collegamento tra partecipazione, trasparenza e *performance* dell'Amministrazione[73], differentemente del modello di Porto Alegre improntato ad esigenze di giustizia e redistribuzione sociale[74].
I principali attori del bilancio partecipativo in Germania sono le Fondazioni e le Organizzazioni civiche. La procedura tende ad articolarsi in tre fasi (informazione, consultazione e rendicontazione), incidendo sulla votazione del bilancio in sede di Consiglio comunale, ai fini di una migliore gestione delle risorse pubbliche.
Alla stregua dell'esperienza tedesca, anche nell'ordinamento francese il bilancio partecipativo ha avuto un'importante diffusione, sviluppando, tuttavia, caratteri eterogenei rispetto ad altri sistemi giuridici. Infatti, il contesto di radicamento risultava già contrassegnato dalla presenza di pratiche partecipative autoctone quali i Consigli di quartiere[75] espressivi della c.d. "*democrazia di prossimità*"[76]. Di conseguenza, il

---

[71] M.A. RUESCH, M. WAGNER, *Participatory budgeting in Germany citizens as consultants,* in N. DIAS (edited by), *Hope for democracy. 25 years of participatory budgeting worldwide*, Sao Bras de Alportel, 2014, p. 1 ss.; T. BENEDIKTER, *Il bilancio partecipativo: decidere sulle finanze del proprio Comune. Un'introduzione*, Mercato Saraceno, 2017, p. 32: *"negli anni '90 numerosi Comuni germanici, scivolati in una crisi finanziaria, si vedevano costretti a tagli nei bilanci, per cui si tendeva a coniugare più efficienza nella gestione finanziaria con più legittimazione dal basso".*

[72] Y. SINTOMER, G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, 2009, p. 247.

[73] G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge al contesto europeo*, Transnational institute–New politics project, Working Paper, 2004, p. 8: "*il bilancio partecipativo in Germania non è guardato come un organismo decisionale, ma piuttosto come uno strumento che dovrebbe fornire ragioni supplementari all'ottimizzazione delle decisioni da parte dei Consigli comunali*", specie a seguito dell'aggravarsi della crisi economico-finanziaria.

[74] G. ALLEGRETTI, *Giustizia sociale, inclusività ed altre sfide per il futuro dei processi partecipativi europei*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 383: *"sebbene, ad oggi, la letteratura che si è occupata di stabilire un'attenta relazione comparativa tra le sperimentazioni di percorsi partecipativi in America Latina, Europa e altri continenti sia piuttosto scarsa, una differenza fondamentale risulta pienamente evidente. Si tratta nelle pratiche europee di un'assenza al contempo di fuoco e di contesto: ovvero della mancanza del riferimento come motivazione e obiettivo dei percorsi partecipativi alla giustizia sociale e alla stessa disuguaglianza sociale come problematica immanente e nodale nei diversi contesti territoriali".*

[75] Sia pure in ambito locale, i Consigli di quartiere svolgono una significativa funzione consultiva nell'ambito del *policy-making* azionato e diretto dalle Autorità preposte; includono cittadini attivi, rappresentanti eletti, gruppi organizzati, promuovendo relazioni stabili tra decisori pubblici e consociati. In argomento, di recente, V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 86-87.

[76] Sulle esperienze di democrazia partecipativa nell'ordinamento francese G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge al contesto europeo*, Transnational institute–New politics project, Working Paper, 2004, p. 12 ss.; M.H. BACQUÉ, H. REY, Y. SINTOMER, *Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative*, Paris, 2005, p. 1 ss.; Y. MANSILLON, *L'esperienza del*

paradigma porto-alegrense, trapiantato in un tessuto dai tratti peculiari, ha risentito delle sperimentazioni locali, subendo, per l'effetto, mutamenti e varianti.
Le più significative esperienze di bilancio partecipativo coinvolgono i Comuni di *Morsang-sur-Orge* (1998), *Saint-Denis* (2001) e *Bobigny* (2003)[77]. Successivamente, la diffusione di tale pratica si estende anche a gradi città come Parigi che a partire dal 2014 (Amministrazione Hidalgo) destina il 5% del *budget* per investimenti di riqualificazione urbana per il periodo 2015-2020.
Gli obiettivi perseguiti in Francia si identificano, *in primis*, nel miglioramento della gestione pubblica attraverso il rafforzamento dei legami sociali tra i cittadini e tra questi e le Istituzioni locali nell'ambito del *decision-making*. A tal proposito, è previsto nei vari quartieri lo svolgimento di Assemblee territoriali aperte a tutti, all'interno delle quali è possibile offrire contributi non vincolanti ma in ogni caso influenti sulla scelta affidata all'Istituzione preposta. In taluni casi, poi, sono nominati gruppi di delegati che formano gli organismi rappresentativi del bilancio partecipativo.
Le caratteristiche descritte assicurano al sistema francese un confronto strutturato tra Autorità e *cives* anche grazie ad appositi organismi di delegati eletti. In special modo, la riduzione delle asimmetrie informative pone i consociati nelle condizioni di esercitare forme significative di controllo sulle politiche pubbliche tali da accrescere la democraticità dei processi decisionali.
Per ragioni di affinità storico-culturale, la Spagna è l'ordinamento europeo che più fedelmente si ispira al modello del bilancio partecipativo di Porto Alegre, mutuandone struttura e finalità[78]. A partire dagli anni Duemila, tale pratica inizia a diffondersi con successo sia nelle modeste realtà di *Albacete* e *Puente Genil*[79] sia in grandi città come Barcellona e Madrid.

"*débat public*" *in Francia*, in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 101 ss.; Y. SINTOMER, A. RÖCKE, *Il bilancio partecipativo dei licei del Poitou-Charentes: verso una democrazia partecipativa?*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 57 ss.; L. BLONDIAUX, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, 2008, p. 1 ss.

[77] Per approfondimenti si rinvia al sito www.ville-bobigny.fr. In dottrina, *ex multis*, Y. SINTOMER, G. ALLEGRETTI, *I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel vecchio continente*, Roma, 2009, p. 197 ss.; A. RÖCKE, *Framing citizen participation. Participatory budgeting in France, Germany and the United Kingdom*, Basingstoke, 2014, p. 1 ss.

[78] G. ALLEGRETTI, C. HERZBERG, *Tra efficienza e sviluppo della democrazia locale: la sfida del bilancio partecipativo si rivolge al contesto europeo*, Transnational institute–New politics project, Working Paper, 2004, p. 18; in tal senso, gli Autori precisano che anche l'ordinamento spagnolo proviene "*da un lungo regime politico non democratico che ha alterato il rapporto tra abitanti ed istituzioni locali, rendendo necessaria una ricostruzione della fiducia nella democrazia delegata. Come in molti regimi latinoamericani, inoltre, anche in Spagna l'associazionismo è stato compresso fino a metà degli anni '70, riducendone le tipologie ammesse soprattutto a quelle legate alla prossimità fisica (associazioni di vicinato). Infine, l'affinità linguistica e una lunga pratica di rapporti bilaterali favoriscono relazioni stabili con paesi latinoamericani*".

[79] Sugli esperimenti di democrazia partecipativa in Spagna T. VILLASANTE, *Las democracias participativas: de la participación ciudadana a las alternativas de sociedad*, Madrid, 1995, p. 1 ss.; F. BALLERSTEROS, *Modernización del Gobierno local. Comentario Ley* 57/2003, Madrid, 2004, p. 1 ss.; E. GANUZA FERNÀNDEZ, *Los presupuestos participativos en España: impacto y futuro en la ciudades*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 113 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 86.

Più in generale, le esperienze di democrazia partecipativa trovano consacrazione nella l. 57/2003, che ha il merito di valorizzare l'attivismo dei *cives*, singoli e associati, nell'ambito del *decision-making* pubblico. Con specifico riferimento al bilancio partecipativo, un ruolo consultivo di primo piano è ricoperto dalle Associazioni di vicinato e dai Comitati di quartiere quali catalizzatori di una partecipazione civica orientata al perseguimento di obiettivi di giustizia e redistribuzione sociale a favore dei meno abbienti.
Da una prospettiva comparata, emerge la collocazione delle esperienze spagnole a metà strada tra le esperienze sperimentate in Francia e quelle praticate in Germania.

5. La casistica dell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento italiano il bilancio partecipativo ha conosciuto una diffusione intermittente, con livelli di efficacia variabile a seconda dell'ambito territoriale interessato. Infatti, il ricorso a tale strumento è risultato "*a macchia di leopardo*", senza un'affermazione omogenea presso alcun livello di governo.
Pur risentendo dell'influenza esercitata dal modello porto-alegrense (inferiore rispetto alla Spagna ma superiore agli ordinamenti francese e tedesco), le esperienze italiane di bilancio partecipativo hanno, tuttavia, sviluppato elementi propri, peraltro variegati e difficilmente riconducibili ad unità. La casistica risulta, pertanto, assai frastagliata e disomogenea[80], afferendo ad una pluralità di livelli di governo: sub-comunale (Municipio XI di Roma Capitale[81]), comunale (Grottammare, Pieve Emanuele, Modena, Reggio Emilia, Parma, Arezzo[82], Milano, Roma), provinciale (Firenze)[83], regionale (Lazio, Lombardia[84]).

---

[80] L. PECORIELLO, F. RISPOLI, *Pratiche di democrazia partecipativa in Italia,* in *Dem. dir.*, n. 3/2006, p. 115 ss.; V. CANAFOGLIA, *Cicli procedurali dei bilanci partecipativi: alcuni esempi italiani*, in U. ALLEGRETTI, (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 129 ss.; V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018, p. 88 ss.

[81] E. D'ALBERGO, D.E LOTRECCHIANO, G. MOINI (a cura di), *Pratiche partecipative a Roma. Le osservazioni al Piano regolatore e il Bilancio Partecipativo*, Roma, 2005, p. 1 ss.; M. SMERIGLIO, *Città comune. Autogoverno e partecipazione nell'era globale*, Roma, 2006, p. 137 ss.; M. PACI (a cura di), *Welfare locale e democrazia partecipativa: la programmazione sociale nei municipi di Roma*, Bologna, 2008, p. 1 ss.; M.C. ANTONUCCI, A. FIORENZA, *Democrazia dal basso. cittadini organizzati a Roma e nel Lazio*, Roma, 2016, p. 1 ss.

[82] *Ex plurimis*, Y. SINTOMER, C. HERZBERG, A. RÖCKE (edited by), *Participatory budgets in a European comparative approach*, Berlin, 2005, p. 1 ss.; P.P. FANESI, *Il bilancio partecipato di Grottammare*, in E. GRAZZINI, *Manifesto per la democrazia economica*, Roma, 2014, p. 1 ss.; M. BASSOLI, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, 2018, p. 183 ss.

[83] L. RAFFINI, *Le nuove forme della partecipazione: dai comitati alle arene deliberative*, in L. GRIFONE BAGLIONI (a cura di), *Scegliere di partecipare. L'impegno dei giovani della provincia di Firenze nelle arene deliberative e nei partiti*, Firenze, 2011, *spec.* p. 53 ss., p. 64 ss.

[84] V. CANAFOGLIA, *Cicli procedurali dei Bilanci Partecipativi: alcuni esempi italiani*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 129-142; A. COLOMBO, R. CUCCA, *Innovare la democrazia. Teorie ed esperienze di deliberazione pubblica*, Milano, 2010, *spec.* p. 121 ss.; V. DE SANTIS, *La partecipazione democratica nell'ordinamento delle Regioni*, Torino, 2013, *passim*.

Il bilancio partecipativo incentiva forme di partecipazione allargata alle decisioni pubbliche, tali da puntellare le fondamenta della democrazia rappresentativa con il riavvicinamento dei governanti ai governati. Tuttavia, rispetto all'esperienza porto-alegrense, gli obiettivi redistributivi e di giustizia sociale sono perseguiti con minore intensità e la consultazione dei *cives* è circoscritta a più ridotte attività di riqualificazione urbana.

In Italia, le esperienze di bilancio partecipativo più rilevanti si sviluppano, in origine, nei Comuni di Grottammare (dal 1994) e Pieve Emanuele (dal 2002). Ad esse, si sono, direttamente o indirettamente, ispirati altri Enti territoriali, sia pure introducendo innesti e varianti, dettati dalle peculiarità del contesto di radicamento.

Da una primissima comparazione è possibile evincere che mentre i Comuni di Grottammare e Pieve Emanuele elaborano processi decisionali tendenzialmente semplificati, con la consultazione diretta dei consociati senza ricorrere a meccanismi di delega, talune realtà sub-comunali (ad es. il Municipio XI di Roma Capitale) contemplano l'elezione, da parte di apposite Assemblee civiche, di rappresentanti deputati a svolgere un ruolo di raccordo tra l'Amministrazione ed i consociati[85].

Il paradigma italiano di bilancio partecipativo è certamente riconducibile all'esperienza del Comune di Grottammare che, a partire, dal 1994 ha avviato la sperimentazione di questo importante processo di democrazia partecipativa nell'ambito di percorsi di riqualificazione urbanistica consensuale[86]. Tale congegno si è affermato, senza alcun riconoscimento normativo, con l'obiettivo, da un lato, di accrescere la *performance* dell'azione amministrativa -alla stregua di altre esperienze europee- e, dall'altro, di perseguire finalità di giustizia sociale, sia pure con minore intensità rispetto al paradigma porto-alegrense[87].

Più nello specifico, in tale cittadina il processo partecipativo si incentra sull'attività delle Assemblee e dei Comitati di quartiere quali luoghi di confronto e dibattito ove i cittadini sono posti nelle condizioni di illustrare progetti e idee, discutendo complessivamente del bilancio di previsione. Il verbale delle riunioni con i rispettivi esiti è, poi, trasmesso a tutti i Consiglieri comunali che hanno un compito di sintesi degli interessi emersi; in particolare, i Comitati preparano le Assemblee, avvisano i cittadini su progetti ed eventi, oltre a curare, più in generale, l'*iter* del processo partecipativo. Quali figure di raccordo fra l'Amministrazione ed i consociati, tali organi non rivendicano alcun ruolo di rappresentanza politica, né si pongono in concorrenza con le Istituzioni.

---

[85] Maggiori informazioni sono reperibili sul sito *www.municipiopartecipato.it*.

[86] G. ALLEGRETTI, *Giustizia sociale, inclusività ed altre sfide per il futuro dei processi partecipativi europei*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 390 ss.; M. BASSOLI, *Democrazia diretta. Riflessioni a partire dal bilancio partecipativo*, Roma, 2018, p. 190 ss.

[87] Per approfondimenti si consulti il sito *www.comune.grottammare.ap.it*.

Da segnalare, poi, l'esperienza del bilancio partecipativo della Regione Lazio che testimonia la possibilità di sviluppare efficacemente tale congegno partecipativo anche a superiori livelli di governo. A riguardo, la Regione Lazio, tra il 2007 ed il 2010, ha avviato con l. 4/2006 percorsi di coinvolgimento degli abitanti nell'*iter* formativo delle decisioni di bilancio[88], al precipuo fine di migliorare la qualità degli interventi di spesa e di accrescere la *compliance* degli *stakeholders*[89].
La disseminazione del bilancio partecipativo nell'ordinamento italiano si è intensificata negli ultimi quindici anni, interessando anche grandi città come Milano (2015) e Roma (2019), attraverso modalità partecipative sempre più inclusive grazie alle consultazioni *on line*.
In definitiva, come altre esperienze di democrazia partecipativa, il bilancio partecipativo offre ai cittadini la possibilità di condizionare il concreto impiego dei mezzi finanziari in ambito sub-statuale (specialmente a livello comunale) per la realizzazione di opere funzionali ad uno sviluppo equilibrato e sostenibile del territorio.

6. Risultati della comparazione

All'odierna crisi delle Istituzioni rappresentative più di un ordinamento offre risposta potenziando il coinvolgimento dei *cives* nel *decision-making*, onde affiancare alla partecipazione elettorale ed alla partecipazione amministrativa nuove e più estese forme di partecipazione sociale. Naturalmente, il rafforzamento del principio democratico viene a declinarsi in strumenti e modalità differenti a seconda del processo decisionale, dell'ambito di governo e della realtà ordinamentale in rilievo.
Tra le esperienze di democrazia partecipativa più diffuse un posto di primo piano è ricoperto dal bilancio partecipativo frequentemente applicato in ambito comunale con riferimento agli interventi di spesa per interventi di riqualificazione urbana. Un dispositivo partecipativo che si apprezza per la capacità di generare inclusione sociale, sì da essere collocato fra le *best practices* della *governance* locale.
Il bilancio partecipativo promuove, d'altronde, una partecipazione allargata di tipo civico che non richiede la titolarità di specifiche posizioni legittimanti e che si giustappone alla partecipazione elettorale e alla partecipazione amministrativa, contribuendo al rafforzamento delle Istituzioni della rappresentanza.

---

[88] V. CANAFOGLIA, *Cicli procedurali dei Bilanci Partecipativi: alcuni esempi italiani*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 129-142.

[89] Il Regolamento attuativo della Giunta regionale n. 4/2006 articola il processo di bilancio partecipativo nella fase informativa, nella fase consultiva e, da ultimo, nella fase del monitoraggio finale. A riguardo, R. TROISI, M. BUONOCORE, *Il Lazio: Un laboratorio di Processi Partecipativi*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, p. 263 ss.; M. TRETTEL, *Democrazia partecipativa e tradizioni giuridiche: un'analisi di diritto comparato. Gli ordinamenti composti tra crisi della rappresentanza politica e "aperture" a forme partecipative di decision-making*, Tesi di dottorato, Verona, 2017, in www.google.com, p. 160 ss.

L'analisi comparata evidenzia l'applicazione "*a geometria variabile*" del bilancio partecipativo quale modello flessibile in grado di adattarsi ai differenti ambiti di radicamento. In tal senso, il confronto dell'esperienza porto-alegrense con le esperienze di alcuni Paesi europei rivela elementi differenziali che esprimono mutamenti ed ibridazioni discendenti dalle influenze di contesto. Tale varietà applicativa costituisce, tuttavia, un punto di forza che permette al bilancio partecipativo di soddisfare le esigenze del pluralismo istituzionale discendenti dalla previsione di differenti livelli di governo.

In ogni caso, tra gli elementi comuni alle molteplici pratiche di bilancio partecipativo rientrano, certamente, la struttura inclusiva, la promozione di forme di attivismo civico informato, la tendenziale articolazione in fasi (informativa, consultiva e di rendicontazione), la non vincolatività giuridica della decisione. In generale, il bilancio partecipativo contribuisce, sia pur con efficacia variabile, al miglioramento dei processi di *governance* locale, attraverso il rafforzamento della partecipazione della società civile nelle decisioni di spesa; ciò si realizza attraverso il perseguimento di plurime finalità, dalla giustizia redistributiva, all'ammodernamento dell'azione amministrativa sino all'efficiente allocazione delle risorse pubbliche che assicurano un incremento della cultura democratica dei territori in un rinnovato clima di fiducia tra Istituzioni e consociati.

Tra le pratiche di democrazia partecipativa diffuse nel Continente europeo, è nell'ordinamento tedesco che emergono le maggiori differenze rispetto al modello porto-alegrense; infatti, gli obiettivi di giustizia sociale -che costituiscono l'*ubi consistam* delle pratiche sudamericane- risultano sostituiti dall'esigenza di rafforzare la *performance* e l'efficienza dell'azione amministrativa.

All'opposto, le esperienze più conformi, per struttura e finalità, al modello brasiliano trovano radicamento in Spagna, per la similarità dell'ambito politico-culturale di riferimento. Nel mezzo si collocano le pratiche di bilancio partecipativo sperimentate in Francia ed in Italia, le prime maggiormente vicine alle esperienze tedesche, le seconde più aderenti alle pratiche spagnole.

Dunque, nell'eterogeneità dei contesti territoriali di sviluppo e nella differente tipologia di bisogni da soddisfare si racchiudono le cause della varietà applicativa dei processi di bilancio partecipativo.

In definitiva, "*il bilancio partecipativo di Porto Alegre non è un modello "superiore" agli altri: è semplicemente una risposta, straordinariamente potente, che è stata data a un problema specifico (…): quello della ripartizione degli investimenti comunali tra quartieri centrali e periferici. Tanto è vero che nelle città europee dove è stato introdotto per imitazione, ma dove il tema delle spese di investimento comunali non era percepito come altrettanto decisivo, ha dato frutti minori (…) sia in termini di partecipazione sia per la qualità delle decisioni assunte*"[90].

[90] L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, n. 4/2006, p. 23 ss.

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

Efficienza del Sistema di Assicurazione per la Qualità e learning analytics nel contesto formativo dell'istruzione superiore

di Assunta Baratta

(Università Telematica Pegaso)

Sommario

Premessa; 1. L'evoluzione della formazione globale verso un cammino di qualità ed efficienza; 2. Il sistema universitario dell'istruzione superiore: una apertura alla valutazione della qualità e alle applicazioni analitiche informatiche; 3. La valutazione della qualità e le nuove frontiere europee in tema di learning analytics; 4. L'ottica progettualizzante del sistema formativo italiano e l'apertura verso l'Open Education; 5. I benefici dei learning analytics al processo valutativo della formazione; 6. Learning analytics e tutela del diritto alla privacy; 7. Conclusioni.

Abstract

Dynamic outlook of new multimedia lines in learning fields allow implementation of new data collection technology (learning analytics). These last, applied to quality assessment, can contribute to improvement learning schemes in evolutionary optical of Open Education.

Premessa

La rivoluzione tecnologica offre, allo stato attuale, opportunità straordinarie in particolar modo nel settore pubblico. Per vero nell'area pubblicistica all'analfabetismo digitale si sta contrapponendo, con forza, la spinta normativa per la diffusione di competenze telematiche che contaminano tutti i settori afferenti la produzione. Infatti, la capacità di raccogliere dati, strutturati e non, e di elaborarli in tempi contenutissimi, si profila come valevole strumento per l'edificazione di soluzioni protese a migliorare processi e servizi ai cittadini.

Al contempo, tuttavia, come è comune ad ogni straordinaria opportunità, questa nuova "rivoluzione industriale" germina interrogativi sociali e costituzionali di particolare momento. Essi discendono dalla marcata invasività del controllo, nonché dalla rielaborazione che il sistema di analisi dei *big data* è capace di realizzare sulla vita di ogni individuo, inglobando a sé attitudini, preferenze, emozioni e via discorrendo. Questa problematica si dilata su una superficie discorsiva di ampio spettro, involgente l'esistenza di numerosi utenti, potenzialmente conculcati nel loro diritto alla *privacy* e, più generale, nelle loro libertà fondamentali.

Ad ogni buon conto, nell'ambito dell'istruzione superiore, al fine di migliorare e diffondere la cultura della qualità, spinta da una forte incisività legislativa[1], una congiunzione importante si rinviene, al riguardo, tra il Sistema Assicurazione della Qualità e i *Learning Analytics*. Per *learning analytics* si fa riferimento alle tecniche di analisi condotte su elementi dell'apprendimento che appaiono dilaganti nel contesto educativo e formativo, settori che inglobano un complesso evolversi di discipline. Fondamentali al riguardo appaiono i *big data*, *big* non tanto per quantità ma soprattutto per complessità[2], i quali permeano i procedimenti afferenti l'apprendimento. Allo stato attuale i medesimi spingono gli studiosi del mondo informatico, pedagogico e giuridico a dubitare in ordine al prosieguo di tecniche valutative di natura tradizionale. Sul punto, difatti, si assiste ad una continua *querelle* tra i sostenitori di una didattica della tradizione e i promotori di nuove frontiere, anche tecnologiche, da applicare al mondo della formazione.

L'elaborato in questione rimarca il ruolo dei *learning analytics* nell'incremento della valutazione qualitativa applicata ai processi formativi (*quality assurance*), in un'ottica migliorativa e rispondente al continuo evolversi del tessuto sociale. In particolare si enfatizzano i sistemi di assicurazione della qualità e i sistemi di valutazione. C'è da dire in argomento che viene assicurato un efficace sistema di qualità attraverso un sistema di valutazione che abbia come finalità il conseguimento dello standard di

1 P. BINETTI, M. CINQUE, *Valutare l'Università & Valutare in Università. Per una "cultura della valutazione"*, Franco Angeli Editore, Milano, 2015, pp. 1 ss.;

2 STUDIO LEGALE MONDINI RUSCONI, *Big Data: privacy, gestione, tutele*, 2018, in https://shop.wki.it/Altalex_Editore/Libri/Big_Data_privacy_gestione_tutele_s669742.aspx;

qualità. Quest'ultimo può essere raggiunto attraverso una valutazione efficace con monitoraggio continuo, basata su dati empirici, in *real time.*
Al postutto, l'acquisizione, l'integrazione e la validazione dei dati e dei diversi strumenti di analisi si profilano come ineludibili, atteso che la garanzia dell'affidabilità dei dati è un presupposto imprescindibile per un sistema di valutazione condiviso[3].

1. L'evoluzione della formazione globale verso un cammino di qualità ed efficienza
Si assiste oggigiorno ad un processo di ricomposizione qualitativa del mondo della formazione, verso un'era improntata sull'innovazione tecnologica.
La valutazione della qualità è giustificata, per vero, dalla circostanza che con essa s'intende apportare una amplificazione del concetto stesso di qualità. Il significato del termine "valutazione" è da intendersi, in tal senso, in funzione dinamica, con l'edificazione di una sorta di processo a spirale produttivo di incrementi valoriali. Il fine ultimo di tale processo consente al suo esito una profonda conoscenza del suo iter, un'autovalutazione ed una crescita al riguardo. In ogni caso la valutazione della qualità è sospinta dalla necessità di fornire una tipologia di informazioni al pubblico (*to provide public information*). Con quest'ultima si tende, dunque, ad orientare i destinatari collettivi producendo in essi attenzione per la qualità e innescando nuovamente il ciclo qualitativo. In tal senso la correttezza dell'informazione fornita appare circostanza ineludibile del processo valutativo. Con la valutazione si innesta, altresì, un processo di comprensione sulla capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati (*fitness for purpose*)[4].
Prima ancora del settore formativo, l'area tematica in cui maggiormente si è divulgato il termine qualità, qualificato come il livello in cui un bene possegga specifiche caratteristiche e raggiunga determinati standard, è quello afferente l'organizzazione aziendale, ambito in cui si sono inseriti i primordiali Sistemi di gestione della qualità. In particolare risale al periodo intercorrente tra il 1980 e il 1990 la certificazione del Sistema di Gestione per la Qualità di una organizzazione, che verificava l'osservanza nel processo aziendale della norma ISO 9001, protrattasi fino all'edizione 2000. Da ultimo il nuovo standard è UNI EN ISO 9001:2015, per gli aspetti più propriamente connessi con la qualità "economica" con certificazione di sistemi di gestione per la qualità – S.G.Q.
L'obiettivo in tal senso è garantire un livello di qualità (*Quality Assurance*, Q.A.), analizzando le operazioni intimamente collegate alla qualità e apponendo, se del caso, una certificazione di conformità del sistema di gestione. L'elemento che viene a

[3] P. TOSI, *La cultura della qualità riconosciuta nelle Università, con riferimento alle Università Telematiche*, Giapeto Editore, Napoli , 2017, pp. 3 ss.;
[4] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, in *https://www.unive.it/media/allegato/dprog/documenti/campusone/M3_1_Stefani.pdf*;

preordinarsi in questo processo è la garanzia di soddisfazione dei desideri della clientela, in guisa da produrre esiti vantaggiosi dal punto di vista competitivo. In ambito industriale, poi, la certificazione del prodotto garantisce la sua corrispondenza a tecniche particolari. Ancora, il rilascio dell'attestato certificativo viene prodotto da un organismo terzo, indipendente, sulla base di dettami di trasparenza e imparzialità. In materia il marchio CE è forse la certificazione più conosciuta, di particolare valenza per la protezione del consumatore, regolamentato da particolari disposizioni normative europee. Vi sono poi varie tipologie di certificazioni quelle, ad esempio, che garantiscono il principio di affidamento del processo produttivo per tutta la durata del ciclo afferente il prodotto finale. Si rammenta, altresì, le norme ISO 9000, per la adozione delle medesime nella contrattazione di vendita ed in altri settori.

Emerge, ad ogni buon conto, l'intrinseca importanza nel concetto di qualità del contenuto del prodotto che fanno in modo che il medesimo sia corrispondente a quanto richiesto dal cliente. La risposta in termini di efficienza alle richieste e alle aspettative del mercato possono o meno garantire in tal senso il buon risultato di una azienda.

Di particolare importanza, poi, all'interno dell'iter produttivo è la capacità di autovalutarsi, anche attraverso una valutazione seriale, continua e migliorativa. In ogni caso emerge in questi processi la conformità di tali segmenti procedimentali alle normative ISO, necessitanti il raggiungimento di specifici standard di efficienza, efficacia e miranti al conseguimento dell'eccellenza (come ad esempio per il *Total Quality Management*, T.Q.A.)[5].

Orbene, tali meccanismi applicati al mondo della formazione permettono l'articolazione di una didattica semovente, compulsata dall'esigenza di consentire alla formazione di percorrere sentieri competitivi e qualitativamente elevati, in quanto di rilevanza strategica per la visibilità, per la credibilità, per migliorare la reputazione dell'Ateneo e per lo sviluppo all'estero delle attività promosse [6]. Per vero, tale percorso di trasformazione, nella piena consapevolezza dei suoi operatori in ordine alla distanza temporale necessaria da percorrere per assistere al cambiamento, permea il territorio italiano, l'Europa e l'intero pianeta.

L'analisi in tale contesto operata mira a soddisfare una ottica nazionale ed internazionale, onde ricercare l'edificazione di un modello educativo efficiente ed

---

[5] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 2;

[6] in tal senso si riporta a quanto dichiarato dal Direttore Generale dell'Università degli Studi di Brescia (www.unibs.it) che nel luglio 2018 ha superato positivamente la visita di ricertificazione, ottendendo la certificazione secondo la nuova revisione della norma ISO 9001:2015: «*L'adeguamento del Sistema di Gestione della Qualità di Ateneo alla nuova versione della norma ISO 9001:2015 rappresenta un traguardo significativo perché nell'attuale contesto, rapidamente evoluto rispetto ai recenti decenni, il valore della qualità, oltre a ricomprendere la soddisfazione degli studenti e degli utenti in generale, ha un riflesso determinante nella considerazione dell'Ateneo nel Sistema universitario internazionale*»;

efficace. Di particolare interesse al riguardo è l'evidenza delle nuove sfide formative emergenti nelle Università e, più in generale, nel sistema di istruzione superiore.

2. Il sistema universitario dell'istruzione superiore: una apertura alla valutazione della qualità e alle applicazioni analitiche informatiche

Il sistema universitario, nel solco del principio di autonomia e di responsabilità, è un sistema decisamente complesso in quanto tende al raggiungimento di scopi di natura generale di interesse pubblico, quali la funzione della ricerca e della formazione, scopi afferenti l'intero ateneo, secondo la strategia adottata dalla *governance*, ed in particolare, dei singoli segmenti strutturali del medesimo, quali i dipartimenti e la facoltà. Appare evidente che un sistema dell'autonomia implica la condivisione della cultura della qualità, dal contesto sociale – territoriale di riferimento alla *governance di* ateneo. Negli stessi segmenti strutturali coesistono, per vero, come momenti essenziali di un unico processo: l'assunzione dell'unità di ricerca e didattica; la consolidata presenza a livello sociale e accademico del principio meritocratico; un efficace sistema di autovalutazione, l'accoglimento del principio della valutazione affidato ad un'agenzia nazionale indipendente, la piena accettazione del principio di competizione sia all'interno che all'esterno degli Atenei attraverso il *benchmark* ed infine, l'attuazione del principio dell'*accountability*, ovvero la responsabilità di rendicontare e restituire i risultati delle proprie azioni in un determinato ambito ai soggetti interessati (*stakeholders*). A fronte di tanto si assiste, allo stato attuale, al tramonto del sistema *humboldtiano.* Emerge con tutta forza, di contro, il modello universitario di Margaret Thatcher[7], orientato all'efficienza, efficacia e qualità del sistema universitario, alla concorrenza fra atenei, alla valutazione amministrativa della ricerca, alla licenziabilità dei professori, al perseguimento di obiettivi stabiliti dal governo e al finanziamento secondo la *performance*.

Orbene, l'applicazione di regole di mercato padroneggia ormai anche nel settore dell'istruzione, seppur la silenziosa rivoluzione della cultura della qualità è ancora lontana dall'essere espressione del principio di autonomia e responsabilità del sistema universitario nazionale.

La genesi del cambiamento coincide, ad ogni buon conto, con il processo di Bologna, nel quale si sono enfatizzati sia l'elemento soggettivo dello studente, posto al centro del processo formativo, che l'elemento oggettivo della qualità, implicante comparabilità e competitività dei titoli [8].

Per vero il concetto di qualità, rapportato alla formazione, diviene e si qualifica come il livello di obiettivi perseguiti e raggiunti rispondenti alle aspettative di coloro che

[7] Margaret Thatcher è la c.d. Lady di Ferro britannica, prima donna diventata Primo Ministro in Inghilterra, che viene eletto, tra l'altro, per 3 volte consecutive (1979, 1983, 1987);

[8] A. SQUARZONI, *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria* in *Il Mulino*, Scuola democratica, 2013, p. 3;

appaiono interessati al processo formativo.[9] In questo caso la valutazione, intesa come analisi completa dell'attività organizzativa e con funzione partecipativa, di controllo e di valutazione[10], afferisce all'esigenza di edificare una organizzazione efficiente ed affidabile dal punto di vista della formazione, rispondente al modello posto come riferimento in via pregressa. Si pone come indispensabile al riguardo analizzare la qualità del prodotto fornito, ovvero sia degli esiti raggiunti.
Necessario è, dunque, strutturare un processo di valutazione "della qualità" e "per la qualità".
Degli elementi usufruibili in materia sono ad esempio la durata del percorso universitario, come elemento interno valutativo, oppure focalizzarsi su dati esterni quali l'indice di "*employability*" e il loro grado di appagamento rispetto alla sistemazione lavorativa raggiunta (indagine sui laureati a 1 anno, a 3 anni e a 5 anni) e dell'utilità delle competenze assunte durante il percorso formativo.
Gli impulsi provenienti dall'esterno rappresentano, poi, senza dubbio, una valevole occasione per le università di apportare dei cambiamenti. In virtù di tanto, il processo valutativo può, senza dubbio, qualificarsi come complesso, i cui segmenti strutturali devono essere organizzati in modo tale da garantire il buon esito del frutto finale[11].
Ad ogni buon conto l'obiettivo degli Enti universitari è quello di offrire in termini di certezza delle garanzie agli studenti e agli operatori al suo interno, e fare in modo che i medesimi siano rassicurati sul buon esito del raggiungimento degli obiettivi preordinatamente dichiarati. Per vero, in un sistema come quello universitario, lo schema dei controlli non può che essere preventivo corredato da una adeguata programmazione e pianificazione, giammai citeriore rispetto ai processi formativi, sottoposti, peraltro, ad un controllo *in itinere* volto al miglioramento del processo stesso.
Il tessuto esperenziale stratificatosi in termini di *Quality Assurance* e Total *Quality Management* fornisce dimostrazione sul buon esito dello sviluppo del controllo della qualità negli istituti universitari, di cui il *Lean six sigma* sembrerebbe essere la migliore strategia manageriale per il miglioramento continuo, soprattutto per le università private[12]. Non si tenta in tal senso di svilire l'università ad un mero processo aziendale, ma di reperire dai medesimi linfa vitale in termini di competitività ed efficienza anche con una apertura verso l'esterno, verso la sua utenza.

---

[9] A. SQUARZONI, *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 5;

[10] P. TOSI, *La cultura della qualità riconosciuta nelle Università, con riferimento alle Università Telematiche*, cit., pp. 3 ss.;

[11] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria* cit., p. 7;

[12] F. AGGOGHERI, E. GENTILI, *Lean six sigma: la nuova frontiera per la qualità*, Franco Angeli Editore, Milano, 2006, pp. 1 ss.;

Ancora, gli impulsi di un controllo sulla qualità in ambito universitario impongono la coesistenza sia di un iter differenziante i corsi di studio, che la negazione di una eccessiva segmentazione, apponendo come obiettivo il conseguimento di richieste invocate sia a livello locale, che internazionale. Si intende in tal senso addivenire alla formazione di un progetto che viene a giustificare i mezzi e quanto prefissato dal punto di vista formativo, rapportando le aspettative in termini di efficienza ai risultati conseguiti e apponendo, se del caso, delle correzioni al riguardo.
Per quanto concerne gli interessi degli studenti, gli stessi prestano particolare attenzione alla professionalità dei docenti, all'affidabilità dei medesimi, alla progettazione di un'organizzazione efficiente, quale un corso ben organizzato all'interno di uno schema progettuale. Il corso di studi, dunque, deve essere corredato da specifiche finalità di apprendimento, verificabili con analisi periodiche.
Ad ogni buon conto il processo valutativo della qualità applicato alla formazione può essere interno ed esterno. Il primo afferisce ad un sistema di valutazione del proprio fare all'interno di un corso di studi (autovalutazione). Di contro la valutazione esterna è condotta da valutatori esperti (*peer review*), aventi uno status legale riconosciuto[13]. In campo universitario tale valutazione è messa in atto da agenzie esterne ed indipendenti che analizzano l'assicurazione interna della qualità, con la verifica delle finalità e degli obiettivi. I valutatori, per vero, esplicitano qualsivoglia decisione formale e il loro operato si espande in maniera ciclica, rimarcando, all'esito delle attività svolte, le criticità da correggere e i punti di forza da enfatizzare. Secondo alcuni la funzione dell'assicurazione esterna è compulsata unicamente dall'ottica di tutela del consumatore e, quindi, in tale ottica si propende per una netta separazione tra i valutatori e gli enti valutati. Per altri, di contro, la valutazione esterna è funzionalizzata a fornire atti di consulenza al fine di migliorare i corsi analizzati, rimarcando una necessaria relazione tra chi valuta e chi è valutato. Ad ogni modo un corretto processo autovalutativo è uno step necessario per una funzionale opera di valutazione esterna[14].
Occorre poi differenziare nelle analisi scadenzate del processo formativo la valutazione della qualità da quella del prodotto. Con la valutazione del prodotto ci si interessa della produzione finale dell'ente universitario: non si tratta di quantificare il numero di laureati, bensì, di valutare l'implementazione della formazione all'esito di un percorso di studi come quello universitario. Al di là del riconoscimento o meno legale del titolo di studio si richiede, dunque, la presenza di qualità nella sostanza della formazione, conseguita in nome del principio di trasparenza e di meritocrazia dei risultati da conseguire.

---

[13] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 6;

[14] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 8;

Ad ogni buon conto i miglioramenti apportati da un processo valutativo sulla qualità si concretano nella edificazione di uno schema internazionale che commistioni l'analisi del prodotto con l'analisi del sistema, con l'osservanza delle certificazioni ISO 9001 aggiornato al 2015 e 9004:2000, con la rivalutazione del concetto di immagine dell'istituto universitario, la contezza del proprio operato organizzativo per fini migliorativi, la condivisione di standard valutativi tra le varie università, il coinvolgimento degli studenti nel processi di valutazione.
C'è chi rammenta, tuttavia, la criticità di tale processo, emergente nella particolarità del medesimo, rapportato a norme di recente fattura, nella necessità di strumenti economici e risorse umane a supporto, nella cultura divergente delle figure dirigenziali, nel grado di integrazione tra i vari segmenti strutturali. A tanto può porsi rimedio magari con l'elezione di valutatori esterni che sappiano in poco tempo suggerire anche correttivi per migliorare il sistema.
Unitamente alla valutazione, l'accreditamento è un altro fattore concretante il processo afferente la garanzia di qualità. In ogni caso occorre procedere ad una differenziazione al riguardo. In particolare il processo valutativo afferisce all'analisi degli elementi positivi e negativi della formazione nell'Università, tentando di addivenire all'acquisizione di fattori valevoli ad apporre miglioramenti nella qualità della didattica e della ricerca nel suo complesso. Per converso il processo di accreditamento verifica la sussistenza di livelli minimi quantitativi e/o qualitativi nei percorsi formativi superiori o di istruzione universitaria[15]. Orbene può evincersi che il processo valutativo è, o quantomeno, dovrebbe essere, di natura dinamica, di contro, l'accreditamento si caratterizza per la sua staticità. A fronte di tanto, gli esiti dell'uno e dell'altro procedimento appaiono divergenti. Infatti, il fine ultimo dell'accreditamento è la certificazione di qualità rivolta alla collettività di corsi formativi, mentre il processo valutativo pone delle informazioni in ordine alla eccellenza o meno di altri corsi formativi in nome di modelli predeterminati. Tuttavia, se è pur vero che i due processi appaiono divergenti, l'accreditamento può adoprare meccanismi della valutazione e viceversa.
In ogni caso l'accreditamento si scandisce in controlli periodici dei corsi e delle sedi analizzati. Al riguardo è stato effettuato uno studio sulle varie procedure di accreditamento in Europa trasfuso poi nel progetto pilota *Towards an accreditation scheme for higher education in Europe*, conclusosi nel 2001 in un seminario a Lisbona[16]. I punti nevralgici dello studio anzidetto hanno decretato che l'accreditamento costituisce il germe di uno spazio di istruzione europea, che occorre raggiungere sistemi di efficacia nella valutazione qualitativa dell'istruzione, che appare ineludibile

[15] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 9;
[16] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario,* cit., p. 16;

l'esigenza di divulgare la coscienza della trasparenza nel campo formativo e che l'accreditamento è parte del processo di valutazione della qualità.
Occorre differenziare poi l'accreditamento iniziale, che verifica la sussistenza di determinati requisiti valevoli a garantire efficacia ed efficienza. Si tratta di una analisi a livello quantitativo. Per converso l'accreditamento periodico procederà alla valutazione della presenza dei requisiti iniziali, basandosi poi sull'esito della valutazione stessa e sulla prefigurazione di altri requisiti[17].
Orbene, il processo innovativo poc'anzi descritto, tuttavia, impone un'opera di modernizzazione delle tecniche di insegnamento e di apprendimento di dati con le modalità offerte, ad esempio, dai *serious games* o dal *flipped classroom*, nonché una nuova dimensione del processo valutativo applicato all'istruzione, offerto dai *learning analitycs*, nell'ottica della qualità della formazione, necessitante, per tutte le ragioni esposte, di un continuo monitoraggio.
In definitiva occorre rimarcare che gli interessi mostrati a livello comunitario dispiegati nel corso di incontri istituzionali in tale materia hanno potuto contribuire in maniera efficace alla divulgazione dell'era digitale nello spazio europeo.

3. La valutazione della qualità e le nuove frontiere europee in tema di learning analytics.
Sotto la spinta del processo di armonizzazione a livello comunitario anche nel campo dell'istruzione i Paesi membri dell'U.E. hanno inteso creare dei processi di valutazione riconosciuti a livello nazionale operanti in ambito universitario con la proliferazione di divergenti documenti. Dall'altra parte, tale spinta ha germinato anche la produzione di direttive e raccomandazioni, prodotte a seguito di ulteriori documenti formali provenienti ad esempio dall'*European University Association*, inglobante numerosi istituti superiori europei. Al riguardo si rammentano gli atti propulsivi del controllo di qualità a livello formativo: la *Magna Charta Universitatum* del 1988, favorevole ad un continuo evolversi del tessuto formativo universitario proporzionalmente al divenire sociale, la riunione dei Ministri a Lisbona nel 1998 per l'anniversario della fondazione della Sorbona, in cui si è disquisito in ordine ad uno Spazio europeo dell'istruzione superiore; la Dichiarazione di Bologna del 1999[18] in cui sono state edificati i presupposti per uno Spazio europeo di tal fatta[19]; l'incontro di Salamanca del 2001 che ha rimarcato la centralità del concetto di qualità nello spazio europeo

[17] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 6;

[18] Consiglio dell'Unione europea (1999). Lo spazio europeo dell'istruzione superiore. Dichiarazione congiunta dei Ministri europei dell'Istruzione Superiore intervenuti al Convegno di Bologna il 19 Giugno 1999. Testo disponibile all'indirizzo web: http://www.miur.it/0002Univer/0052Cooper/0064Accord/0335Docume/1385Dichia_cf2.htm(15/12/2017);

[19] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario,* cit., pp. 16, 17**.** Le misure in tale sede predisposte afferiscono alla promozione di uno spazio dinamico in cui gli Stati cooperano per divulgare il concetto di qualità e definire programmi formativi integrati;

dell'istruzione; il Comunicato proveniente da Praga nel 2001 emanato dai Ministri europei dell'Istruzione che ha enfatizzato della qualità l'essenzialità al fine di implementare la competitività; *l'incontro* avvenuto a Berlino nel 2003 tra i Ministri dell'istruzione aderenti al processo di Bologna che hanno evidenziato il progredire della valutazione sulla qualità. In tale ultima sede si è disquisito di *Quality Assurance*, come mezzo per la cooperazione internazionale.
Ancora, numerosi stati dell'U.E. hanno eletto delle agenzie nazionali di valutazione, definendo, altresì, delle programmazioni in ordine ai criteri di valutazione da applicare agli istituti di istruzione[20]. Le misure intraprese al riguardo sono provenienti dalle istituzioni governative, le quali hanno eletto un organo direttivo o *board*, vigilante sulle agenzie statali di controllo in tale materia. In ogni caso le valutazioni possono vertere su diversi campi, modulabili a seconda del sistema di istruzione nazionale. Gli approcci unanimamente condivisi sono quelli del *fitness for purpose*, secondo cui il grado della qualità è direttamente proporzionale al conseguimento dei risultati da parte dell'unità didattica oggetto di esame e l'approccio *standard based*, nel quale la qualità è intesa come aderenza a modelli prestabiliti[21].
Al riguardo si ricorda il progetto pilota europeo di valutazione del 1995 che accomunava i criteri di valutazione adoprati da quattro paesi europei, definendo precetti comuni a livello formativo, quali una metodologia autonoma e indipendente, la presenza di una adeguata autovalutazione, una valutazione esterna, altrimenti definita *peer review*, nonché un rapporto finale reso pubblico.
Di tali elementi interessante, senza dubbio, è il processo di autovalutazione in cui emergono dati qualitativi e quantitativi afferenti al personale, alla tempistica per conseguire il titolo, un insieme complesso di dati protesi ad una valutazione corretta e al miglioramento senza fine delle attività didattiche poste in essere[22].
Per quanto concerne i valutatori eletti essi si presentano sotto le indicazioni di un presidente, quale personale qualificato e specializzato a seconda del settore accademico che si va ad analizzare, nonché esperti in gestione della qualità e nel mercato del lavoro. La loro visita si estende nell'arco di tre giorni e, in base al processo autovalutativo, essi definiscono un rapporto finale corredato da suggerimenti, rapporto che può o meno essere pubblicato.
La esecuzione o meno delle raccomandazioni e dei suggerimenti dispiegati dai valutatori vengono definiti *follow up* la cui messa in pratica dipende unicamente dall'istituzione oggetto di analisi. I controlli al riguardo poi possono rinnovati nell'arco dell'annualità anche al fine di verificare l'esecuzione delle raccomandazioni e disporre, se del caso, delle sanzioni per la loro mancata osservanza[23].

[20] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 19;
[21] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 20;
[22] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 21;
[23] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 22;

In tema di raccomandazioni sul piano formativo emergono quella redatta dal Consiglio dell'U.E. del 24/09/1998 afferente la cooperazione tra gli Stati membri in tema di garanzia della qualità nell'istruzione superiore (98/561/EC), germinata quale esito di varie documentazioni e memorandum, compulsata dalla necessità di apporre dei miglioramenti nel quadro dell'istruzione superiore, nella società qualificata "della conoscenza" a livello mondiale. Tale raccomandazione ha definito gli schemi costituenti la base del processo valutativo della qualità: terzietà dei valutatori anche nelle definizione delle procedure adoprate dai medesimi; valorizzazione dell'indipendenza degli istituti formativi superiori, ad onta del processo di adeguamento agli schemi anzidetti; valenza di alcuni elementi esterni o interni al processo valutativo funzionalmente collegati agli obiettivi prefissati; coinvolgimento degli utenti al processo valutativo; adeguamento della pubblicazione dei risultati agli Stati membri interessati[24].

La Commissione, a seguito delle raccomandazioni raccolte, provvederà a redigere una relazione che documenti il progredire dei sistemi valutativi e della cooperazione tra gli Stati al riguardo. Nel febbraio del 2001 il Consiglio di Istruzione dell'Unione Europea, la cui relazione è stata pregressa rispetto a quella del Consiglio europeo di Stoccolma in pari anno, ha individuato degli obiettivi da conseguire in tema di istruzione e formazione, al fine di accrescere tutti gli aspetti economici afferenti alla conoscenza. Si tratta di individuare valevoli supporti e mezzi per raggiungere livelli di efficienza e di qualità, quali strumenti suffraganti economicamente gli organismi di controllo esterni.

Ancora, nel 2003 si assiste ad una comunicazione della C.E. protesa a vivificare il dibattito sulla Università e sulla sua fondamentale funzione accrescente e migliorativa dell'economica comunitaria[25] .

Del pari l'European University Association (E.U.A.) ha rimarcato la funzione centralizzante della qualità nell'istruzione, rapportata a meccanismi di produzione scientifica a livello competitivo in una istituzione universitaria autonoma, trasparente e dinamica[26]. In tale ottica ha definito un programma di valutazione europeo al quale hanno aderito una ottantina di istituzioni universitarie comunitarie ed extracomunitarie. Alla medesima partecipano, altresì, nove atenei italiani[27]. In tale programmazione assume valore preminente l'iter autovalutativo e la valutazione

[24] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 23;

[25] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., pp. 21 - 25;

[26] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 26;

[27] Università degli Studi di Camerino, Università degli Studi di Catania, Università degli Studi di Genova, Università degli Studi di Macerata, Università degli Studi di Roma Tre, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Università degli Studi di Trento, Università degli Studi di Venezia, Istituto universitario di Architettura di Venezia;

esterna contribuendo alla definizione di un procedimento decisamente migliorativo senza eludere l'importanza del contesto originario dell'ente universitario[28].
Nell'ambiente culturale poc'anzi descritto è germinata, altresì, la proposta di rilasciare un *European label* per gli atenei che acquisiscono quel valore aggiunto in tema di qualità nella formazione, vale a dire nel miglioramento dei trasporti degli studenti, nell'ottica interdisciplinare, nella congiunzione tra i corsi del secondo e del terzo ciclo.
Ancora, la sottoscrizione del documento *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*, su iniziativa dell'European *Association for Quality Assurance in Higher Education*, fatto proprio, tra l'altro, dai Ministri Europei nella riunione di Bergen del 19 - 20 maggio 2005, ha provveduto ad introdurre il termine "assicurazione interna della qualità", afferente l'attività dell'istituzione o del corso di studi e la responsabilità dell'ente medesimo sul percorso qualitativo dell'offerta formativa, ed il termine "assicurazione esterna della qualità", garantita, di contro, dalle agenzie di valutazione operanti negli istituti medesimi[29].
Nel 2010 è stato elaborato il progetto *Visions for the future* sul cui esito si è disquisito nell'incontro a Bucarest riguardante l'alta formazione avvenuto nel 2012. In tale sede si sono illustrati i cambiamenti nel sistema universitario del processo della qualità nella formazione e i risultati conseguiti al fine di consentire agli *stakeholders*[30] di progettare nuove sfide per l'incremento della cultura grazie al sistema del controllo della qualità. Si sono individuate al riguardo quattro strategie: la prima afferisce alla divulgazione di un sistema di assicurazione della qualità posto in essere dagli istituti di formazione superiore con un graduale decremento degli ostacoli di ordine burocratico. La seconda si qualifica come una procedura di *benchmarketing* e promuove la realizzazione di schemi di riferimento. La terza strategia individua le eccellenze nel campo formativo, favorendo, in altre, pratiche innovative e attrattive. Infine la quarta strategia mira ad implementare il controllo di qualità nella formazione a livello periodico, con il riconoscimento delle pratiche valutative e di accreditamento[31].
Nel 2012, poi, si è trasmesso un comunicato ministeriale in collaborazione con *l'Education International* all''*European Association for Quality Assurance in Higher Education* (E.N.Q.A.), all'*European Students' Union* (E.S.U.), all' *European University Association* (E.U.A.) e all'*European Association of Institutions in Higher Education* (E.U.R.A.S.H.E). Tale documento annovera l'istruzione superiore nell'alveo degli elementi essenziali ed ineludibili ai fini di una crescita economica, sociale e culturale

[28] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 28;
[29] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 7;
[30] Gli operatori in azione in una istituzione scolastica vengono denominati "portatori di interesse" ovvero *stakeholder* e si indentificano negli studenti, negli insegnanti e nei collaboratori esterni;
[31] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 5;

di un Paese, invitando le organizzazioni interessate ad una revisione delle E.S.G. del 2005. In tale contesto, lo studente assume un ruolo centrale e in base alle sue aspettative ogni istituto di ordine superiore deve diversificare la propria offerta formativa, applicando una maggiore ottica internazionale del percorso di studi e incentivando l'apprendimento nell'epoca digitale. In tal senso occorre divulgare una cultura della qualità che sia condivisa da tutti, che sia trasparente e fortemente comunicativa, anche a livello telematico. Orbene, recettivo alle spinte comunitarie è apparso il sistema formativo italiano nel progredire legislativo verso il riconoscimento di pratiche di apprendimento digitali e più evolute.
Da ultimo, poi, la Conferenza Ministeriale a Yerevan, nel 2015[32], ha approvato nuovi Standard e Linee Guida per l'Assicurazione della Qualità nello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore (E.S.G.), chiarificando l'argomento in maniera più snella e chiara. Come per le pregresse E.S.G., il quadro di riferimento europeo per l'assicurazione della qualità può ripartirsi in tre macro-aree: 1) assicurazione interna della qualità o autovalutazione (da sette, le linee guida diventano dieci); 2) assicurazione esterna della qualità, valutazione periodica e accreditamento (da otto, le linee guida diventano sette); 3) agenzie di assicurazione della qualità, afferente l'A.Q. delle stesse agenzie nazionali ed il loro processo di accreditamento, soggette ad una revisione ogni cinque anni per dimostrare il rispetto di quanto prescritto dalle E.S.G.[33].
Nella continuità delle precedenti, le agenzie nazionali si muovono con una certa autonomia nel solco delle E.S.G., *conditio sine qua non* per ottenere l'accreditamento all'E.N.Q.A., pur lasciando libere le Università di fissare i propri obiettivi generali e strategici, seppur in linea con i bisogni e le necessità delle parti interessate *(stakeholders).*

4. L'ottica progettualizzante del sistema formativo italiano e l'apertura verso l'Open Education
In Italia a livello ministeriale e con la collaborazione della Confindustria si è inteso produrre strutture dialogative finalizzate a promulgare il concetto di qualità ed efficienza nel sistema di istruzione italiano, edificando un collegamento tra il mondo del lavoro e il pregresso format istruttivo[34]. A tal fine si rammenta al riguardo il primo

[32] E.N.Q.A. (2015), *Standards and Guidelines for Quality Assurance*. Testo disponibile all'indirizzo web: www.enqa.eu/index.php/home/ESG/ (15/12/2017);

[33] L'A.N.V.U.R. ha avviato, nel marzo 2019, la procedura volta a conseguire l'accreditamento di *Full Member Agency* da parte dell'*European Association for Quality Assurance in Higher Education (E.N.Q.A.)* e il contestuale inserimento nel registro europeo delle agenzie responsabili dei sistemi di assicurazione della qualità per la formazione terziaria (*European Quality Assurance Register for Higher Education* – E.Q.A.R.). La visita in loco è avvenuta a novembre 2018 e sulla base del Rapporto della Commissione, che sarà pubblicato, l'*Executive Board* dell'E.N.Q.A. deciderà sull'accreditamento dell'A.N.V.U.R. nella riunione che si terrà ad aprile 2019;

[34] Nota Ministeriale 9 gennaio 2001 - Oggetto: La qualità nel sistema dell'istruzione e il relativo percorso in *https://www.edscuola.it/archivio/norme/programmi/qualita.html;*

protocollo di intesa del 18/07/1990, seguiti da altri stipulati nel 1994 e poi 1998. Ma è solo dal 1994 in Italia, con la legge finanziaria n. 537 del 1993, si è inteso inglobare in un testo di legge dedicato al sistema universitario il termine valutazione, da intendere in questo caso come buona amministrazione delle facoltà. Tale legislazione in particolare ha avuto il pregio di introdurre i nuclei di valutazione in seno alle università. Tali organi sono preposti alla verifica della gestione delle risorse di natura pubblica, nonché della presenza di criteri imparziali nell'azione amministrativa. In ogni caso, la normazione anzidetta appare sintomatica dell'esigenza compulsante dall'ordinamento europeo di un corretto funzionamento dell'organizzazione nazionale.

Ma vi è di più. Nel 1994 si è assistito alla nascita dell'Osservatorio per la valutazione del sistema universitario, traslato poi nel 1999 nel Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario (C.N.V.S.U.)[35]. In tale contesto, vengono istituiti e poi potenziati i Nuclei di Valutazione[36] (N.d.V.), con compito di effettuare una valutazione interna, coordinati dal C.N.V.S.U.

A livello ministeriale si assiste poi nel 1995 alla elaborazione di un documento di indirizzo destinato ai Provveditorati allo studio nel quale si definisce l'assetto di uno schema scolastico dinamico e complesso. In esso si edificano tre poli afferenti la Qualità in un habitat scolastico sensibile a tali problematiche individuati nelle città di Milano, Mantova, Padova, Vicenza e Roma e in alcune province del Sud. L'obiettivo è la prima diffusione di una cultura della qualità che sappia adeguarsi alle spinte ed alle aspettative dei territori di appartenenza. In essa vengono stratificati gli stadi del processo della qualità, vivificata da un progetto *in itinere* ed in un continua evoluzione[37]. Ciò che si enfatizza sono le esigenze e le aspettative del mondo studentesco miranti alla promozione del successo formativo. Nella prima fase si elabora la creazione di un gruppo di operatori adeguatamente competenti in tema di controllo ed interventi sulla qualità del servizio scolastico, che sappiano divulgare il concetto di efficienza ed efficacia nell'ottica migliorativa del servizio. La seconda fase è caratterizzata dalla materiale estensione del metodo della qualità alle attività didattiche per renderle usufruibili al sistema di controllo con la sottoscrizione del proprio manuale della qualità. Nella terza fase avviene la rielaborazione dell'intera organizzazione scolastica al fine di renderla idonea per la certificazione. E' di tutta evidenza che il valore aggiunto dell'elemento della qualità nella progettazione

[35] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., p. 31;

[36] La regolamentazione dei nuclei di valutazione negli atenei è avvenuta con la legge n. 370/99 del 19/10/1999 con l'erogazione di incentivi o, per converso, di sanzioni, quale l'esclusione da un triennio dall'erogazione dei fondi per il sistema universitario;

[37] Nota Ministeriale 9 gennaio 2001 - Oggetto: La qualità nel sistema dell'istruzione e il relativo percorso in *https://www.edscuola.it/archivio/norme/programmi/qualita.html;*

scolastica consente di rispondere al meglio alle aspettative dell'utenza, in una ottica di responsabilità della offerta formativa[38].
Da ultimo poi l'ordinamento universitario è stato riformato anche per colmare il disavanzo del sistema italiano rispetto agli standard europei in tema di integrazione, produttività, ed innovazione. Si conferisce al riguardo una maggiore autonomia didattica anche con una nuova nomenclatura dei corsi e delle lauree conferite, con la predeterminazione di obiettivi formativi appaganti standard minimi a livello nazionale. Si prescrive l'obbligo di redazione per ogni ateneo di un proprio regolamento, pubblicizzando le disposizioni pattizie tra istituzioni e utenti, concretando un miglioramento nel conseguimento di obiettivi in termini di qualità e da punto di vista dell'orientamento[39]. Si assiste, dunque, ad un progressivo adeguamento del sistema universitario al divenire sociale grazie all'enfatizzarsi del processo valutativo sulla qualità.
Ancora, il Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario viene sostituito dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (A.N.V.U.R.), agenzia autonoma e indipendente istituita con legge 24 novembre 2006, n. 286, assumendo man mano compiti più incisivi di quelli esercitati dal C.N.V.S.U.[40].
Quanto previsto dagli accordi di Bologna, viene recepito poi dall'Italia, in netto ritardo rispetto ai 46 attuali stati firmatari, con la legge 30 dicembre del 2010, n. 240, la cd. riforma Gelmini.
Finalmente, il sistema qualità trova la propria sede in una normativa dettagliata, coerente con quanto concordato a livello europeo, anzi maggiormente incisiva, in quanto diretta a migliorare non solo la qualità e l'efficienza della didattica, ma anche della ricerca. All'art 5 comma 3 della l. n. 240/2010 si prevede, infatti, l'introduzione di un sistema di accreditamento delle sedi e dei corsi di studio universitari che si basi sull'utilizzazione di specifici indicatori definiti *ex ante* dall'A.N.V.U.R. per la verifica del possesso da parte degli atenei di idonei requisiti didattici, strutturali, organizzativi, di qualificazione dei docenti e delle attività di ricerca, nonche' di sostenibilità economico-finanziaria; l'introduzione di un sistema di valutazione periodica basato su criteri e indicatori stabiliti *ex ante*, da parte dell'A.N.V.U.R., dell'efficienza e dei risultati conseguiti nell'ambito della didattica e della ricerca dalle singole università e dalle loro articolazioni interne; il potenziamento del sistema di autovalutazione della qualità e dell'efficacia delle proprie attività da parte delle università, con il supporto tecnico ed imparziale dei propri nuclei di valutazione e dei contributi provenienti dalle commissioni paritetiche docenti – studenti (C.P.D.S.). Viene, inoltre, precisato che la

[38] Nota Ministeriale 9 gennaio 2001 - Oggetto: La qualità nel sistema dell'istruzione e il relativo percorso in *https://www.edscuola.it/archivio/norme/programmi/qualita.html;*
[39] E. STEFANI *La valutazione della qualità uno strumento a servizio del sistema universitario*, cit., pp. 32 - 35;
[40] Per maggiore precisione dei compiti svolti si segnala il regolamento attuativo, il d.p.r. n. 76 del 2010;

definizione del sistema di valutazione e di assicurazione della qualità degli atenei deve avvenire in coerenza con quanto concordato a livello europeo, secondo le E.S.G.
L'A.N.V.U.R. si profila, dunque, quale titolare di funzioni dirimenti nel campo universitario, in quanto detta regole, vigila l'applicazione delle stesse, interviene attivamente nei processi che vanno dalla concessione, al diniego, alla revoca, all'accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi, formula proposte e rilascia pareri[41].
La sostanza prende forma, e man mano la forma da più sostanza.
Il sistema di valutazione delineato vede principali attori della valutazione interna, il Presidio di qualità ed il Nucleo di valutazione, mentre per la valutazione esterna, il ruolo principale è dell'A.N.V.U.R., a sua volta valutato dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (M.i.u.r.) secondo i criteri di qualità, trasparenza e merito.
Il decreto legislativo 27 gennaio 2012, n. 19, emanato in attuazione dell'art. 5 comma 3, lett a) della legge n. 240/2010, delinea l'ambito applicativo del sistema di accreditamento delle sedi e dei corsi di studi, della valutazione e della autovalutazione[42], attribuendo all'A.N.V.U.R. il compito di rendere operativo il sistema, con la definizione di criteri e parametri di valutazione. In virtù di tanto si conferma il compito affidato dalla legge Gelmini all'A.n.v.u.r., vale a dire quello di stabilire i criteri e le modalità di verifica dei requisiti e di definire gli indicatori per l'accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi *ex ante*. Ancora, l'autovalutazione e la valutazione interna sono attività istituzionali dell'ateneo e spetta ai Nuclei di valutazione monitorare processi e procedimenti messi in atto, conformemente agli indicatori dell'A.n.v.u.r .[43]
Con il D.M. n. 47 del 30 gennaio 2013 il Consiglio direttivo dell'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema universitario ha elaborato un documento denominato *"Autovalutazione, Valutazione e Accreditamento del Sistema Universitario Italiano"* (A.V.A.), modificato ed integrato con D.M. n. 1059 del 23.12.2013 e con D.M. n. 194 del 27.3.2015. L'A.n.v.u.r. ha così fornito alle Università un modello di assicurazione della Qualità. In esso si prefissano come necessari la predeterminazione di obiettivi da conseguire, la mera attivazione delle operazioni necessarie al riguardo, la predisposizione delle verifiche per analizzare i risultati conseguiti. Si precisa, inoltre, che il riesame del sistema qualità nella formazione va condotto annualmente con la elaborazione di un documento riepilogativo finale, nonché con la redazione di una Scheda Unica Annuale del Corso di Studio, da pubblicizzare in via informatica per garantire la piena contezza da parte della collettività degli studenti. Si tratta, dunque,

[41] G. VESPERINI *L'anvur nella governance del sistema universitario*, in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2017, Ipsoa, Milano, 2017, pp. 1 ss.;
[42] Art. 3 della l. n. 19 del 2012, estendendo l'applicabilità anche alle università telematiche.
[43] M. CANINO, *La certificazione di qualità dell'istruzione universitaria dopo le nuove indicazioni ministeriale*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 1/2018, in *http://www.rtsa.eu/*, pp. 1 ss.;

di un documento, come quello dell'A.V.A., soddisfacente le spinte comunitarie e pienamente coerente ai criteri di valutazione della qualità come prefissati dalle agenzie europee[44].

Sostanziali interventi normativi si sono succeduti nel corso di questi ultimi anni, portando ad una continua rivisitazione del modello di assicurazione della qualità nella didattica e nella ricerca universitaria, compulsate, per vero, dalla necessità di adeguamento alle norme europee e dalla opportunità di apportare seri miglioramenti dei percorsi formativi. Alcuni, infatti, sostengono che trattasi di rispetto della "logica degli adempimenti"[45].

Con i D.M. n. 635/2016 e 987/2016 l'A.N.V.U.R. modifica il modello secondo i nuovi dettami delle E.S.G. 2015, comunemente chiamato A.V.A. 2.0, stabilendo, tra l'altro, con successivo Decreto Ministeriale, pesanti criteri di sostenibilità dei corsi[46]. Il nuovo modello prevede Requisiti di qualità organizzati per indicatori, punti di attenzione e aspetti da considerare.

In estrema sintesi i requisiti sono: R1 (Requisiti di qualità per le istituzioni, con 3 indicatori e 10 punti di attenzione); R2 (Requisiti di qualità per le politiche di ateneo sull'A.Q., con 2 indicatori e 2 punti di attenzione); R3 (Requisiti di Qualità per i Corsi di Studi, con 4 indicatori e 13 punti di attenzione) e R4 (Requisiti di Qualità per la ricerca e Terza Missione con 2 indicatori e 7 punti di attenzione). All'interno dei Requisiti richiamati specifici indicatori sono dedicati alle Università con Corsi di Studi Telematici.

Al termine di questa breve disamina normativa, merita attenzione l'ultimo intervento in tema di Autovalutazione, Valutazione, Accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio, il D.M. n. 6 del 7 gennaio 2019 che ha modificato i criteri di sostenibilità dei corsi in sostituzione di quelli del D.M. 987/2016 e ss.ii.mm., stabilendo una serie di vincoli *ad hoc* per le Università Telematiche, riconoscendo, altresì, la loro

---

[44] A. SQUARZONI *Qualità, Assicurazione della Qualità, Valutazione della Qualità, Accreditamento della Formazione universitaria*, cit., p. 9;

[45] V. ZARA, E. STEFANI, *Istituzione, attivazione e accreditamento dei Corsi di Studio. Novità introdotte da AVA 2.0 e dal DM 987/2016*, Roma, Fondazione Crui, 2017, in https://www.crui.it/manuale-sulla-didattica.html, pp. 5-6;

[46] Il D.M. 987, sin da subito, è stato contestato dall'ambito universitario, in quanto altamente pregiudizievole e discriminatorio per le Università Telematiche, è stato prontamente modificato dal D.M. n. 60/2017. Si è aperta una nuova fase, di consultazioni e pareri, dando vita ad un tavolo tecnico. Con D.M. 196 del 2 marzo 2018 relativo in particolare alla definizione di specifici requisiti di docenza per i corsi di studio a distanza, è stata prevista l'istituzione di un tavolo tecnico composto da: un esperto nominato dal Consiglio Universitario Nazionale; un esperto nominato dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca; un esperto nominato dalla Conferenza dei Rettori delle Università Italiane; due esperti indicati dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, uno dei quali fungerà da coordinatore del Tavolo; un esperto indicato dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; un rappresentante indicato congiuntamente dalle Università telematiche;

peculiarità in termini di sostenibilità dei corsi e, in particolare, nel rapporto docenti/studenti[47].
Il sistema A.V.A. orienta i processi di autovalutazione ed indirizza le Università alla creazione di un modello volto a valorizzare le diffondere la "cultura della qualità" interna degli atenei, lasciandole libere sulla determinazione degli obiettivi formativi dei corsi di studio e sulle azioni migliori per raggiungere tali obiettivi. La valutazione esterna, compiuta attraverso una visita *in loco* da una Commissione di esperti della Valutazione (C.E.V.) tende a verificare, nel merito le scelte compiute, la rispondenza fra obiettivi dichiarati, risultati attesi e risultati conseguiti.
Al postutto la gestione dei processi valutativi e la preparazione alle visite C.E.V., viene oggi vissuta come momento puramente obbligato, che vede coinvolti la *governance*, i docenti, tutor, personale tecnico – amministrativo e studenti, e non come momento di autovalutazione e autocritica costruttiva, per la verifica del perseguimento degli obiettivi dichiarati.

5. I benefici dei learning analytics al processo valutativo della formazione
Il miglioramento della qualità dei sistemi di istruzione universitaria in Europa resta una tematica di grande attualità[48]. Nel 2017, in occasione del vertice sociale di Göteborg, la Commissione europea ha illustrato la sua ambizione di realizzare entro il 2025 uno spazio europeo dell'istruzione che garantisca la libera circolazione degli studenti, attraverso obiettivi di innovazione, integrazione, inclusione, collaborazione e competizione fra sistemi di istruzione superiore, tali da renderli parimenti trasparenti, efficienti e di qualità.
Gli strumenti per aumentare la qualità dei percorsi formativi ci sono. Da otto anni, studiosi provenienti da tutto il globo si incontrano nella Conferenza Internazionale sull'analisi e la conoscenza dell'apprendimento (L.A.K.) organizzata dalla *Society for Learning Analytics Research* (Solar), per discutere sul ruolo, sul valore e l'impatto dell'analisi sull'insegnamento, l'apprendimento, la formazione e lo sviluppo. La tecnologia nell'era della digitalizzazione ha asservito allo sviluppo di varie applicazioni suffraganti l'apprendimento (*mobile learning)* e la sua valutazione, adoprando i benefici dei *social media network* e dati raccolti dai dispositivi mobili. Attraverso la tecnica dei *learning analytics* si è dato valevole supporto al processo valutativo afferente la formazione.
L'interesse nei confronti di tali dati investe, per vero, una conoscenza multidisciplinare che spazia dalla statistica al campo della comunicazione, dall'informatica alla pedagogia, dal campo giuridico alla psicologia. Infatti, emerge al riguardo uno

[47] Da Il Sole 24ore, *Le telematiche "incassano" lo sconto su prof e studenti*, 21 gennaio 2019,in scuola24.ilsole24ore.com;
[48] M. CANINO, *La certificazione di qualità dell'istruzione universitaria dopo le nuove indicazioni ministeriale*, cit. pp. 1 ss.;

scambio proficuo di informazioni tra i *Data Science* e gli *Educational Science*, generando valevoli *Actionable Data* al fine di approntare soluzioni innovative ai problemi dell'apprendimento. Usufruibili al riguardo appaiono le indagini predisposte dalla *Business Intelligence*, dall'*Educational Data Mining*, dalla *Web Analytics* e dai *Reccomender Systems*.

Tuttavia, il supporto in tale materia non viene fornito unicamente dalla mera raccolta di dati statistici. Lo scopo della *business intelligence* è quello di trasformare un set di dati grezzi in informazioni, intuizioni e conoscenza per finalità aziendali (semplici report, tutto riferito al passato). L' *analytics* riguarda il futuro, la scoperta, la creazione di conoscenza, l'affermazione e la comunicazione di modelli, l'identificazione di eventuali associazioni tra molteplici variabili, la classificazione, l'apprendimento dai dati, la visualizzazione di dati e la predizione dei dati futuri. Orbene, entrambi gli approcci elaborano i dati e si avvalgono di strumenti informatici nei loro processi, ma le similitudini tra i due metodi sono davvero esigue. Con la *business intelligence* si cerca di fornire un'istantanea dell'informazione, utilizzando approcci e metodi statistici, elaborando dati completi e normalizzati, organizzati in righe e colonne. I dati sono strutturati e precisi, e i dati anomali sono eliminati prima del processo di elaborazione. Per converso, l'*analytics* tratta sia dati strutturati, che destrutturati. I metodi analitici sono dinamici e restituiscono come *output* un quadro altrettanto dinamico ed allo stesso tempo adattivo. L'*analytics* utilizza metodi statistici avanzati, tecniche di intelligenza artificiale e di *machine learning*, *feedback* e sistemi di elaborazione del linguaggio naturale per individuare ed estrarre eventuali correlazioni dai dati; costruisce modelli a partire dai dati e genera nuove scoperte e conoscenze, un nuovo "valore" definito *insight*[49].

Ad ogni buon conto l'utilizzo di dati sensibili involge problematiche di natura etica e legale. In materia, nel 2016 il *Journal of Learning Analytics* ha predisposto una elencazione della c.d. *delicate checklist*, afferente il controllo preordinato dei dati raccolti ai fini educativi. Invero, il fattore etico non può essere eluso in un processo di raccolta dati, tanto più che in materia occorre individuare la titolarità di tali dati e il responsabile o i responsabili del processo stesso[50].

Al riguardo si trasla i *learning outcome* in termini di graduazione dei risultati conseguiti ad un dispiegamento dell'iter valutativo in un processo ciclico sempre nuovo al fine di adeguare i risultati al momento attuale. Secondo Becker la raccolta di tali dati consente la stimolazione sempre attiva del pensiero degli operatori dell'educazione in una sorta di *living process*.

---

[49] Per approfondimento sul processo di trasformazione da *input* ad *insight* si consiglia la seguente consultazione: STUDIO LEGALE MONDINI RUSCONI, *Big Data: privacy, gestione, tutele, 2018*, cit., pp. 1 ss.;

[50] P. DE WAAL *Learning Analytics: i sistemi dinamici di supporto alla decisione per il miglioramento continuo dei processi di insegnamento e apprendimento*, in *Formazione e Insegnamento*,XV, 2017, pp. 3 ss.;

Orbene, la problematica dell'evidenza e dell'attualità dei dati raccolti appare, senza dubbio, intimamente connessa alla tecnica dei *Learning Analytics*. Tanto è stato affermato unanimamente dagli studiosi nella *Policy Brief* dell'UNESCO del 2012. Tuttavia la dinamicità dei dati raccolti, anche in termini valutativi, non può essere approcciata senza un valevole supporto della pedagogia. Non si tratta di imporre evidenze raccolte o soluzioni meramente efficaci: tutto quanto raccolto a livello digitale va supportato con approccio scientifico e con una valevole riflessione sulle conseguenze anche sociali della sua applicazione, con valutazione dell'impatto del risultato dell'analisi. A tanto appare agevole l'utilizzo di algoritmi al fine di completare in maniera proficua l'indagine di esplorazione. Si tratta di "umanizzare" i modelli di analisi secondo dimensioni anche sociali, etiche e pedagogiche. Il progetto L.A.C.E del 2015 ha rimarcato al riguardo il ruolo della *Pedagogy (Discussion of educational methods, including training for teachers*). I timori emergenti afferiscono alla circostanza che i dati raccolti siano solo quelli inglobati nell'apprendimento dei *lower order skills* e che i medesimi siano adoprati per scopi divergenti o lesivi per gli utenti. Al riguardo studiosi come Gaševi, Dawson e Siemens, fondatori della *Society for Learning Analytics Research (SoLAR*), hanno evidenziato la circostanza che le tecniche dei *learning analytics* debbano correlarsi unicamente alle problematiche dell'apprendimento e dell'istruzione (*"Let's not forget: Learning Analytics are about learning"*).[51]. Sul punto Simon Buckingham Shum enfatizza il ruolo dei *pedagogical affordances* al fine di dilatare le analisi nel *learning* al di là dei presupposti semiotici.

Dall'altra parte, contrariamente agli impulsi frenanti poc'anzi descritti, il riconoscimento facciale e l'*eyes tracking* di alcuni dispositivi mobili hanno prodotto la progressiva espansione delle tecniche di raccolta dati. Al riguardo si menziona il sistema di ricerca più diffuso denominato CHILI, germinato dalla collaborazione del dott. Pierre Dillenburg con l'*École Polytechnique Fédérale de Lausanne*[52].

La proliferazione di dati di natura digitale ha edificato, poi, la nascita di uno studio apposito sui *learning analytics*, diverisificandosi il medesimo dai più specifici *Academic Analytics* e dall'*Education Data Mining*. Tale diversificazione è stata riconosciuta da Siemens & Baker nel 2012, ma le assonanze tra i dati poc'anzi richiamati sono di tutta evidenza. Innanzitutto, i medesimi appaiono protesi al miglioramento della qualità dell'istruzione, sia intesa come processo che come prodotto, in quanto consentono facilmente di procedere all'analisi di una quantità notevoli di dati per estrapolare informazioni usufruibili per gli operatori del settore. In materia, nel 2010 il medesimo Siemens ha offerto una definizione dei *learning analytics* inglobando tali dati nell'alveo della tipologia di modelli di analisi prodotti dalla collettività degli studenti, valevoli

[51] D. GAŠEVI, S. DAWSON & G. SIEMENS, *Learning analytics for continuous learning-processes improvement through dynamic data-informed decisions*, in *Formazione e Insegnamento*, XV, 2017, p. 68;

[52] D. GAŠEVI, S. DAWSON & G. SIEMENS, *Learning analytics for continuous learning-processes improvement through dynamic data-informed decisions*, cit., p. 69;

alla scoperta di predizioni sull'apprendimento. Tale qualificazione è stata fatta propria e arricchita anche a livello internazionale. Si rammenta al riguardo la vitale discussione dispiegata nella *Conference on Learning Analytics and Knowledge* (L.A.K. 2011). Ancora, nel 2014 l'*Horizon Report* ha riconosciuto la funzionalità dei *learning analytics* ai fini di un miglioramento dell'alta formazione.

A fronte di tale interesse scientifico sono emersi, con l'utilizzo di tali tecniche, modelli di apprendimento personalizzato, germinati dai contegni digitali degli utenti (*data mining*)[53] nelle piattaforme informatiche più evolute (tipo *Hadoop*), la cui traccia consente, come in ambito commerciale, di delineare il profilo dello studente tipo in via preordinata, di individuare le sue preferenze e le sue difficoltà durante il processo formativo. Il contenuto dei dati raccolti unitamente all'analisi del discorso concretano, per vero, le tecniche di apprendimento in analisi.

Al riguardo si rammentano i settori funzionali beneficiati da tali tecniche quali la qualità dei percorsi di studi, la qualità dei docenti, la qualità del titolo conseguito in termini di spendibilità e di competenze acquisite, che potrebbero aiutare gli atenei in termini di efficacia ed efficienza, coinvolgendo la valutazione delle *performance* organizzative ed individuali, potrebbero contribuire alla progettazione dei corsi di studi, alla socializzazione e alla condivisione di esperienze professionali o personali da parte degli utenti, che vengono incentivati dal punto di vista motivazionale. La raccolta del tessuto esperienziale rilevabile dal web consente di predire il livello prestazionale degli studenti e, quindi, di intervenire in maniera tempestiva allorquando sorgessero delle difficoltà, offrendo al riguardo valevoli supporti inclusivi per eludere il pericolo dell'abbandono del percorso formativo. Notevole impatto si potrà avere anche per la reputazione e l'affidabilità dell'Università, sia in ambito nazionale che internazionale. Non meno importante è l'aspetto funzionale ai benefici della *governance* di Ateneo, quale supporto tecnico ed empirico alle decisioni dei manager, con decisioni esenti da pregiudizi o influenze.

Questi e tanti altri sono i benefici ancora da esplorare.

E' di tutta evidenza che una selezione preventiva deve essere svolta in base ai contesti dal quale assorbire dati usufruibili per tali scopi. Generalmente, essi sono costituiti dalle piattaforme tradizionali L.M.S. (*learning management sistem*) che accolgono ambienti in *Moodle*, che consentono di visualizzare i tempi di connessione degli studenti e le loro sessioni e quant' altro; il *mobile learning*; i *social network* (*facebook*,

[53] E. RAMIREZ, J. BRILL, M. K. OHLHAUSEN, T. MCSWEENY, *Federal Trade Commission, Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, ftc Report, January 2016, in *https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106bigdata-rpt.pdf, pp. 1 - 5*; T. ZARSKY, *Transparent Predictions, in University of Illinois Law Review*, 4, 2013, in *http://ssrn.com/abstract=2324240*, pp. 1510 - 1518; M. HILDEBRANDT, *Profiling and the Rule of Law*, in *Identity in the Information Society*, in *https://link.springer.com/article/10.1007/s12394-008-0003-1*, 2008, pp. 57-59; V. M. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big Data - Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, Milano, 2013, pp. 74 - 101;

twitter, *video youtube*, e altri); i M.O.O.C. (*massive on line open course*), che ospita in sè milioni di studenti e insegnanti, i corsi *blended learning*, che vede l'alternarsi di lezioni on line frontali; i *Serious Games*, che, attraverso l'attrattività ludica, permettono allo studente di divertirsi imparando.
Si rammentano, inoltre, quali valevoli esemplificazioni dell'applicazione delle *Learning Analytics*, gli *Early Warning Systems*, che hanno consentito il prosieguo degli studi di numerosi studenti in difficoltà, i *Teacher's Dashboard*, concretanti la visualizzazione grafica di dati emersi dalle varie ipotesi di tracciamento al fine di apportare modifiche per migliorare l'approccio didattico e personalizzare l'offerta formativa, gli *Student's Dashboard*, dai quali emergono i gradi di interazione dell'utenza studentesca.
Orbene, come poc'anzi evidenziato, una valevole esemplificazione di un processo analitico in tema di apprendimento afferisce al c.d. *dashboard* che consente la presa in atto a livello decisionale di nuove prospettive formative. Una valutazione *in itinere*, che consente di migliorare i processi di apprendimento, attraverso azioni migliorative che mirano ad eliminare elementi di criticità rilevati in *real time*.
Si tratta di valutazione formativa ed informativa, attraverso un monitoraggio continuo dei dati di apprendimento, rilevati in ambienti formali e non, che, per mezzo dell'analisi predittiva e preventiva, aiutano i decisori ad assumere la responsabilità dei propri esiti deliberativi.
Ad ogni modo, la tecnica di comunicazione ed informazione più efficace nell'ambito valutativo è, come anticipato, la visualizzazione. Progettare e realizzare un *dashboard* è semplice e si articola in tre fasi. Nella prima si provvede alla scelta degli indicatori, più adatti tra quelli di attività e *performance* per la misurazione degli obiettivi prefissati. Nella seconda fase emerge la tecnica di analisi cognitiva, descrittiva, predittiva e preventiva, di *data mining*, o rinvenibile dai *social network analysis*. La terza fase si concreta a livello decisionale con la predisposizione degli interventi migliorativi da apportare, trasfusi in azioni correttive al fine di raggiungere il risultato atteso. Di rilievo in tema di *dashboard* è l'importanza della visualizzazione immediata dei dati raccolti sia per i profili studenteschi, che per quelli afferenti il corpo docente. In effetti con il *dashboard* si individuano *in primis* gli obiettivi dei relativi indicatori, per poi raccogliere i dati di rilievo ed individuare, infine, le tecniche di visualizzazione per presentare gli indicatori.
Infine c'è da dire, quale ulteriore progressione storica e giuridica nell'applicazione dei sistemi di analisi dei dati di apprendimento, che nella L.A.K.18, ottava conferenza sui *learning analitycs*, si è assistito al confronto tra i vari strumenti di analisi e la necessaria correlazione tra i processi valutativi afferenti la qualità e le nuove frontiere in tema di raccolta dati. Orbene, l'esito di tale approfondimento ha condotto all'emersione di tutte le evidenze migliorative che la tecnologia dei *learning analytics* può apportare anche in aree dell'apprendimento ancora corroborate da schemi di istruzione statici e giammai evolutivi. Tuttavia, le problematiche ancora irrisolte, per vero, afferiscono alle possibili

confliggenze dei data multimediali con situazioni giuridiche soggettive necessitanti, di contro, di limitazioni e valevoli prospettive di tutela.

6. Learning analytics e tutela del diritto alla privacy

La portata innovativa dei *learning analytics* e la mole di informazioni personali diffusa con le nuove tecnologie, soprattutto nel campo dell'IoT, hanno sospinto numerosi studiosi[54], ad onta degli apporti migliorativi alla qualità del percorso formativo, a ritenere che tali strumenti siano pericolosamente produttivi di forti conculcamenti e ingiuste compromissioni[55] a tutto danno di alcuni diritti costituzionalmente garantiti, come quello alla privacy[56], nonché che i medesimi mezzi informatici siano idonei a produrre sconvolgimenti di non poco momento anche da punto di vista sociale[57]. Per vero il rilievo economico e collettivo dell'utilizzo delle tecnologie più evolute assorbenti dati personali, appare, a ben vedere, decisamente confliggente al fattore oligopolista del settore[58], produttivo, in verità, di una sorta di accentramento della tecnica dell'algoritmo, lesivo dell'umanizzazione che viene, in definitiva, a dissolversi anche dal punto di vista decisionale[59].

In ogni caso, al riguardo, è opportuno distinguere[60] tra l'approccio educativo dei dati e quello distante da tale fine. Il primo appare rivolto al personale docente in quanto afferisce ad un profilo valutativo. Il secondo, di contro, afferisce al settore *business*, riflettente in quello educativo[61]. In questo caso, si profila come necessaria la regressione dei dati all'anonimia prima di una corretta analisi di mercato e, a distanza di tempo, la cancellazione dei medesimi ai fini della garanzia al diritto all'oblio. In

---

[54] Tra i tanti Campbell, De Blois, & Oblinger;

[55] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva* in *Politica del diritto*, Fasc. 4, dicembre 2016, pp. 638 ss.;

[56] Il diritto alla privacy viene qualificato come diritto fondamentale della persona e riceve protezione dal combinato disposto degli articoli 2, 3, 13, 14 e 15 della Costituzione italiana;

[57] G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, Giuffré, Milano, 2004, pp. 19-22; S. NIGER, *Il codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, Cedam, Padova, 2004, pp. 4-6; R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Diritto dell'informatica*,https://www.iusexplorer.it/Riviste/ArticoloRivista?idDocMaster=4017918&idDataBanks=103&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1; G. ABBAMONTE, *The Protection of Computer Privacy under eu Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 21, Columbia, 2014-2015, pp. 71-74; B. SCHERMER, B. CUSTERS, *The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection*, 25/2/2014, in *http://ssrn.com/abstract=2412418*, pp. 14-17; D. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 3, 2006, n https://www.law.penn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U;

[58] E. RAMIREZ, J. BRILL, M. K. OHLHAUSEN, T. MCSWEENY, *Federal Trade Commission, Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, cit., pp. 8 - 11;

[59] A. SORO, *Big data e libertà della dimensione digitale* in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9036954;

[60] S. SLADE , P. PRINSLOO *Learning analytics: Ethical issues and dilemmas*, in *American Behavioral Scientist*, 2013 p. 11 ss.;

[61] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit., pp. 638 ss.;

questa prospettiva anche il discente deve prendere contezza dell'importanza della tutela dei dati analizzati con la sottoscrizione, ad esempio, di un codice di comportamento[62] .

Ad ogni buon conto sul punto possono differenziarsi, secondo una qualificazione operata dalla *Foundation for Accountability Information*, tra *Provided Data*, vale a dire informazioni liberamente rese dai soggetti titolari delle medesime; gli *Observed Data*, inglobati in un sistema in via automatica, come nel caso dei *cookie*; *Derived Data*, germinati da stime e calcoli indiretti; *Inferred Data*, nati da algoritmi complessi al fine di inglobare persone in strutture categoriali e i cui esiti sono alquanto incerti[63].

Orbene, i precetti afferenti le limitazioni temporali all'utilizzo di tali dati e gli ostacoli frapposti ad una gestione illimitata dei medesimi appaiono contrastare con l'entità massiva dei dati inseriti e limitano i controlli a fronte di usi impropri dei medesimi.

Diviene ondivaga, altresì, come rimarcato dal Parlamento europeo nel provvedimento risolutivo del 14 marzo 2017, la marcata differenziazione tra dati sensibili e non.

In argomento il Regolamento Generale sulla Protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation* - G.D.P.R.) adottato con regolamento U.E. del n. 679 del 2016, ha enfatizzato l'aspetto vivificante dei dati personali nella contezza che i *learning analytics*, o più in generale i *Big data*, cioè segmenti di informazioni, passibili di conservazione e analisi in massa con moduli statistici anche di natura predittiva[64], consentono un reinvenimento identificativo della persona, ad onta della qualificazione dei dati inseriti in apparente anonimia. Tanto con effetti positivi, ma anche marcatamente negativi, attese le potenzialità lesive, discriminatorie e antistoriche[65] provenienti da tale identificazione indiretta. Sul punto sono state avanzate numerose istanze di riforma della Convenzione 108/81 del Consiglio d'Europa, attesa che la medesima sottolinea la carenza di identità di significati tra il termine identificabilità e identificazione. In ogni caso il settore giuridico della protezione dei dati risente di una celere obsolescenza, attesa la continua innovazione delle tecniche telematiche adoprate. Per tali ragioni il regolamento suindicato resta neutrale, eludendo l'applicazione di una terminologia eccessivamente tecnica, edificando norme sui dati di natura telematica di notevole interesse. *In primis* si rimarca l'estensione del provvedimento regolamentare per la protezione dei dati anche ad aziende site all'estero, ma operanti nell'U.E. e, quindi anche ad imprese site nel continente

---

[62] S. SLADE , P. PRINSLOO *Learning analytics: Ethical issues and dilemmas*, cit., pp. 11 ss.;

[63] V. M. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER,, *Learning with Big Data: The Future of Education*, in *http://ssir.org/articles/entry/learning_with_big_data_the_future_of_ education*; V. M. MAYER-SCHÖNBERGER, Y. PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, in *The Columbia Science & Technology Law Review*, Oxford, 2016, p. 318 ss.;

[64] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit., p. 637;

[65] A. SORO, *Big data e libertà della dimensione digitale* in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9036954;

americano con la conseguente applicazione della giurisdizione europea per le controversie afferenti l'utilizzo dei *big data*. Orbene, l'elusione della pratica dello shopping a livello giurisdizionale permette una maggiore tutela per l'utenza conferendo ai medesimi la facoltà di rivolgersi all'Autorità di protezione dei dati sita nel proprio stato di appartenenza.
Interessanti poi al riguardo sono le tecniche della *privacy by design* (pregressa scambievolezza di criteri in materia di protezione dei dati) e *by default* protesi a inglobare nei dispositivi telematici i criteri per la tutela dei dati dell'interessato, tanto da divulgare di pari passo tecniche innovative e criteri di protezione a corredo delle medesime.
In ogni caso le scelte afferenti i criteri minimi di sicurezza vengono attribuiti ai titolari del trattamento stesso, i quali dovranno analizzare divergenti fattori di rischio al fine di approntare una garanzia modulabile e un giusto grado di sicurezza a fronte del pericolo paventato, anche verificando materialmente la tenuta di tali sistema di controllo e tutela.
Si assiste, dunque, al riguardo, ad un adeguato contemperamento tra il potenziale riadopero dei dati inseriti e la protezione ineludibile dei medesimi. In materia ai fini applicativi si menziona la legge europea sul punto del 2017 che ha concesso il riutilizzo di dati sensibili per finalità di natura scientifica o meramente statistica purché i medesimi dati siano sottoposti a processi tecnici per renderli anonimi. Tuttavia il processo di anonimizzazione non appare bastevole per eludere il pericolo delle identificazioni infinite, se si considera che molti sistemi soddisfano il requisito della reciprocità e permettono connessioni tra dati senza fine.
Ad ogni buon conto si è inteso produrre una mediazione tra l'utilizzo dei *social media intelligence* e *l'human intelligence* anche al fine di dare una veste etica e giuridica ad una attività di utilità sociale come quella sostenuta dalle nuove tecniche telematiche[66].
In ogni caso il medesimo Consiglio d'Europa si è rapportato nell'emissione dei parametri guida nel 2017 allo schema P.E.S.I.A. (*Privacy Ethical And Social Impact Assessment*): con tale documento si enfatizza la circostanza secondo cui i parametri valutativi afferenti il rischio nell'utilizzo di tali dati sensibili deve integrarsi con la protezione dei medesimi corredata dal rispetto di precetti etici minimi.
Ma vi è di più. Le Autorità mondiali di protezioni dei dati personali hanno provveduto al riguardo a redigere delle raccomandazioni rivolte alle aziende e agli operatori del sistema. Occorre improntare, dunque, la raccolta di tali dati sul principio di trasparenza sia nell'uso che nella elaborazione. E' necessario poi che gli interessati palesino in maniera chiara il consenso all'utilizzo dei dati, una sorta di autodeterminazione[67], e che i medesimi dati vengano raccolti sotto un regime di

[66] H. GUILLAUD, *Algorithmes et responsabilités*, in *InternetActu.net*, 16/3/2016, in *http://www.internetactu.net/2016/03/16/algorithmes-et-responsabilites;*
[67] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit., p. 663

rigoroso controllo e tutela. Si rimarca, inoltre, la necessità che i dati seguano sin da subito un percorso di anonimia e che le finalità afferenti il loro utilizzo siano alquanto limitate. Per quanto riguarda i titolari occorre garantire ai medesimi il libero accesso dei dati forniti e la possibilità di apportare modifiche e correzioni alle informazioni inserite nei canali web[68]. E' necessario, dunque, finalizzare la raccolta dei dati *e - learning* al benessere della collettività e alla garanzia dei suoi diritti fondamentali, nel pieno esercizio della sovranità popolare.[69]
In tal senso potrà senz'altro attuarsi la progressione culturale e sociale voluta idealmente con la germinazione delle nuove tecnologie. Si enfatizzano in questo modo le limitazioni che la libertà e la dignità umana frappongono all'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. nell'eterna lotta al bilanciamento tra principi di libertà e sicurezza, il cui mutevole equilibrio potrà garantire il grado di civiltà di una popolazione[70].

Conclusioni
La funzionalità delle *learning analytics* risiede nella negazione di qualsivoglia staticità tecnologica e nell'enfatizzazione del processo valutativo afferente la qualità. Si mira, dunque, al rafforzamento della condivisione dei dati di tracciamento che vanno *in primis* interpretati ed elaborati ai fini migliorativi del sistema di Assicurazione della Qualità. La necessità di adoprare tecniche del genere si intravede come essenziale se si considera lo stato qualitativo dell'istruzione superiore, a livello non solo nazionale ma internazionale.
Infatti, la criticità dell'orbita istruzione superiore viene ad emergere non solo dai dati statistici interni dello Stato. In materia è stata stilata una classifica da parte della *Quacquarelli Symonds* in ordine a 900 università analizzate. L'Italia al riguardo compare al 44° posto con il Politecnico di Milano. Tale classifica è il frutto della valutazione dei *ranking universitari*, della qualità della vita, dell'indice di apprezzamento dei *recruiters* per i laureati delle università locali. Il *Times Higher Education World University Rankings*, classifica universitaria più prestigiosa al mondo, nel 2019, ha rivelato le migliori università del mondo, nella quale l'Italia conquista l'inserimento di sole 43 università italiane. Imprescindibile, a questo punto, appare una revisione del sistema universitario con l'obiettivo di scalare la vetta di tale classifica.
Allo stato attuale, tuttavia, si ravvedono forti mancanze di natura oggettiva nelle analisi dei plessi universitari. Rimarcate al riguardo appaiono le influenze di natura

[68] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit., p. 665;
[69] M. F. DE TULLIO *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit., p. 679;
[70] A. SORO, *Big data e libertà della dimensione digitale* in https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9036954;

nazionalizzante provenienti da alcune riviste che offrono una visione errata sulla base di contegni preferenziali nei confronti delle nazioni di origine di chi stila tali elencazioni. Si profila, a questo punto, come necessario l'intervento in argomento dell'A.n.v.u.r.

Se è pur vero, che occorre predisporre, a fronte del dilagamento dei dati condivisi, una adeguata protezione dei dati sensibili e delle proprietà digitali, non può porsi dubbio in ordine alla circostanza che un valevole sistema di controllo preordinato su tali dati apporterebbe notevoli vantaggi al campo dell'istruzione.

Ciò che occorre implementare in maniera salutare è, dunque, il grado di soddisfazione dell'utenza in termini di efficacia ed efficienza delle strutture formative prescelte. La didattica vincente è, pertanto, bisognevole dell'applicazione di criteri di studio interdisciplinari, di una attenta crescita che sia esponenziale con le nuove tecnologie, di un approccio modulabile ed in continua evoluzione.

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

Il soccorso istruttorio. Evoluzione dell'istituto e principali problematiche ancora aperte.

di Fausto Gaspari

(Avvocato Praticante. Amministrativista)

Sommario

1. Il soccorso istruttorio: inquadramento generale. 2. Dalla prima formulazione al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006. 3. Le modifiche al codice del 2006: il d.l. 13 maggio 2011, n. 70. Il principio della tassatività delle cause di esclusione. 4. Una seconda modifica al codice del 2006: l'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e l'introduzione del "soccorso istruttorio a pagamento". 5. L'intervento dell'Anac: la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1. 6. Il codice di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. 7. Il correttivo al codice dei contratti pubblici. 8. Esame casistico. Le problematiche ancora aperte. 8.1. Mancata sottoscrizione dell'offerta. 8.2. Costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendali. 8.3. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere speciale.

Abstract

The scope of the present essay is to analyze the evolution over the time and the relevant case law of the so called "soccorso istruttorio", the legal instrument pursuant to which economic operators are allowed to integrate or correct the offers filed in tender procedures, in case of mistakes or other discrepancies in respect to the tender *lex specialis*. The essay examines the legal modifications that "*soccorso istruttorio*" has suffered and the uncertainties still affecting its application.

1. Il soccorso istruttorio: inquadramento generale.

Nell'ambito della materia dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio costituisce l'istituto giuridico attraverso il quale, in sede di gara, si consente agli operatori economici di porre rimedio ad eventuali incompletezze o irregolarità di carattere formale o documentale, evitando in tal modo – a causa di atteggiamenti delle amministrazioni aggiudicatrici ispirati ad "eccessivo formalismo"[1] – di essere esclusi dalla procedura selettiva.

Tale istituto ha trovato il suo "habitat naturale" nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica[2] – e di questo si parlerà nel presente contributo -, ma il soccorso istruttorio rappresenta, da un punto di vista più ampio, la concreta applicazione del principio generale del giusto procedimento, di cui all'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241[3], volto a valorizzare i principi di buon andamento, leale collaborazione, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa[4], da cui deriva la possibilità di applicazione di tale istituto in qualunque procedimento amministrativo in applicazione dell'art. 6, comma 1, lett. b), l.n. 241/1990, che riconosce al RUP il potere di adottare tale strumento per colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori emergenti in fase istruttoria[5].

In tal modo, il soccorso istruttorio – anche per come delineato dalla giurisprudenza – tende a soddisfare l'esigenza, entro certi limiti, di prevalenza della sostanza sulla forma, impedendo l'arresto del procedimento a causa di mere irregolarità o incompletezze[6]; esigenza che va, però, contemperata con il necessario rispetto del principio di autoresponsabilità dei concorrenti/partecipanti alla procedura, in forza

---

[1] Così P. LAZZARA, *I procedimenti ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva servizi (2006/123)*, Napoli, Jovene, 2008, 151.

[2] Così P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, in *Il Diritto dell'Economia*, III, 2017, 818.

[3] F.M. CIARALLI, *Il nuovo soccorso istruttorio: una ricostruzione sistematica*, in www.italiappalti.it, 2017, secondo il quale il principio del giusto procedimento "*impone all'Amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara*"; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio* in *Digesto Discipline Pubblicistiche - Settimo aggiornamento*, Milano, Utet Giuridica, 2017, 670 ss. che riconduce tale assunto alla teoria della cosiddetta amministrazione condivisa, diretta a perseguire l'interesse pubblico generale attraverso la collaborazione attiva dei cittadini.

[4] R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo, Tomo I-II, Edizione VI*, Padova, Cedam, 2016, Pag. 1236, secondo cui il soccorso istruttorio "*rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati*".

[5] S. CRESTA, L.POLITO, *Il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica*, in *Giurisprudenza Italiana* n. 11/2017, 2516 ss; sull'art. 6 l.n. 241/1990 si Vedano M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M. A. SANULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 434 ss e P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 262 ss.; per un'ampia, più generale, riflessione circa la sussistenza di un dovere di soccorso dell'amministrazione nei confronti del cittadino, si Veda E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

[6] F. GAMBARELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016, 91.

del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione[7].

Nell'ambito dei contratti pubblici, la *ratio* dell'istituto in parola consiste nel limitare le possibilità di esclusione degli operatori economici dalla gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione, ampliandone, dall'altro lato, le opportunità di competere all'aggiudicazione del contratto[8].

In tale settore, inoltre, l'utilizzo dell'istituto in argomento agevola la "funzione pro-concorrenza" in quanto, attraverso tale utilizzo, la stazione appaltante può evitare l'esclusione dalla gara di un concorrente, aumentando così la competitività della procedura[9], evitando che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, a discapito anche della stessa stazione appaltante che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili[10]. Così facendo, viene assicurato il rispetto del principio di economicità, che in dottrina è stato ritenuto "*un meta-principio di cui gli altri sono una esplicazione*"[11], che passa attraverso il divieto di trattare in modo difforme imprese che si trovino nella stessa condizione[12].

---

[7] Cfr. Cons. Stato Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1236, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*In tema di soccorso istruttorio, le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale non possono tradursi in occasione di aggiustamento postumo, cioè in un espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando o per ovviare alle irregolarità non sanabili conseguenti alla negligente inosservanza di prescrizioni tassative imposte a tutti i concorrenti, pena la violazione del principio della par condicio. In particolare, nelle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lettera b), della L. n. 241 del 1990 non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati mediante il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti*"; Cons. Stato Sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 1180, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*Il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241/1990, nell'ambito del procedimento non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al partecipante obblighi di correttezza, specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede e dell'autoresponsabilità, che impongono a quest'ultimo di assolvere oneri minimi di cooperazione e di diligenza quali il dovere di compilare moduli e di presentare documenti secondo quanto indicato dall'Amministrazione*".

[8] R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, cit.

[9] E. FURIAN, *Il soccorso istruttorio. Inquadramento generale e limiti al suo utilizzo*, in www.diritto.it, 2018.

[10] Così T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 15 novembre 2018, n. 972, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. Il principio è affermato da tempo dalla giurisprudenza comunitaria. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, in www.curia.europa.eu, secondo cui il coordinamento a livello europeo delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici ha come fine essenziale "*di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche*". Ne consegue che l'amministrazione è tenuta ad osservare "*il principio di parità di trattamento degli offerenti*", come pure l'"*obbligo di trasparenza*" al fine di garantire il rispetto del "*divieto di discriminazione in base alla nazionalità*".

[11] M. CAVINO, *Il codice dei contratti pubblici. Principi e ambito applicativo* in M. CAVINO, B. MAMELI, I. PAGANI (a cura di), *Lezioni sulle procedure di acquisto della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 10.

[12] Cfr. Corte di Giustizia Ce, 25 aprile 1996, n.87/94, in www.curia.europa.eu.

Nel nostro ordinamento, il soccorso istruttorio, dopo le diverse modifiche che lo hanno interessato e che verranno brevemente trattate *infra*, trova la sua attuale disciplina nell'art. 83, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, introdotto con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. correttivo)[13].
Dal punto di vista concettuale, lo strumento del soccorso istruttorio rappresenta il punto di incontro, diversamente fissato nel corso degli anni, tra due opposti principi: da un lato, quello del *favor partecipationis*, secondo il quale, al fine di consentire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico[14], sarebbe necessario ampliare la platea dei partecipanti alla procedura selettiva[15]; dall'altro lato, invece, il principio della *par condicio competitorum*, che ha di mira il mantenimento dell'uniformità delle regole per lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica e l'identica applicazione delle stesse nei confronti di tutti i concorrenti, così da evitare una difformità di trattamento tra imprese che si trovino nella stessa condizione[16].
La giurisprudenza europea è giunta piuttosto presto a riconoscere equivalenza ai due principi, laddove ha affermato che è proprio consentendo la partecipazione a tutti coloro che possiedano i requisiti che viene assicurata la parità di condizioni tra gli operatori economici[17]. Tra i due principi, quindi, dal punto di vista del giudice di Lussemburgo, finisce per esserci una sorta di sovrapposizione, nella misura in cui è solamente attraverso una effettiva applicazione del principio della *par condicio* che è

[13] Attualmente, l'art. 83, 9° co. del D.lgs. 50/2016 prevede che "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*"

[14] Cfr. N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in www.igitalia.it, V, 2013, 4, il quale rileva che la pubblica amministrazione ha un interesse, qualificato dall'Autore come "*squisitamente pubblico*", "*alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguire il più conveniente esito*".

[15] La Corte di Giustizia, in diverse occasioni ha affermato che "*è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara di appalto*". Cfr. Corte di Giustizia, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, in www.curia.europa.eu.

[16] Cfr. S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti, (nota a C. St., sez. V, 27-3-2009, n. 1840)*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2009, 2346; M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit. il quale segnala che entrambi i principi derivano dai principi comunitari di libera concorrenza; in particolare, il concetto di parità di trattamento si pone altresì in stretta e diretta relazione con quello di non discriminazione in base alla cittadinanza, il quale rappresenta il principio posto alla base della creazione stessa dell'Unione Europea; M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, in Giurisprudenza Italiana, Utet, n. 6/2018, che sottolinea come il soccorso istruttorio sia un istituto che si colloca tra due opposte esigenze: "*da un lato, quella di garantire la massima partecipazione agli appalti pubblici superando il formalismo esasperato che spesso li connota […]; dall'altro, assicurare che ciò non vada a discapito del fondamentale principio di parità tra i partecipanti*".

[17] Cfr. S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, cit.

possibile assicurare la massima partecipazione alla gara. Segnatamente, il rispetto della parità di trattamento tra i diversi partecipanti, a livello comunitario, trae il proprio fondamento dal principio di non discriminazione in base alla cittadinanza, oltre che da "*criteri diversi, affinché sia possibile contrastare qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che conduca alle medesime conseguenze*" [18], mentre il principio del *favor partecipationis* è l'espressione più diretta del principio di libera concorrenza.
A livello nazionale, invece, l'applicazione del principio del *favor partecipationis* ha sofferto l'ostacolo rappresentato dal generale dovere di imparzialità della pubblica amministrazione previsto dall'art. 97 Cost. Da ciò, sono derivati profondi contrasti nella giurisprudenza e nella scienza giuridica: se per un primo orientamento sarebbe stato preferibile garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione, in modo da rispettare il principio concorrenziale[19], una differente opinione poneva al centro il *favor partecipationis*, con la conseguenza di limitare i casi di esclusione dalla gara e di favorire il più ampio confronto tra le imprese partecipanti: ne sarebbe conseguito un vantaggio per il pubblico interesse, riconducibile alla effettiva possibilità di scegliere il migliore[20].
Ora, prima di affrontare le problematiche attuali concernenti l'istituto in argomento, al fine di un più corretto e completo inquadramento delle questioni, appare indispensabile ripercorrere, seppur sinteticamente, i diversi passaggi che hanno interessato lo strumento di cui si discorre.

2. Dalla prima formulazione al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006.
In materia di contratti pubblici, il soccorso istruttorio ha ricevuto una prima disciplina nell'art. 27 della dir. 71/305/CEE (recante il coordinamento per le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici). Introdotta al fine di agevolare l'effettiva realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi nel settore degli appalti, tale disposizione – recepita nell'art. 15 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 – stabiliva che, entro determinati limiti, l'amministrazione aggiudicatrice potesse invitare l'operatore economico a completare o a chiarire i certificati e i documenti presentati[21].

---

[18] Corte di Giustizia Ce, 17 settembre 2002, n.513/99, in www.curia.europa.eu; Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, cit. secondo cui l'amministrazione è tenuta ad osservare "*il principio di parità di trattamento degli offerenti*", come pure l'"*obbligo di trasparenza*" al fine di garantire il rispetto del "*divieto di discriminazione in base alla nazionalità*".

[19] Si veda sul punto T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 26-11-2013 n. 1629, FA Tar, 2013, 11.

[20] S. MONZANI, *L'integrazione documentale nell'ambito di un appalto pubblico tra esigenze di buon andamento e di tutela della par condicio dei concorrenti*, cit, il quale osserva che "*Al fine di raggiungere siffatto scopo, è fondamentale che l'amministrazione eviti di arroccarsi su posizioni inutilmente formalistiche, dovendo procedere, viceversa, all'acquisizione più completa e precisa possibile degli elementi utili per decidere: è proprio in tale ordine di idee che si colloca la funzione fondamentale della partecipazione procedimentale, di cui l'istituto in commento costituisce nient'altro che una manifestazione*".

[21] Art. 27 Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971: "*Entro i limiti degli articoli da 23 a 26, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare l'imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli*".

Veniva così introdotta la possibilità per le pubbliche amministrazioni di chiedere ai partecipanti alla gara di regolarizzare le offerte non conformi al bando, fermo restando il rispetto della *par condicio* e del buon andamento della procedura.
Il legislatore comunitario, ispirato dall'obiettivo di garantire la libera prestazione di servizi, la libertà di stabilimento delle imprese e la libera concorrenza, di riflesso garantiva, in tal modo, lo stesso interesse della stazione appaltante alla conclusione del contratto con il miglior offerente. Di conseguenza, la *ratio* delle direttive europee risiede nella possibilità di garantire che la pubblica amministrazione compia la scelta per essa più efficiente mediante l'apertura del mercato, evitando così che questo possa subire delle alterazioni a causa della natura pubblica della committente[22]. In definitiva, a livello europeo, è il principio della concorrenza ad ispirare il diritto dei contratti.
Successivamente, una serie di norme di derivazione comunitaria[23], con disposizioni di contenuto sostanzialmente analogo, hanno previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti di integrare o chiarire la documentazione di gara presentata. Il legislatore nazionale ha recepito le direttive che contenevano tali disposizioni con alcune differenze testuali, facendo espresso riferimento, a differenza di quanto fatto dal legislatore europeo, oltre alla possibilità di chiarire la documentazione e le certificazioni, anche alla possibilità di integrare e spiegare il contenuto delle dichiarazioni presentate[24].
In linea di continuità con la disciplina precedentemente stabilita dalla normativa europea, sempre su impulso comunitario e in recepimento dell'art. 51 della dir. 2004/18/CE, la disciplina del soccorso istruttorio ha trovato la propria fonte nell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il quale stabiliva che "*nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*", ricalcando sostanzialmente il modello già previsto dalla citata dir. com. n. 71/305/CEE e lasciando in tal modo ampio spazio all'interpretazione giurisprudenziale, inizialmente orientata a privilegiare una lettura restrittiva della disposizione, considerando quello che veniva riconosciuto alla stazione appaltante un potere eccezionale[25]. Come osservato in dottrina, infatti, l'art. 46 del Codice dei contratti pubblici aveva sostanzialmente trasformato una previsione avente natura di principio

[22] M.A. SANDULLI, *L'oggetto, le fonti interne di disciplina e i principi*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 5 e ss.

[23] A questo riguardo, si Veda l'art. 34 della direttiva 92/50/CEE (in materia di appalti pubblici di servizi) - recepita dal legislatore nazionale con l'art. 16 del d.lgs. n. 157 del 1995 - secondo il quale "*Nei limiti di quanto disposto dagli articoli da 29 e 32, le amministrazioni possono invitare i prestatori di servizi a integrare o chiarire i certificati ed i documenti presentati*"; dello stesso tenore sono l'art. 28 della direttiva 93/37/CEE (in materia di appalti pubblici di lavori) e l'art. 34 della direttiva 93/36/CEE (in materia di appalti pubblici di forniture).

[24] M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in M. A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, cit. 1594.

[25] R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, 433 ss.

generale, contenuta nella direttiva comunitaria – che esplicitamente consentiva l'integrazione documentale[26] – in un potere eccezionale della stazione appaltante[27].
La norma, precisamente, – dato l'inciso "*nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45*" – imponeva all'amministrazione di attivarsi solo per invitare i concorrenti al completamento o al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni già "presentati" in relazione al possesso di requisiti di ordine generale e speciale; questo, però, a condizione che essi fossero stati consegnati con anomalie non pienamente intellegibili o senza il rispetto dei requisiti formali. Si imponeva, difatti, un rigido rispetto della differenza tra la possibilità di regolarizzare la documentazione di gara e quella di integrarla[28].
Segnatamente, secondo un primo orientamento strettamente letterale dell'art. 46, comma 1, la stazione appaltante non aveva l'obbligo di invitare i concorrenti a regolarizzare la documentazione esibita, ma solo una facoltà discrezionale di rivolgere detto invito. Ciò, a condizione che non si ritenesse violato il principio di parità di trattamento[29]. Ne conseguiva che il mancato esercizio di tale facoltà non era sindacabile in ambito giurisdizionale, fatto salvo il limite dell'abnormità.
Secondo una diversa ricostruzione, invece, in applicazione del principio di massima partecipazione, la stazione appaltante aveva un vero e proprio dovere di consentire il

[26] L'articolo 51 della dir. 2004/18/CE prevedeva che "*L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50*".

[27] R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 433.

[28] Sul punto, si Veda S. USAI, *Ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e appalti*, X, 2015, 1082, il quale rilevava che "*Si è in presenza, pertanto, di una fattispecie di soccorso istruttorio, del tutto omologa ai precedenti normativi in materia, di tipo, si potrebbe dire, conservativo diretto a consentire l'intervento del RUP della stazione appaltante solamente nei confronti di documenti/dichiarazioni comunque già acquisiti al procedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto da contenersi nei limiti di un semplice chiarimento/specificazione e completamento*". Sul punto, l'autore richiama Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 278/2015, laddove è stato affermato che "*per meglio definire il perimetro del 'soccorso istruttorio' è necessario distinguere tra i concetti di 'regolarizzazione documentale' ed 'integrazione documentale': la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del 'soccorso istruttorio' è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del 'potere di soccorso'; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi*"".

[29] Cons. Stato, sez. V, 23-5-2011, n. 3077

soccorso istruttorio ai concorrenti[30], con conseguente attribuzione al giudice amministrativo di un sindacato pieno rispetto all'illegittimo esercizio dello stesso[31].
Così, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato la distinzione fra due diversi concetti: 1) quello di regolarizzazione documentale[32], intesa come completamento del contenuto parzialmente carente di atti tempestivamente depositati ed aventi ad oggetto i soli requisiti soggettivi dei partecipanti, e non quelli relativi all'offerta e, quindi, consentita dall'ordinamento; 2) quello di integrazione documentale[33], diretta a sanare una totale omissione documentale o a concretizzarsi in un'integrazione postuma dell'offerta e, pertanto, non consentita[34].
In pratica, sulla base di principi che si ritroveranno nell'attuale disciplina, l'applicazione del soccorso istruttorio non poteva portare ad una modifica dell'offerta, ma poteva riguardare solo documenti già presentati[35] entro il termine perentorio individuato dal bando per la presentazione delle offerte, pena la lesione della *par condicio*[36].
Occorre, però, rilevare che secondo le disposizioni allora vigenti, le stazioni appaltanti – con il limite del rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità – potevano inserire nel bando clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle previste per legge o per regolamento. Pertanto, l'esclusione poteva derivare automaticamente dal bando, senza che venisse consentita alcuna regolarizzazione documentale al partecipante,

[30] Cfr. E. M. BARBIERI, *Tre decisioni dell'Adunanza Plenaria sul soccorso istruttorio in tema di moralità professionale dei concorrenti a gare pubbliche (nota a Consiglio di Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012, n. 10; Consiglio di Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Consiglio di Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23)*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2014, 2, secondo il quale il dovere per la stazione appaltante di consentire l'integrazione documentale troverebbe origine non nell'art. 46, 1 comma del Codice, quanto piuttosto nel generale obbligo di rispetto del principio di correttezza e buona fede, che costituirebbe "*la matrice fondamentale*" della citata disposizione; sempre nel senso di considerare il soccorso istruttorio come un vero e proprio dovere perle stazioni appaltanti si Veda B. DE ROSA, *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2011, 1193 ss.

[31] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 febbraio 2007, n. 281, T.A.R. Sardegna, 9 ottobre 2009, n. 1537.

[32] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit. il quale rileva che veniva ritenuta regolarizzazione solo quella che permetteva al candidato di "rimediare a vizi ed errori del documento richiesto già esibito, senza effetti modificativi sui requisiti cui il documento si riferiva, poiché ne attestava comunque il possesso entro il termine indicato dalla normativa".

[33] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit., che sottolinea come configurava un'integrazione postuma la presentazione del documento necessario in una fase successiva a quella imposta o la revisione sostanziale del suo contenuto.

[34] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2017, n. 3541, secondo cui "*il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni «che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara» (ai sensi degli artt. 46, comma 1-ter, e 38 comma 2-bis, del d.lgs. 163 del 2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle «prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento» (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006), in quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici*"; nello stesso senso, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4975.

[35] Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2006, n. 3280, in giustiziaamministrativa.it.

[36] Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 694, in giustiziaamministrativa.it.

fatta eccezione per i casi di predisposizione da parte della stazione appaltante di clausole ambigue o equivoche e di modulistica errata. In tali ipotesi, il soccorso istruttorio era considerato legittimo anche in caso di violazione delle prescrizioni fornite dal bando, attesa la necessaria tutela dell'affidamento del partecipante alla gara, indotto in errore dalla stessa amministrazione[37], anche se, perché la stazione appaltante si potesse considerare obbligata ad intervenire, era necessario ricondurre la clausola ambigua o equivoca all'interno della categoria delle clausole non essenziali.
Alla stazione appaltante, quindi, si riconosceva di fatto il potere di introdurre nel bando ulteriori prescrizioni formali o documentali a pena di esclusione, ulteriori e differenti rispetto a quelle contemplate dal codice, dal regolamento e dalle leggi speciali[38].
Si riteneva, in particolare, che alla base di tale illimitata facoltà ci fosse la necessità di perseguire l'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare, attraverso l'individuazione delle misure ritenute nella singola fattispecie più opportune e funzionali a garantire l'identificazione del "miglior contraente possibile" quale soggetto maggiormente qualificato[39].

3. Le modifiche al codice del 2006: il d.l. 13 maggio 2011, n. 70. Il principio della tassatività delle cause di esclusione.

La situazione appena descritta comportava che l'amministrazione avesse la potestà di escludere il partecipante alla gara in assenza di qualsiasi contraddittorio e prescindendo, quindi, dalla valutazione della ragionevolezza delle clausole e della

[37] Cons. Stato, Ad. plen. 7 giugno 2012, n. 21; Cons. Stato, Ad. plen. 16 ottobre 2013, n. 23; Sul punto si Veda M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2013, 523, secondo il quale "*l'eccesso di regolamentazione, la mutevolezza e la disorganicità della disciplina sugli appalti vanno ovviamente a tutto discapito della chiarezza e della conseguente piana attuazione da parte degli operatori pratici*".

[38] Sul punto, sono numerosi i contributi, cui è possibile rinviare. Si veda, G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in Foro Amministrativo - C.d.S. (Il), fasc. 2, 2010; R. DE NICTOLIS, C. ALTAVISTA, *Le offerte, le varianti in sede di offerta, le garanzie dell'offerta*, in M. A. SANDULLI, R. De NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, II, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 2079 e ss.; M. OCCHIENA, H. GARUZZO, *Documenti e informazioni complementari*, in M. A. SANDULLI, R. De NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato dei contratti pubblici*, cit. pag. 1593 e ss.; G. GIOFFRÉ, *Le clausole del bando di gara – vero campo minato* in www.Altalex.com, 2009; P. LAZZARA, *Commento agli artt. 73-74*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, IPSOA, 2013, pag.1021 e ss.;.

[39] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387, in Foro amm. CDS 2006, 3, 872, secondo cui "*L'amministrazione aggiudicatrice ha il potere discrezionale di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara, anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge; infatti le previsioni indicate nella disposizione di cui all'art. 17 d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, si limitano a stabilire una semplice presunzione di possesso dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare. Detto potere discrezionale, lungi dall'essere espressione di mero arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 cost., e si sostanzia quindi nel potere-dovere assegnato all'amministrazione di apprestare gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui ed efficienti ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.*". Si vedano altresì Consiglio di Stato, sez. IV, 9 maggio 2006, n. 2567; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377.

gravità e rilevanza della violazione. Le stazioni appaltanti, infatti, erano solite esigere un rigido rispetto delle formalità imposte dal bando per la presentazione delle offerte, sanzionando con l'esclusione dalla gara il concorrente che si fosse reso inadempiente alle prescrizioni del bando anche in caso di carenze modeste nella documentazione presentata ai fini della partecipazione[40].

Dal sistema appena descritto derivava un enorme contenzioso, sostanzialmente riconducibile a due categorie: da un lato quello attinente alla "*violazione di previsioni di norme non espressamente corredate dal legislatore dalla sanzione dell'estromissione dalla gara, con la propensione a ritenere legittime le esclusioni alla luce dell'importanza accordata alla norma volta a volta violata*" e, dall'altro, "*esclusioni disposte direttamente dalla stazione appaltante, per violazioni varie delle regole di gara, corredate o meno che fossero da una clausola di esclusione espressa nella lex specialis*"[41].

Pertanto, al fine di ridurre le ipotesi formali di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, ha inserito nel codice degli appalti il comma 1 bis dell'art. 46, a mente del quale "*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*".

In tal modo, il legislatore ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione, in forza del quale, riducendo la discrezionalità delle stazioni appaltanti di fissare previsioni diverse rispetto a quelle previste dalla legge e moderando i formalismi propri delle procedure di appalto, sembrava voler ampliare l'ambito di operatività del soccorso istruttorio[42], evitando così esclusioni meramente formali, costituendo causa di esclusione soltanto i vizi radicali ritenuti tali da espresse previsioni di legge[43]. Al medesimo fine, lo stesso decreto ha introdotto bandi tipo da cui le amministrazioni aggiudicatrici potevano discostarsi solo in presenza di congrua motivazione, eliminando, in tal modo, la funzione fino a quel momento svolta dalle stazioni appaltanti, alle quali veniva precluso di disciplinare ulteriori fattispecie

[40] G. GARDINI, L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, 387.

[41] B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46, comma 1 bis D. Lgs. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, Foro Amm., fasc. 3, 2013.

[42] A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, www.deiustitia.it, 2017.

[43] T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 2 febbraio 2017, n. 234.

espulsive oltre quelle stabilite dalla legge[44]. Così facendo, la disposizione ha codificato i principi, di elaborazione giurisprudenziale, di divieto di aggravio del procedimento di evidenza pubblica, di massima partecipazione alle gare di appalto e di interpretazione in quest'ottica delle clausole ambigue del bando di gara[45].

Tuttavia, la formulazione del comma 1 bis dell'art. 46 ha, da subito, fatto sorgere dei dubbi ermeneutici, che avevano portato la scienza giuridica ad accogliere con un certo scetticismo tale riforma[46]. Non era chiaro, infatti, se la disposizione dovesse essere interpretata in maniera letterale, ritenendo legittima l'esclusione dell'operatore economico solamente in presenza delle cause in esso esplicitate, oppure se estendere la sua portata applicativa, in modo da considerare legittima l'esclusione anche in presenza di altri vizi espressamente sanzionati da ulteriori norme a pena di esclusione[47].

Invero, come rilevato in dottrina, tale intervento legislativo pagava il prezzo di aver voluto introdurre il principio di tassatività, senza, tuttavia, accompagnarlo con una più generale riforma dell'impianto del codice del 2006, oltre al fatto che l'intervento non presentava una rigida elencazione di fattispecie, ma clausole aperte di fattispecie escludenti (meno aderenti al tradizionale concetto di tassatività)[48].

Come ritenuto da una parte della dottrina[49], la norma, nel prescrivere che è possibile escludere i partecipanti solamente in caso di inosservanza di quanto statuito dal codice, dal regolamento e da "altre disposizioni di legge vigenti", sembrava escludere il potere della stazione appaltante di introdurre clausole personalizzate a pena di esclusione recanti requisiti ulteriori e maggiormente stringenti con riferimento alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dei partecipanti[50]. Al contrario, secondo una differente interpretazione giurisprudenziale, l'ambito di applicazione del divieto contenuto nella nuova disposizione doveva essere limitato, privilegiando,

---

[44] R. GIANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante (nota a T.A.R. Veneto, sez. I, 13 settembre 2011 n.1376)* in *Urbanistica e Appalti*, II, 2012, 98.

[45] R. DE NICTOLIS in R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2012, pag. 735.

[46] La scienza giuridica era scettica in ordine alla possibilità di realizzare, attraverso la riforma, gli obiettivi che il legislatore si era posto. Si veda, in particolare, F.A. GIORDANENGO, *Sul principio di tassatività delle clausole di esclusione*, in Appalti & Contratti, 2012, 66, secondo cui la sensazione è che "*la norma in questione non sia idoneaa raggiungere lo scopo in funzione del quale il legislatore ha deciso di introdurla, eliminare l'incertezza*".

[47] M. ALESIO, *Tassatività delle cause di esclusione: i primi interventi giurisprudenziali*, in La Gazzetta degli Enti Locali 12/10/2011.

[48] B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione*, cit..

[49] C. BUONAURO, *La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011)*, in daitformazione.interno.it.

[50] C. BUONAURO, La tassatività delle clausole di esclusione e la procedura d'interpello nel cd. Decreto Sviluppo (d.l. n. 70/2011 conv in L.106/2011), in daitformazione.interno.it., secondo il quale "*i requisiti ex lege di cui agli artt. 38-42 del D. Lgs. n. 163/2006, sono oggi da intendere, non più alla stregua di requisiti minimi di partecipazione - come sostenuto dalla giurisprudenza non solo interna ma anche comunitaria- ma come gli unici e sufficienti per la partecipazione, senza che possa più configurarsi alcuna loro legittima - proporzionata, non discriminatoria e ragionevole - integrazione ad opera della p.a*".

quindi, un'interpretazione letterale della norma, che si riferiva alle "prescrizioni" del bando, e non ai "requisiti"[51]. Secondo questa impostazione, la novella legislativa non sembrava poter impedire alle amministrazioni di chiedere agli operatori economici di dimostrare la propria capacità economica e finanziaria attraverso requisiti di partecipazione più specifici e rigorosi rispetto a quelli già previsti dal legislatore, a condizione che essi non risultassero eccessivi rispetto all'oggetto della gara, e violativi del principio di proporzionalità.

Di fatto, quindi, è possibile affermare che permanevano, anche dopo l'intervento in commento, i problemi interpretativi nella concreta individuazione di quali violazioni del Codice fossero sanzionabili a pena di esclusione e quali, invece, no.

In un primo momento, la giurisprudenza, al fine di salvaguardare la *ratio* sottesa all'intervento legislativo e di perseguire l'interesse pubblico alla conclusone del contratto con il migliore offerente, ha cercato di limitare l'imposizione di vincoli meramente formali, evitando così l'esclusione di un partecipante per vizi di natura esclusivamente formale[52]. Si riteneva, difatti, che la norma dovesse essere interpretata nell'ottica del divieto di aggravio del procedimento con oneri formali e di "dequotazione" dei vizi formali[53].

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria del 25 febbraio 2014, n. 9, contrariamente a quanto sostenuto dall'organo remittente[54], nell'affermare che il principio di tassatività permette di ritenere legittime quelle clausole dei bandi che prevedono "*adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali*", in adesione al precedente orientamento restrittivo, ha negato che il principio di tassatività delle cause di esclusione avesse ampliato l'area di intervento del soccorso istruttorio, ritenendo preminente il rispetto

[51] Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, ordinanza 14 settembre 2011, n. 3932 per il quale: "l'art. 46 comma 1- bis del d.lgs. 163/2006 (che riguarda le irregolarità formali dell'offerta) non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti requisiti specifici e rigorosi a comprova della capacità tecnica, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara […]. In ogni caso il sopravvenuto d.l. 13.11.2011, n. 70 ha interdetto alle stazioni appaltanti d'introdurre nei propri bandi prescrizioni a pena di esclusione diverse e ulteriori rispetto a quelle stabilite dal codice dei contratti pubblici".

[52] cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681, che nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria ha sostenuto la necessità perseguire l'obiettivo di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese, affinché la stazione appaltante potesse comminare l'esclusione dalla gara soltanto nell'ipotesi in cui l'omissione di taluno dei previsti adempimenti pregiudicasse la scelta della migliore offerta dal punto di vista sostanziale

[53] G. VIRGA, *Il divieto di caccia all'errore nelle gare, previsto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti*, in www.LexItalia.it.

[54] Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2681, che aveva ritenuto di interpretare la disposizione nel senso di perseguire l'obiettivo di ridurre gli adempimenti formali gravanti sulle imprese, in modo che l'amministrazione potesse escludere il concorrente solo nel caso in cui l'omesso compimento di taluno dei previsti adempimenti non impedisse "*il raggiungimento del risultato avuto di mira*", consistente nella scelta della migliore offerta dal punto di vista sostanziale.

del principio della *par condicio*, corrispondente ad un approccio maggiormente formalistico[55].

4. Una seconda modifica al codice del 2006: l'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e l'introduzione del "soccorso istruttorio a pagamento".

L'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 – convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 114 –, modificando radicalmente, in senso ampliativo[56], l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, ha introdotto nell'art. 38 del codice degli appalti il comma 2 bis, il quale – al fine di evitare esclusioni dovute a motivazioni meramente formali e, di conseguenza, di deflazionare il contenzioso in materia di appalti pubblici[57] – impediva alla stazione appaltante di disporre l'esclusione automatica nei casi di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di ordine generale, obbligando l'amministrazione a fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, in modo da permettere ai partecipanti la regolarizzazione[58]. Tuttavia, la prescritta

[55] F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* n. 6/2017, 745; Si veda anche R. DE NICTOLIS, *La riforma del codice appalti. La Plenaria n. 9/2014, in Urbanistica e appalti*, VI, 2014, 617.

[56] P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in Urbanistica e Appalti, 2014, 1293; in dottrina è stato osservato che è stata proprio tale riforma ad aver influito in maniera decisiva "sull'acquisita centralità dell'istituto in questione" (così P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit, 820).

[57] M. LIPARI, *L'efficienza della p.a. e le nuove norme per il processo amministrativo, in Giustamm.it*, n. 7/2014, il quale rileva che "*una seria deflazione e accelerazione del contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici parte, in primo luogo, da una chiara semplificazione delle procedure sostanziali*"; sul punto, M.A. SANDULLI, *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa. Dall'unificazione al codice*, in www.federalismi.it, n. 18/2015, 4-5, a dimostrazione del fatto che gli ultimi interventi legislativi perseguono il fine comune di deflazione del contezioso, ha rilevato che "*Proprio nella materia dei contratti pubblici, in contraddizione con l'istituzione dell'ANAC e con l'attribuzione all'AGCM della legittimazione a ricorrere anche contro gli atti di gara a tutela della concorrenza, si scoraggia l'accesso alla g.a. da parte delle imprese illegittimamente pretermesse con l'imposizione di oneri economici insostenibili […] si costringe la difesa in empi e spazi (pagine e battute) ridottissimi, si nega l'effetto soprassessorio e caducatorio del contratto alle pronunce che riscontrano vizi di aggiudicazione delle grandi opere*".

[58] Il comma 2-bis dell'art. 38, introdotto dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, prevedeva in particolare che "*la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte*"; sul punto, Si v. P. PATRITO, *Sulla dichiarazione ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 fatta 'collettivamente ed impersonalmente'*, in *Urbanistica e appalti* n. 8-9/2014, il quale rileva la volontà del legislatore nazionale di seguire "*la strada del sostanzialismo, abbandonando quella del formalismo, in misura anche maggiore rispetto al diritto europeo dei contratti pubblici e alla sua giurisprudenza*".

integrazione documentale era condizionata, a pena di esclusione, all'adempimento di essa entro un termine massimo di dieci giorni e al pagamento di una sanzione pecuniaria "*in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro*", garantita dalla cauzione provvisoria[59].

Al contrario, non veniva prevista l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio e della sanzione per i casi di carenze o irregolarità non essenziali. In tali ipotesi, alla stazione appaltante veniva riconosciuta, infatti, la possibilità di correggere autonomamente la dichiarazione del concorrente.

Parallelamente, allo scopo di ridurre i formalismi nella fase di verifica della regolarità della documentazione amministrativa, lo stesso d.l. ha inserito, all'interno dell'art. 46 del codice, il comma 1 ter, il quale estendeva l'obbligo di regolarizzazione, oltre che alle omissioni e irregolarità riguardanti elementi generali, anche a "*ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*", determinando così l'inoperatività dell'immediata esclusione dalla gara.

La novità normativa introdotta dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, pertanto, ha determinato una netta distinzione tra le ipotesi di: 1) carenze essenziali, considerate sanabili, con applicazione della sanzione pecuniaria; 2) e quello delle carenze non essenziali, che non consentivano all'amministrazione di richiedere la regolarizzazione, né di escludere il partecipante.

Come rilevato però dall'Adunanza Plenaria nella sentenza del 30 luglio 2014, n. 16, nonostante la dichiarata volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, "*il lessico infelice e foriero di incertezze interpretative ed applicative*" ha reso complicata la distinzione tra i concetti di lacune essenziali e di irregolarità non essenziali e la corretta individuazione dei casi di essenzialità delle mancanze, incompletezze e irregolarità e delle ipotesi di non essenzialità. Quindi, data l'assenza di un elenco tassativo delle clausole di esclusione o, quantomeno, di un criterio generale per la loro classificazione, la distinzione tra i concetti di carenze essenziali e non essenziali veniva rimessa alla giurisprudenza.

Così, al fine di delimitare i confini tra la nozione di essenzialità delle mancanze, incompletezze e irregolarità, per le quali era prevista l'integrazione ed il pagamento della sanzione da parte del concorrente, rispetto a quella di non essenzialità, che non prevedeva la richiesta di alcuna regolarizzazione, vennero utilizzate proprio le cause di esclusione tassative previste dal codice all'art. 46, comma 1-bis. Segnatamente, in applicazione del comma 1 bis dell'art. 46 del codice degli appalti, veniva considerato

[59] Sull'introduzione del c.d. "soccorso istruttorio a pagamento" si Veda G. PESCE, *Il processo amministrativo alla luce del D.L. 90/2014: il difficile compromesso tra efficienza, diritti e Costituzione*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 4/2014, 166, che criticamente segnalava come tale inserimento nel sistema degli appalti potesse dar vita ad un "mercato delle esclusioni".

essenziale ogni elemento previsto da tale norma la cui carenza fosse idonea a determinare l'esclusione dalla gara[60], portando con ciò all'esclusione dei concorrenti che non avessero adempiuto alle prescrizioni di legge o di regolamento, che avessero presentato offerte connotate da incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza, ovvero prive di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ed infine plichi non integri o affetti nella chiusura da irregolarità tali da far ragionevolmente ritenere che fosse violato il principio di segretezza delle offerte.
La Corte di Giustizia[61] si è pronunciata sull'istituto del soccorso istruttorio come regolato dall'art. 38, c. 2-bis del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ritenendo compatibile con il diritto dell'Unione europea il meccanismo appena descritto (ora, come si vedrà *infra*, abrogato), purché la sanzione prevista sia ispirata a un criterio di proporzionalità[62].
Più nel dettaglio, nell'occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che la previsione di una sanzione predeterminata in via discrezionale dall'amministrazione e non graduabile in relazione alla gravità dell'irregolarità commessa, di per sé non contrasta con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di massima partecipazione alle gare pubbliche e di concorrenza, a condizione che, come detto, venga rispettato il criterio della proporzionalità.

5. L'intervento dell'Anac: la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1.
L'impostazione maggioritaria, volta a ritenere immediata l'esclusione per le carenze contemplate nella seconda parte dell'art. 46, co. 1 bis, ossia tutte quelle relative all'offerta economica, è stata fatta propria anche dall'ANAC, che con la determinazione 8 gennaio 2015, n. 1 ha chiarito la distinzione tra le fattispecie riconducibili alla "*mancanza, (...) incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive*" e le situazioni di "*irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili*".
Tale determinazione ribadiva che il requisito sostanziale di partecipazione doveva essere necessariamente posseduto entro i termini di presentazione dell'offerta, con la conseguente impossibilità di utilizzare il soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza di un requisito dopo il termine perentorio fissato dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione, come pure per sanare le carenze dell'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando.

[60] cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16; più nel dettaglio, ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis, venivano esclusi i concorrenti che non avessero adempiuto alle prescrizioni di legge o di regolamento, che presentavano offerte connotate da incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza, ovvero prive di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ed infine plichi non integri o affetti nella chiusura da irregolarità tali da far ragionevolmente ritenere che fosse violato il principio di segretezza delle offerte.

[61] Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – MA.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, in www.curia.europa.eu.

[62] M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, cit.

Stando alla determinazione ANAC, inoltre, la nozione di irregolarità essenziale riguardava i casi di omissione, incompletezza e ogni altra irregolarità della dichiarazione, che non consentiva l'individuazione del soggetto e del contenuto della dichiarazione stessa, in linea con l'intenzione del legislatore di evitare che la generale sanabilità delle carenze e delle omissioni spingesse i partecipanti alle gare a produrre dichiarazioni incomplete.

Più in particolare, l'Autorità delineò tre distinte ipotesi di carenze essenziali: a) insussistenza della dichiarazione in merito ad una specifica lettera del comma 1 dell'art. 38 del codice; b) dichiarazione che sussiste ma che non è stata resa da parte o con riferimento ad uno dei soggetti che la norma individuava come titolari del requisito; c) dichiarazione che sussiste ma che non consente di comprendere se il requisito fosse posseduto o meno.

In merito all'art. 38, comma 2 bis ed al suo coordinamento con le altre norme di cui ai commi 1 e 1 bis dell'art. 46, recanti la disciplina delle cause tassative di esclusione, invece, la determinazione dell'ANAC illustrò due differenti fattispecie: le irregolarità sanabili e quelle non sanabili. In quest'ultima categoria, più nel dettaglio, secondo l'Autorità rientravano tutte quelle irregolarità, incompletezze ed omissioni che incidono sul contenuto, sulla segretezza o sulla provenienza dell'offerta, costituendo così una causa di esclusione ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis[63].

Secondo l'Autorità, poi, il comma 2-*bis* dell'art. 38 del Codice faceva riferimento ad altra categoria di irregolarità, ossia la "*mancanza o l'incompletezza di dichiarazioni non indispensabili*" in ordine alla quali doveva ritenersi possibile per l'amministrazione procedere al soccorso istruttorio, senza l'applicazione di alcuna sanzione pecuniaria.

In definitiva, accanto alle figure di irregolarità essenziali – sanabili e non sanabili – e irregolarità non essenziali (per le quali non era necessaria alcuna regolarizzazione né alcuna sanzione), veniva creato un *tertium genus* di irregolarità, relativo per lo più "*ad ipotesi di completamento o chiarimento delle dichiarazioni e dei documenti presentati*", in presenza delle quali la stazione appaltante avrebbe potuto richiedere la

[63] A titolo esemplificativo, nella determinazione, 8 gennaio 2015, n. 1, l'Autorità elencava tra le ipotesi di esclusione: "*mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta; apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara; mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste se alla medesima si possa ovviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura; mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto*".

regolarizzazione senza applicare alcuna sanzione, in ossequio ai principi di leale cooperazione, di correttezza e di buona fede[64]. Ciò, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa.
Infine, veniva chiarito che se il concorrente avesse deciso di non avvalersi del soccorso istruttorio, non avrebbe ricevuto alcuna sanzione, dal momento che l'applicazione indiscriminata del regime sanzionatorio avrebbe determinato la violazione del principio di parità di trattamento tra le imprese, in ragione delle loro condizioni economiche.

6. Il codice di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.
Il soccorso istruttorio è stato nuovamente oggetto di modifica per mezzo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (emanato per l'attuazione delle dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), che ha interamente disciplinato l'istituto nell'art.83, comma 9, includendo in tale disposizione la precedente disorganica disciplina di cui artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1-ter d.lgs. 163/2006. La disposizione inizialmente introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici è stata poi oggetto di modifiche da parte del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante "Disposizioni integrative e correttive al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50").
La nuova disciplina ha apparentemente ampliato la sfera di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, stabilendo che "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma*"[65].
L'art. 83, comma 9, nel testo precedente alle modifiche del 2017[66], sulla scorta di quanto indicato dall'ANAC – con riferimento alla precedente disciplina – con la

[64] L'autorità faceva riferimento, ad esempio, "*alla richiesta dell'indicazione della posizione Inps, Inail, Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva, o all'indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale; si pensi, inoltre, all'esatta indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ecc.*"

[65] Cons. giust. amm. Sicilia, 5 novembre 2018, n. 701, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*L'art. 83 ("Criteri di selezione e soccorso istruttorio") del D.Lgs. n. 50/2016 è di latitudine tale da far rientrare nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46, D.Lgs. n. 163 del 2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata*".

[66] Nel testo precedente alle modifiche apportato con il cd Decreto correttivo, l'art. 83, comma 9 d.lgs. 50/2016, recitava: "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione*

determinazione n. 1/2015, prevedeva tre differenti categorie relative al soccorso istruttorio: a) la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo[67] (sanabili con onerosità); b) le irregolarità formali ovvero la mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali (sanabili senza onerosità); c) la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica, nonché le carenze della documentazione che non consentivano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (non sanabili).

Con particolare riferimento ai casi di carenze, incompletezze o altre irregolarità essenziali, quindi, inizialmente la norma prevedeva la necessità di attivare la procedura di soccorso istruttorio, assegnando al partecipante un termine non superiore a dieci giorni per regolarizzare le dichiarazioni necessarie a pena di esclusione, con l'applicazione della sanzione pecuniaria, della quale veniva ridotto il massimo edittale in precedenza stabilito dal comma 2 bis dell'art. 38 (da euro 50.000 a euro 5.000)[68] e previsto il pagamento "esclusivamente in caso di regolarizzazione"[69].

La prima formulazione della disposizione in esame, dunque, non aveva recepito le indicazioni ricevute con la legge delega, che affidava al legislatore delegato il compito di introdurre la possibilità di integrare la documentazione mancante o irregolare attraverso la procedura del soccorso istruttorio non oneroso[70].

Inoltre, la formulazione precedente al correttivo prevedeva anche una sostanziale differenza rispetto al codice del 2006, concernente l'applicazione del soccorso istruttorio anche alle ipotesi di irregolarità non essenziali, con riferimento alle quali il vecchio codice non richiedeva alcuna regolarizzazione[71]. La disposizione, senza

---

con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

[67] L'art. 85 del nuovo codice dei contratti pubblici disciplina il documento di gara unico europeo, che consiste in un'autodichiarazione dichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni di cui all'art. 80, di soddisfare i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83 e di soddisfare gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91.

[68] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit., il quale rileva che "*A differenza della precedente normativa, basata sulla distinzione tra ciò che poteva essere oggetto di regolarizzazione tramite soccorso istruttorio, ossia le irregolarità essenziali, e quello che non lo richiedeva, riconducibili alle irregolarità non essenziali, con il nuovo dettato normativo il profilo differenziale tra queste due fattispecie atteneva prevalentemente ai fini della onerosità o meno della regolarizzazione, in quanto entrambe risultavano assoggettate al soccorso a pena di esclusione*".

[69] Con riferimento alla precedente disciplina era sorto un contrasto circa l'applicabilità della sanzione anche nei casi in cui il partecipante avesse deciso di non avvalersi della procedura, ben descritto da P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 830 ss.

[70] D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, in *Urbanistica e appalti*, IV, 2018, 505. cfr. T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 436 segg.

[71] Sul punto, si Veda R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, V, 2016, 515, secondo la quale in tale formulazione della disposizione "*vi è meno garantismo della disciplina previgente, nella quale*

chiarire la differenza tra le irregolarità "essenziali" e quelle "formali"[72], prevedeva esplicitamente la necessità di attivare il soccorso istruttorio anche per tali ultime anomalie, laddove stabiliva che "*Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione*", pur senza applicazione della sanzione. L'attivazione della procedura era prevista anche per le anomalie non essenziali a pena di esclusione dalla gara. L'art. 83, comma 9, infatti, nella parte in cui stabiliva che "*in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*", si riferiva chiaramente alla procedura di sanatoria sia delle irregolarità essenziali che di quelle non essenziali. Una formulazione di questo genere, come rilevato in dottrina[73], non poteva che comportare dei dubbi di compatibilità con il principio di tassatività delle cause di esclusione, in base al quale il potere-dovere dell'amministrazione di escludere il concorrente dalla gara presuppone la sussistenza, appunto, di fattispecie tipiche di esclusione. Ora, per questa ragione, dal momento che le irregolarità non essenziali non devono rientrare tra le fattispecie di esclusione tipiche, la previsione del soccorso istruttorio anche nelle ipotesi di irregolarità non essenziali cozza con lo stesso principio di tassatività[74]: escludere un partecipante alla gara per non aver ottemperato alla regolarizzazione di una mancanza, che non costituirebbe di per sé causa di esclusione, determinerebbe una violazione di tutte le esigenze derivanti dal predetto principio, ponendosi in conflitto, quindi, con i principi di proporzionalità, imparzialità e non discriminazione delle procedure competitive[75].

---

per le irregolarità non essenziali si prescindeva dalla regolarizzazione, e dunque le stesse non potevano mai essere causa di esclusione".

[72] Sul punto, si Veda S. FOÀ, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, XI, 2014, 1147, il quale rileva l'ampia discrezionalità che ne derivava in capo alla stazione appaltante; P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 828, che rileva come "*nel silenzio della legge, pare potersi ritenere che le c.d. "irregolarità formali" […] equivalgano a quelle non essenziali di cui all'art. 39 del D.L. n. 90 del 2014 e che dunque vadano ricondotte a tale categoria di irregolarità tutte quelle in cui incorre il concorrente ogniqualvolta ometta di indicare nelle dichiarazioni rese talune informazioni che siano utili alla stazione appaltante per operare una "celere e sicura verifica del possesso dei requisiti i ordine generale in capo ai concorrenti*"", mentre confessa le difficoltà di comprendere quali fossero le dichiarazioni essenziali.

[73] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit.

[74] Per quanto attiene alla tassatività delle clausole di esclusione, occorre rilevare che il principio è confermato dall'art. 83, 8° co., secondo cui "*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti*".Cfr. ad esempio T.A.R. Toscana, Sez. I, ord, 12 gennaio 2017, n. 24, che rileva che l'art. 83, comma 8, secondo e terzo periodo, del D.lgs. n. 50/2016 non sembra voler introdurre una disciplina innovativa del principio di tassatività delle clausole di esclusione già enunciato dall'art. 46, co 1-bis del D.lgs. 163/2006.

[75] T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 12 aprile 2018, n. 752, che ha ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha escluso una ditta da una gara di appalto, motivato con riferimento alla violazione del termine perentorio di dieci giorni entro cui è stato posto in essere l'adempimento richiesto al concorrente con il soccorso istruttorio, ove si tratti di adempimento relativo ad una omissione inidonea, di per sé, a determinare l'esclusione automatica dalla gara.

7. Il correttivo al codice dei contratti pubblici.

Come si accennava, l'art. 83, comma 9 del d.lgs 50/2016 è stato interamente modificato dall'art. 52, comma 1, lett. d), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo). La nuova formulazione, maggiormente sintetica rispetto a quella precedente, a seguito di tale ultima modifica, stabilisce che "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*".

L'attuale formulazione, quindi, ha modificato, rispetto al testo precedente, due aspetti essenziali della disciplina. Da un lato, infatti, è stato ridefinito l'ambito di operatività del soccorso istruttorio e, dall'altro lato, è stato eliminato ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione.

Sotto il primo profilo, è opportunamente stata eliminata la precedente distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, prevedendo più semplicemente l'applicazione del soccorso istruttorio per "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*", con la sola esclusione di quelle incidenti sull'offerta economica e tecnica. La precedente formulazione, infatti, aveva suscitato diversi dubbi in dottrina, che rilevava la futilità di richiedere adempimenti o dichiarazioni che poi, per ammissione dello stesso legislatore, venivano ritenute sostanzialmente irrilevanti[76].

Resta fermo, invece, quanto previsto riguardo alle irregolarità essenziali non sanabili (costituite dalle carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa), per le quali non è possibile la sanabilità attraverso la procedura del soccorso istruttorio.

Ne consegue che l'attuale formulazione della disposizione prevede che il soccorso istruttorio può essere applicato in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, mentre non potrà trovare applicazione per le irregolarità essenziali afferenti all'offerta e per le irregolarità essenziali, espressamente definite insanabili, costituite dalle carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

[76] P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit., 829, il quale rileva come "*ogni dichiarazione che il concorrente è tenuto a rendere in base ad una norma di legge deve per sua natura ritenersi essenziale*".

Sotto il secondo aspetto, come accennato, il legislatore ha eliminato il soccorso istruttorio a pagamento, principalmente al fine di armonizzare la disciplina nazionale con la normativa e la giurisprudenza comunitaria[77]. Il decreto correttivo, poi, ha permesso di recepire le precedenti indicazioni del Consiglio di Stato che, nel suo parere n. 855/2016, aveva segnalato dubbi circa la conformità del comma 9 dell'art. 83 con la legge delega, ove erano previste solamente forme di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda[78].

Sebbene siano stati accolti i rilievi del Consiglio di Stato concernenti l'eliminazione del soccorso istruttorio oneroso, la nuova disposizione non ha tuttavia recepito tutte le indicazioni dell'organo consultivo. In particolare, non sono state accolte le indicazioni relative alla relazione intercorrente tra soccorso istruttorio e offerta tecnica ed economica. Nello specifico, anche nell'ultima formulazione non è stato eliminato il riferimento al divieto di applicazione del soccorso istruttorio per le carenze e le irregolarità inerenti l'offerta economica, con la conseguenza che viene radicalmente esclusa la possibilità di applicare il soccorso istruttorio con riferimento a tali ipotesi[79].

Anche la nuova disciplina del soccorso istruttorio, infatti, confermando la precedente formulazione, contempla espressamente la fattispecie delle carenze e delle irregolarità non sanabili, facendo espresso riferimento a quelle riguardanti l'offerta tecnica ed

---

[77] D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, cit.; A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, cit., in cui l'autrice ricorda che "*la totale gratuità del soccorso istruttorio è peraltro espressione del cosiddetto divieto di goldplating (di cui all'art. 32, comma 1, lett. c) l. 234/2012 - Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea), dal quale deriverebbe il divieto per gli Stati membri, in sede di recepimento delle Direttive comunitarie, di introdurre regole che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese e i cittadini rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario*"; Si veda, poi, V. BONTEMPI, *I limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio c.d. a pagamento, commento a Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, sent., cause riunite C-523/16 e C-536/16*, in *Giornale di diritto amministrativo*, IV, 2018, 478 ss.. Con la sentenza commentata, la Corte di giustizia aveva chiarito che la ratio del soccorso istruttorio c.d. a pagamento è perfettamente compatibile con il diritto europeo, purché se ne faccia una applicazione entro i limiti posti dai principi della par condicio tra i concorrenti e della proporzionalità. L'autore rileva che la sentenza del giudice europeo è intervenuto quando ormai il legislatore nazionale aveva già provveduto a rimuovere il carattere oneroso dell'istituto.

[78] M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Soccorso istruttorio*, cit.; D. PONTE, *La breve stagione del soccorso istruttorio a pagamento davanti alla CGE*, cit.

[79] Ciò, a differenza di quanto stabilito dall'art. 46, co. 1 bis del vecchio codice, che permetteva la regolarizzazione postuma dell'offerta, salvo che l'anomalia documentale determinasse un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza di essa; cfr. Cons. Stato Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*Nell'ambito di una gara pubblica la disposizione di cui all'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016 esclude dal beneficio del soccorso istruttorio le carenze relative all'offerta tecnica presentata dall'operatore economico partecipante alla stessa*"; Cons. Stato Sez. V, 04 febbraio 2019, n. 827, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "Nell'ambito di una gara pubblica l'offerta carente di un elemento essenziale e, dunque, incompleta determina l'esclusione dell'operatore economico dalla relativa procedura poiché non suscettibile di *soccorso* istruttorio"; T.A.R. Puglia Bari Sez. III, 20 febbraio 2019, n. 254, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*Nell'ambito di una gara pubblica, l'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016, delimitando l'ambito di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, esclude che si possa fare ricorso allo stesso solo con riferimento all'offerta tecnica e a quella economica*"; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 152, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "*Negli appalti pubblici, non è consentito all'amministrazione attraverso l'esercizio del potere di soccorsoistruttorio, l'integrazione dell'offerta economica (oltre che per quella tecnica) in quanto tale potere, previsto dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, è espressamente escluso*".

economica e a "*le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*"[80].

Ferma restando la riconosciuta prevalenza al principio del *favor partecipationis*[81], inoltre, anche la nuova disposizione ribadisce, ancorché non espressamente, l'esclusione dell'applicazione del soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente non possieda i requisiti, non potendo dotarsi successivamente di un elemento di partecipazione non posseduto inizialmente[82]. Allo stesso modo non può trovare applicazione il soccorso istruttorio in caso di interruzione del possesso del requisito richiesto, dal momento che questo deve essere mantenuto per tutto lo svolgimento della procedura e nel corso dell'esecuzione del contratto[83].

Strettamente connesse al principio dell'inutilizzabilità del soccorso istruttorio, a pena della violazione della *par condicio*, per il recupero di requisiti non posseduti entro il termine fissato per la presentazione dell'offerta/domanda, sono le fattispecie che riguardano la possibilità di applicare il soccorso istruttorio all'avvalimento. Nel regime del precedente codice veniva ritenuta illegittima una disposizione del bando di gara che consentiva il beneficio del soccorso istruttorio a fronte di violazioni della normativa in tema di requisiti del contratto di avvalimento e, in particolare, di eventuali lacune di detta specie di contratti, per violazione del combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006[84].

---

[80] T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 07 febbraio 2019, n. 206: "*L'art. 83, 9 comma del D.Lgs. n. 50/2016 limita l'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio alla mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, escludendo quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, conseguentemente è da escludersi la sanabilità delle carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto dell'offerta*".

[81] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-bis, 6 novembre 2017, n. 11031, secondo cui nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici e di par condicio è ormai il primo a essere considerato prevalente, alla luce del disposto dell'art. 83, d.lgs. 50/2016, che consente sia sanata la mancanza essenziale di elementi formali – rectius, la mancanza di elementi essenziali -, purché non riguardino l'offerta tecnica ed economica, ovvero non consentano l'individuazione del contenuto dell'offerta o del soggetto proponente, e ciò mediante apposita richiesta della stazione appaltante entro un termine perentorio, scaduto invano il quale l'offerta va esclusa.

[82] Cons. Stato Sez. III, 14/01/2019, n. 348, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "*Nelle gare pubbliche, affinché possa ritenersi attivabile l'invocato soccorso istruttorio, è a carico della concorrente nei cui confronti è invocata la sussistenza di una causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c.e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova, provare che il requisito sussista e che si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa*"; Cons. Stato Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*Il soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte*"; Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – MA.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, cit. ove è stato ribadito che e i dati relativi a un'offerta possono essere "*corretti o completati su singoli punti, in particolare ove necessitassero evidentemente di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti*", a condizione che tali regolarizzazioni non conducano, di fatto, alla "*presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta*".

[83] C. St., ad. plen., 20-7-2015, n. 8.

[84] Cons. Stato Sez. V, 26 novembre 2018, n. 6693, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

Anche in base alla vigente disciplina, la più recente giurisprudenza rinsalda tale approccio, laddove conferma che le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti necessari per consentire la partecipazione alla gara essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume[85].

8. Esame casistico. Le problematiche ancora aperte.

Da quanto sopra descritto risulta evidente che l'art. 83, comma 9, del Codice, ha tentato di fissare in linea generale e astratta i criteri con i quali valutare, nella singola fattispecie, l'applicabilità o meno del soccorso istruttorio, che oggi, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti[86], non rappresenta più per le amministrazioni aggiudicatrici una semplice facoltà o un potere eventuale[87]. Tuttavia, nonostante i ripetuti interventi del Legislatore, le determinazioni e i pareri dell'A.N.AC. e le numerose pronunce giurisprudenziali, l'area di applicazione dell'istituto in esame – quantomeno con riferimento ad alcune particolari fattispecie – continua a rimanere alquanto incerto. Anche a seguito dell'ultimo intervento appena descritto, infatti, l'applicazione del soccorso istruttorio continua a presentare alcuni problemi interpretativi sotto diversi profili, le cui soluzioni ancora una volta, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, dovranno essere cercate in sede giurisprudenziale[88]. Di seguito, pertanto, si cercherà di illustrare le fattispecie che ancora oggi meritano attenzione.

8.1. Mancata sottoscrizione dell'offerta.

Innanzitutto, permangono le perplessità sollevate in passato sul reale ambito applicativo della norma, con specifico riferimento al problema concernente la

[85] Cons. Stato Sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5750, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 18 gennaio 2019, n. 54, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.T.A.R. Puglia Lecce Sez. II, 14 febbraio 2019, n. 250, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. Sull'argomento dell'applicabilità del soccorso istruttorio all'avvalimento A. NICODEMO, *La querelle, non sopita, sui contenuti del contratto di avvalimento e l'inammissibilità del (relativo) soccorso istruttorio. Commento a T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5341*, in *Urbanistica e appalti*, VI, 2018.

[86] P. PATRITO, *La regolarizzazione documentale, dal diritto europeo ai diritti nazionali (Belgio, Francia, Italia), nota a Corte Di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, causa C-42/13*, in *Urbanistica e Appalti*, II, 2015, il quale rileva, ad esempio, che in Francia, a fronte di una richiesta di regolarizzazione, l'amministrazione ha una facoltà e non un obbligo di esercitare il potere di soccorso.

[87] P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post d.lgs. n. 56 del 2017*, cit. Cfr. Cons. Stato Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in giustiziaamministrativa.it, secondo cui deve ritenersi superato l'orientamento secondo il quale l'esercizio "*della facoltà dell'Amministrazione di invitare le concorrenti a completare o chiarire i documenti presentati […] rappresenti una scelta discrezionale e non un obbligo*", in N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, cit., 7.

[88] Cons. Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782, ove l'Organo consultivo ha affermato che ''*La ridefinizione dell'ambito di applicazione del soccorso istruttorio prevista dallo schema non risulta pienamente convincente, ancorché quella attualmente vigente presenti, a sua volta, molti profili di incertezza. Ma poiché, allo stato, sembra difficile individuare una formulazione in grado di considerare le diverse fattispecie prospettabili, è preferibile 'l'opzione zero', lasciando nella sostanza intatta l'attuale formulazione: i residui dubbi potranno essere sciolti attraverso le prassi operative e l'interpretazione della giurisprudenza*''.

sottoscrizione delle offerte. In particolare, ci si chiede se sia legittimo e proporzionale un provvedimento di esclusione nel caso in cui possa comunque essere chiaramente identificato il concorrente che abbia presentato domanda di partecipazione, senza tuttavia sottoscriverne le offerte.

Più nel dettaglio, nonostante il divieto di applicazione del soccorso istruttorio alle offerte, sembrava comunque doversi consentire la regolarizzazione di alcuni aspetti meramente formali di quest'ultime, come ad esempio in caso di sottoscrizione presente ma non leggibile, che non può legittimare l'esclusione dalla gare se il responsabile è facilmente individuabile[89].

Sul punto, il Consiglio di Stato ha auspicato allora l'inserimento, nell'art. 83, comma 9, della seguente specificazione: "*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle incidenti sulle valutazioni del merito dell'offerta economica e di quella tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma*", in modo da ricomprendere nell'area di applicazione del soccorso istruttorio, secondo una lettura sostanzialistica dell'istituto, anche la fattispecie della mancata sottoscrizione dell'offerta, in quanto non riconducibile a valutazioni di merito di essa, ma ad aspetti meramente documentali.

Tuttavia, la chiara decisione legislativa di non recepire il suggerimento del Consiglio di Stato di limitare il divieto di applicazione del soccorso istruttorio alle sole valutazioni di merito delle offerte sembra dimostrare l'intenzione di tenere ferma un'applicazione rigida delle cause di esclusione e della non sanabilità degli aspetti afferenti l'offerta tecnica ed economica. D'altro canto, però, la scelta legislativa di escludere espressamente dalla possibilità di sanatoria le sole irregolarità essenziali riguardanti l'offerta, potrebbe far pensare alla possibilità di ammettere implicitamente la regolarizzazione di quelle non essenziali[90]. Secondo tale lettura, sarebbe riconosciuta la possibilità di chiedere chiarimenti, naturalmente non additivi o modificativi, ma meramente formali, sulle offerte[91].

---

[89] Cons. Stato., sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5317; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 9 novembre 2016, n. 11092, ove è stato sottolineato che "*la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara, non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso posto che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà*".

[90] Cfr. M. ALLENA, *Le gare pubbliche tra formalismo e apertura del mercato: il soccorso istruttorio*, cit., laddove rileva che "*anche con riguardo all'offerta tecnica o economica, sono comunque sanabili le irregolarità solo formali. In tal senso sembra deporre oggi il dato legislativo, laddove distingue le ''carenze di qualsiasi elemento formale della domanda'' dalle ''irregolarità essenziali'', prevedendo appunto che solo queste ultime, ove attinenti all'offerta, non siano sanabili*".

[91] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1318, che ha escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio se preordinata ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che determinerebbero inammissibili mutamenti postumi della stessa.

Non manca, infatti, la giurisprudenza che ammette la sanabilità di questo genere di irregolarità, poiché "*la mera incompletezza della sottoscrizione non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa, il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva*"[92].
Già sotto tale aspetto, quindi, emerge un primo esempio che dimostra come il legislatore avrebbe potuto fornire un contributo più preciso nella definizione dei limiti di operatività del soccorso istruttorio.

8.2. Costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendali.
Oggetto di dibattito è tuttora la questione dell'ammissibilità del soccorso istruttorio nell'ipotesi di omessa indicazione dei costi della manodopera e dei c.d. oneri di sicurezza nell'offerta economica[93] – tema di rilevanza costituzionale[94], oltre che comunitaria[95] –, questione che sembrava superata a seguito dell'introduzione del nuovo codice[96], ma che continua a dar vita a contrasti[97].

---

[92] T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 22 gennaio 2019, n. 34, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*Anche nelle gare pubbliche, alla stregua dei principi caratterizzanti il procedimento amministrativo di selezione pubblica, il difetto parziale di sottoscrizione deve considerarsi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio e, come tale, non costituisce causa di immediata esclusione del concorrente interessato […]Nelle gare di appalto pubblico, la mera incompletezza della sottoscrizione non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa, il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva*".

[93] Per una approfondita analisi del tema si rimanda a M.BALDI, *I costi di sicurezza aziendali tra eterointegrazione e tutela dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2016, 589 ss.

[94] Sul punto Si V. M. BALDI, F. RUMMA, *L'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendali dopo il nuovo codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, II, 2018, 253. Gli autori rilevano che "*il principio dal quale ricavare la disposizione attuativa in materia di sicurezza è quello legato al diritto fondamentale della salute, che da un lato ha un rango superiore per avere fondamento costituzionale negli artt. 1, 2 e 4 e, specificamente, negli artt. 32, 35 e 41 Cost., rispetto a quelli menzionati nell'art. 2 del codice (previgente); dall'altro viene richiamato dall'art. 2 stesso sia mediante rinvio alla L. 7 agosto 1990, n. 241, sia al comma 3 nella parte in cui prevede la subordinazione del principio di economicità alla tutela della salute*".

[95] Cfr. direttive 89/391/CEE del Consiglio, 12 giugno 1989, 92/57/ CEE del Consiglio, 24 giugno 1992; in base al considerando 10 di tale direttiva "*il rispetto delle prescrizioni minime atte a garantire un miglior livello di sicurezza e di salute sui cantieri temporanei o mobili, costituisce un imperativo al fine di garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori*".

[96] L'articolo 95, comma 10 del Codice, infatti, prevede che "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, *prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)*"; cfr. Cons. Stato Sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*Alla luce delle previsioni dell'art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016, per le gare indette dopo l'entrata in vigore del codice del 2016 non sussistono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza c.d. "interni" o "aziendali", avendo il codice definitivamente rimosso ogni residua incertezza sulla sussistenza dell'obbligo, non ammettendo, più in generale, che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica, confinandolo alle ipotesi di carenze degli elementi formali*".

[97] Sul tema, si Veda A. BIAMONTE, *Oneri della sicurezza e soccorso istruttorio. Formalismo e sostanza a confronto*, in *Diritto.it*.

Nella vigenza del codice del contratti pubblici del 2006, l'Adunanza Plenaria con sentenza n. 3/2015 aveva esteso l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza interni o aziendali anche ai contratti pubblici di lavori, rilevando che la loro mancata indicazione imponesse l'esclusione dalla gara anche in caso di assenza di una espressa previsione del bando di gara[98].

Dal canto suo, tuttavia, la Corte di Giustizia, con sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15, aveva affermato che i principi comunitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa laddove un determinato obbligo non sia contemplato nella *lex specialis* o nel diritto vigente, ammettendo, quindi, l'applicazione del soccorso istruttorio.

Per tale motivo, sul punto, l'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016 ha affermato che "*nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio*".

Nonostante tale intervento, però, considerato che il massimo consesso amministrativo si è pronunciato con riferimento alla vigenza del vecchio codice, i successivi arresti giurisprudenziali non hanno eliminato i contrasti circa l'applicabilità, in tali ipotesi, del soccorso istruttorio.

Secondo un primo orientamento, infatti, più restrittivamente formalistico in ordine all'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza cc.dd. interni o aziendali[99], i principi di diritto formulati dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia appena descritta non troverebbero applicazione per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice, alle quali dovrebbe essere applicato l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha previsto la necessità di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro[100]. Non risulterebbe possibile, quindi, applicare

---

[98] Per un'analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, Si Vedano F. RUFFINI, *La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali*, in *Urbanistica e Appalti*, VI, 2015, 677 ss; C. CONTESSA, *Oneri per la sicurezza e soccorso istruttorio: un nodo da sciogliere in vista del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, 2015, in www.giustiziaamministrativa.it.

[99] Sul punto, si Veda A. VORRARO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, cit., che ricorda che si è soliti distinguere gli oneri di sicurezza "da interferenza" da quelli "interni (o aziendali)", i primi "*finalizzati a eliminare i rischi da interferenza, tale ultima intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa azienda con contratti di tipologie differenti e non soggetti a ribasso in quanto ontologicamente diversi dalle prestazioni strictu sensu oggetto di affidamento*".; I secondi, invece, "*propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal documento di valutazione dei rischi (D.V.R.), soggetti a un duplice obbligo in capo alla P.A. e all'impresa concorrente*".

[100] T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 30 ottobre 2018, n. 10492, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*L'art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016, prevede un obbligo legale inderogabile, a carico delle imprese partecipanti ad una pubblica gara, di indicare sempre nell'offerta economica gli oneri di sicurezza. E tanto a prescindere da una specifica indicazione in tal senso nella disciplina di gara, stante la capacità della norma primaria di eterointegrare la stessa lex specialis; né può attivarsi al riguardo il soccorso istruttorio atteso che un siffatto meccanismo non è applicabile, a norma dell'art. 83 dello stesso decreto,*

il soccorso istruttorio in ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica anche al fine di "*evitare che il rimedio… che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica*"[101].

Secondo un diverso orientamento, maggiormente sostanzialistico, invece, ispirato all'Adunanza plenaria n. 19/2016, è stato precisato che, pur non essendo in discussione che nell'offerta economica il concorrente deve indicare costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, si tratta di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara[102]. Ebbene, dal momento che testualmente il codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo, laddove la disciplina di gara non preveda espressamente l'obbligo di indicazione separata, nell'ambito dell'offerta, degli oneri di sicurezza aziendale, la mancata separata indicazione degli stessi da parte dell'operatore, da ritenersi frutto di un errore scusabile, non determinerebbe né la sua automatica esclusione dalla gara, né la necessità di riaprire la fase procedimentale dell'evidenza pubblica, attivando, ora per allora, la procedura di soccorso istruttorio, finalizzata a sanare l'errore, laddove non sia in contestazione, sotto il profilo sostanziale, il rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro, e non si sia in presenza della carenza di un elemento essenziale dell'offerta[103].

---

per le incompletezze riguardanti tra l'altro proprio l'offerta economica"; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 27 luglio 2018, n. 689, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*L'indicazione separata del costo della manodopera, ex art. 95, c. 10 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), è necessaria non solo ai fini della successiva verifica dell'anomalia ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa. Ne consegue che l'indicazione si configura come prescrizione di legge da rispettare a pena di esclusione (art. 83, c. 8, penultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016). Altresì, è inammissibile il soccorso istruttorio, che il codice dei contratti vigente non ammette in tutte le ipotesi di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica, in quanto l'indicazione dei costi della manodopera costituisce un elemento dell'offerta economica come precisato espressamente dall'art. 95, c. 10, cit.*".

[101] Cons. di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2017 n. 815; nello stesso senso Cons. Stato 28 febbraio 2018 n. 1228, 25 settembre 2018 n. 653; T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 03 dicembre 2018, n. 11717, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "*Gli oneri di sicurezza aziendale costituiscono un elemento essenziale dell'offerta economica e, pertanto, in caso di mancata indicazione, non sussistono nemmeno i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio, poiché in tal modo si sarebbe consentita una modifica postuma del contenuto dell'offerta economica in violazione della par condicio dei concorrenti*"; nello stesso senso T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 31luglio 2018, n. 1649, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

[102] Così, C.G.A., 7 giugno 2018 n. 344 e Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2018 n. 2554

[103] Cons. Stato Sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5744, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cfr. T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 11 maggio 2018, n. 3149, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, secondo cui "*La mancata quantificazione degli oneri per la sicurezza interni o aziendali non comporta necessariamente un'irregolarità insanabile dell'offerta economica, quando il bando non preveda espressamente l'analitica quantificazione degli oneri interni o aziendali e l'incidenza di detti oneri sia stata considerata ai fini della formulazione della offerta economica, con la conseguenza che, in tali casi, non può ritenersi operante la preclusione di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 in materia di c.d. "soccorso istruttorio". L'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, nel prevedere che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, non commina*

Data la permanenza dei contrasti giurisprudenziali appena descritti, l'Adunanza Plenaria, con ordinanze del 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3, ha sottolineato la necessità di risolvere alcune questioni relative alla conformità delle disposizioni nazionali sopra richiamate con il diritto dell'Unione europea e, pertanto, ha rimesso alla Corte di giustizia la questione se il diritto dell'Unione europea - e segnatamente i princìpi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi - ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del nuovo codice) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del soccorso istruttorio, pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il citato obbligo legale di puntuale indicazione[104].
Nelle ordinanze di rimessione, il massimo consesso ha precisato di ritenere che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga in realtà di aderire alla tesi secondo cui la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l'esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio. L'Adunanza ha poi indicato le ragioni dell'adesione a tale interpretazione.
Innanzitutto, secondo l'Adunanza, l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili è stata ritenuta dalla Corte di giustizia in relazione a ipotesi in cui tali obblighi non

l'esclusione automatica del concorrente per violazione del predetto obbligo"; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 14/06/2018, n. 750: "*L'art. 95, comma 10 del D.Lgs n. 50/2016 consente alla stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio nel caso in cui l'offerta economica non contenga l'indicazione separata degli oneri della sicurezza*".

[104] Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 20 novembre 2018, n. 772, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, "*Viene rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi costi e oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti costi oneri*"; Cons. Stato Sez. V Ord., 26 ottobre 2018, n. 6122, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*Vengono rimesse all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato le questioni: - se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri; - se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza*".

emergevano con chiarezza "*dai documenti di gara o dalla normativa nazionale*"[105], mentre attualmente l'art. 95, comma 10 fisserebbe in modo chiaro l'obbligo di indicazione.
Secondo un ulteriore argomento, poi, l'art. 83, comma 9 stabilisce che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le lacune relative "*all'offerta economica e all'offerta tecnica*" e l'art. 95, comma 10, riconduce espressamente i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori tra gli elementi costitutivi dell'offerta economica. La mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori, quindi, sarebbe espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.
Infine, l'Adunanza ha ulteriormente affermato che la mancata ottemperanza all'obbligo in argomento comporti necessariamente l'esclusione dalla gara richiamando la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, ove è stato chiarito che in materia di contratti pubblici esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto. Ebbene, l'art. 95, comma 10, stabilisce – con previsione chiara e di carattere imperativo – che i richiamati oneri debbano essere espressamente indicati in sede di offerta. Anche da ciò, quindi, deriverebbe l'inutilizzabilità, in tali casi, del soccorso istruttorio.
In attesa della pronuncia dei Giudici di Lussemburgo, occorre comunque evidenziare che la Corte di giustizia, di recente, ha intanto reso una statuizione di indubbio interesse in materia. Infatti, con la sentenza del 2 maggio 2019 in causa C-309/18, su ordinanza di rimessione del T.A.R. del Lazio del 20 marzo 2018, la Corte ha riconosciuto che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, "*anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione*". La Corte di Giustizia ha poi proseguito affermando che, tuttavia, "*se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice*".

[105] In tal senso, la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 – Pippo Pizzo – e la sentenza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 – Edra Costruzioni

Tale pronuncia, da un lato non rappresenta sicuramente l'epilogo della questione, dato che, come detto, la Corte dovrà nuovamente intervenire sul punto; dall'altro lato, inoltre, non si può non rilevare che detta sentenza, senza dubbio, non ha il pregio di aver introdotto un principio perentorio. Anzi, quanto affermato dal giudice europeo appare a tratti contraddittorio e, comunque, (sebbene sembra esserci una timida adesione al formalismo) non prende una posizione netta sulla dicotomia formalismo/sostanzialismo.
Ora ci si aspetta, quindi, che la Corte superi la propria reticenza nelle prossime pronunce sul punto.

8.3. Dichiarazione del possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere speciale.
Com'è noto, per partecipare alle gare ad evidenza pubblica, i concorrenti devono essere in possesso sia dei requisiti di carattere generale, che mirano a garantire l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico, sia dei requisiti di carattere speciale, che attengono invece alle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie del concorrente.
A questo riguardo, ancora controversa sembra la questione dell'applicabilità del soccorso istruttorio in caso di omessa dichiarazione, in tutto o in parte, in merito ai requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 50 del 2016, che per una parte della giurisprudenza comporta – in via immediata – l'esclusione dalla procedura senza possibilità, per l'Amministrazione, di attivare il soccorso istruttorio[106]. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire - invero, ribadendo principi già espressi in precedenti pronunce[107] - che non possono essere regolarizzate le mancanze relative a documenti o informazioni la cui comunicazione è richiesta dal bando, specie se, "*secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente*"[108].
Al contrario, secondo una diversa interpretazione, le dichiarazioni sulle assenze di cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del Codice, vengono ritenute essenziali ma le eventuali carenze in ordine alle stesse legittimano l'attivazione al soccorso istruttorio[109], anche in riferimento alla ditta subappaltatrice quando, ai sensi dell'art.

[106] T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 11 luglio 2018, n. 989, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 29 gennaio 2019, n. 232, in pluris-cedam.utetgiuridica.it

[107] Cfr. Corte Giust., 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda c. CEM Ambiente Spa, causa C-42/13, par. 46, ove è stato precisato che "*L'art. 51 della direttiva (appalti), che dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici ad integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 della stessa direttiva, non puo` essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente*".

[108] Corte di Giustizia, Sez. VIII, 28 febbraio 2018, cause riunite C-523/16 e C-536/16 – MA.T.I. SUD SpA c. Centostazioni SpA, cit.

[109] Cfr. ANAC, Pareri di Precontenzioso n. 215 e n. 218 del 01 marzo 2017, riferiti alla mancata produzione della dichiarazione del possesso dei requisiti da parte del Responsabile Tecnico ai fini dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, e Parere di Precontenzioso n. 489 del 03 maggio 2017, riferito alla carenza della

105. comma 6 del Codice[110], è obbligatorio indicare la terna dei subappaltatori fin dalla fase di offerta, principio che sembra confermato anche dalla giurisprudenza più recente[111].

Recente giurisprudenza, inoltre, esclude il ricorso al soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione delle parti dei servizi che si intendono subappaltare, perché, in quel modo, si consentirebbe all'impresa non di sanare un vizio formale ma sostanzialmente di modificare l'offerta, integrandola con la previsione di un subappalto necessario (indispensabile per il possesso dei requisiti di gara), inizialmente non previsto[112], mentre in precedenza era stata ammessa l'operatività della disciplina del soccorso istruttorio anche alla mancata indicazione del subappaltatore necessario[113].

Talvolta, si tratta proprio di stabilire se la singola irregolarità attiene alla sussistenza di requisiti generali o all'offerta, con conseguenze diverse in punto di applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio[114]. Ad esempio, recente giurisprudenza di primo grado ha ritenuto legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per il profilo dell'adempimento degli obblighi di assunzione di persone appartenenti a categorie protette da parte di un concorrente. L'adempimento di tali obblighi, infatti, non costituirebbe un profilo essenziale dell'offerta, poiché non attinente al contenuto

---

dichiarazione di cui all'art. 80, comma 5, lett. l) del Codice da parte del direttore tecnico, nei quali è stata ritenuta legittima l'attivazione del soccorso istruttorio per sanare l'incompletezza della dichiarazione dei singoli requisiti di ordine generale.

[110] L'art. 105, comma 6 del Codice prevede che "*È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80*". Resta fermo stabilito dal comma 7 dell'art. 105, secondo il quale al momento del deposito del contratto di subappalto l'affidatario trasmette alla stazione appaltante la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ad esso dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

[111] T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 27 aprile 2018, n. 677, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*è legittima l'esperibilità del potere di soccorso istruttorio in relazione alla mancata o errata indicazione della terna dei subappaltori, così sostanzialmente consentendo l'indicazione, l'integrazione o la correzione della terna dei subappaltatori anche successivamente alla scadenza dei termini per la formulazione delle offerte*".

[112] T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 07 gennaio 2019, n. 146, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

[113] TAR Liguria, Sez. II, 6 febbraio 2018, n. 112, in giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia – Brescia, sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790 in giustizia-amministrativa.it.

[114] T.A.R. Lombardia Brescia Sez. I, 19 dicembre 2018, n. 1219, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*È possibile attivare il soccorso istruttorio solo ai fini del completamento delle dichiarazioni e/o dei documenti già presentati e solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, mentre tale rimedio non può, invece, essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta (economica e/o tecnica), ovvero a radicali omissioni dichiarative: sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara*".

dell'offerta, ma concerne la titolarità dei requisiti generali di partecipazione alla procedura, "*sicché l'operato dell'amministrazione, che ha esercitato il soccorso istruttorio al fine di verificare l'adempimento dell'obbligo suindicato e, quindi, il possesso del requisito di ordine generale, risulta del tutto coerente con l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016*"[115].
Il soccorso istruttorio non è invece richiamabile nel caso in cui la controversia non attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne, invece, la fase cronologicamente successiva, avente ad oggetto soltanto la quantificazione del punteggio da attribuire ai candidati, che hanno superato la fase iniziale di ammissione alla gara, in base ai titoli posseduti ai fini della formulazione della graduatoria[116].
Per quanto concerne, invece, i requisiti di carattere speciale, recente giurisprudenza ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio per permettere al concorrente la regolarizzazione della dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica previsti dal bando di gara, fermo restando che la effettiva esistenza degli stessi requisiti deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara quale termine ultimo per la presentazione dell'offerta[117].
È stato chiarito, poi, che la mancanza dei requisiti soggettivi di partecipazione non è sanabile in sede di soccorso istruttorio attraverso una modificazione delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, di cui ciascuno autonomamente sufficiente a invalidare l'offerta medesima. Infatti, la modifica della compagine soggettiva anche in senso riduttivo deve avvenire per esigenze organizzative proprie dell'A.T.I. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. Il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non può valere a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti[118].
Emerge, quindi, come l'istituto in argomento continui ad essere dibattuto nel nostro ordinamento e come dia vita a contrasti giurisprudenziali continui che determinano incertezze e rallentamenti nelle gare pubbliche. L'attuale stato di cose imporrebbe, quindi, una più netta presa di posizione da parte della Corte di Giustizia o, in

[115] T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 07 settembre 2018, n. 2054, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.
[116] T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 11 marzo 2019, n. 3171, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.
[117] Sull'applicabilità del soccorso istruttorio per sanare lacune documentali, a condizione che il concorrente sia effettivamente in possesso dei relativi requisiti, cfr. T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 04 dicembre 2018, n. 1114, in pluris-cedam.utetgiuridica.it: "*Il cd. Soccorso istruttorio processuale attiene non solo all'integrazione della documentazione mancante o incompleta e/o alla sanatoria delle semplici irregolarità formali, ma alla dimostrazione che non vi sia una carenza sostanziale del requisito, poiché, ove l'omissione formale nasconda la ridetta carenza sostanziale, il rimedio ora indicato non funziona e non può che addivenirsi alla pronuncia demolitoria*".
[118] Cons. Stato Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 1236, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

alternativa, un intervento normativo chiarificatore da parte del legislatore europeo, che abbia la seria intenzione di mettere alle spalle soluzioni parziali, definendo in maniera tassativa gli elementi essenziali delle offerte che non possono essere sanate in un momento successivo alla presentazione delle stesse.
Infatti, visto che le direttive europee non prevedono una precisa indicazione di quali integrazioni siano consentite e quali, invece, vietate[119], sembra legittimo attendere un intervento del legislatore comunitario o, in mancanza di tale intervento, maggior "coraggio" dal legislatore nazionale, al fine di trovare – riprendendo le parole di autorevole dottrina – il corretto punto di equilibrio tra ''*la garanzia del formalismo e l'efficienza del sostanzialismo*''[120].

[119] L'art. 56, comma 3, della Dir. 2014/24/UE, si limita a prevedere che ''*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*''.

[120] L. TORCHIA, *La nuova direttiva in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari, in Diritto amministrativo*, 2015, 298 segg.

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

La clausola "claims made" dopo il vaglio delle S.U., i problemi ancora aperti e i possibili risvolti in tema di responsabilità della P.A.

di Pierfrancesco Paoloni

(Avvocato)

Sommario

1. Il percorso di integrazione della clausola claims made nel nostro ordinamento con riferimento alla Direttiva 2016/97 UE. - 2. La "summa divisio" delle clausole claims made e la loro meritevolezza. - 3. La legge 8 marzo 2017 n. 24 e la tipizzazione delle clausole claims made. - 4. L'ordinanza della Terza Sezione della Corte di Cassazione Civile e le premesse della nuova rimessione alle Sezioni Unite. - 5. Le Sezioni Unite del 2018 e lo scrutinio del meccanismo assicurativo delle clausole claims made nelle diverse varianti. - 6. L 'indagine sulla causa concreta e la funzione pratica del contratto. - 7. I possibili risvolti in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Abstract

Traditionally, in our legal system, insurance contract of civil liability was based on a loss occurence type system. The evolution of social and professional dynamics, as well as of the reference regulatory framework, has led to the introduction of an insurance form, originating from Common Law systems, focused on insurance clauses, the so-called claims made. Their versatility and suitability to cover even dated back events, led insurance companies to adopt this instrument increasingly.

Their path of integration cannot be considered perfectly completed; even if the initial perplexity on their merit has been overcome, thanks to a definitive regulation by the legislator, it still remains today, despite the numerous jurisprudential interventions, the need for an investigation into the concrete case, in order to be able to affirm the correct application of the insurance mechanism of the claims made clauses in their different variants. A more complex survey appears to be the public administration, when part of the insurance contract.

1. Il percorso di integrazione della clausola claims made nel nostro ordinamento con riferimento alla Direttiva 2016/97 UE.

Nell'ordinamento italiano, il contratto di assicurazione della responsabilità civile contempla, all'art. 1917 c.c., l'obbligo per l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Escludendo, chiaramente, i danni derivanti da fatti dolosi. L'assicurazione della responsabilità civile, quindi, va ricompresa nell'ambito dell'assicurazione del patrimonio, posto che il suo obiettivo primario è quello di scongiurare un depauperamento dei beni dell'assicurato, in conseguenza all'azione risarcitoria esperita da un terzo.[1] Come oggetto del contratto sarà, dunque, opportuno considerare l'alea qualificata come effetto negativo del sinistro i cui effetti si riverberano sul patrimonio dell'assicurato.[2]

Tale impostazione tradizionale, stabilita dalla prassi assicurativa, prende il nome di *loss occurrence*.[3] L'operatività della copertura, prende in considerazione la data in cui risulta essersi verificato l'evento dannoso, indipendentemente dal momento in cui viene formulata la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato.

Sotto tale aspetto, tale tipologia di polizza, si segnala per costituire applicazione del regime normalmente previsto dall'art. 1917 c.c.

Appare evidente, quindi, che con una garanzia *loss occurence* l'assicurato è coperto anche per le richieste di risarcimento che gli pervengano allorquando la polizza

[1] Si ritiene che l'assicurazione si fondi sull'aspirazione dell'uomo alla sicurezza e risponda a quell'esigenza, percepita come primaria dall'individuo nella società moderna, di tutelarsi avverso le conseguenze patrimonialmente dannose connesse al verificarsi di un determinato evento. La copertura di responsabilità civile, invece, origina dall'esigenza di mantenere indenne il proprio patrimonio dal rischio di dover risarcire un danno ad un terzo. Tale polizza «nasce in ambito marittimo: la copertura per il rischio di danneggiare altre navi durante le manovre, infatti, era inclusa nell'assicurazione marittima». Sul tema dell'assicurazione sulla responsabilità civile, cfr. tra gli altri C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 13 ss.; A. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1948, p. 360; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, I, Milano, 2012; E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010.

[2] CFR. TRA GLI ALTRI, M. ROSSETTI, *IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI*, PADOVA, 2011; G. ALPA, *LE ASSICURAZIONI PRIVATE*, IN *GIUR. SIST. CIV.* COMM. BIGIAVI, TORINO, 2006; VOLPE PUTZOLU, *L'ASSICURAZIONE*, IN *TRATTATO RESCIGNO*, 13, TORINO, 198.

[3] Nel regime *loss occurrence (insorgenza del danno)* la definizione del concetto di sinistro è quella, legislativamente stabilita *ex* art. 1917 cod. civ., in forza della quale con tale definizione si individua il fatto che ha causato il danno, accaduto durante il tempo dell'assicurazione: quindi, in tale regime, lo si identifica con la condotta dell'assicurato che si assume fonte della sua responsabilità civile. Cfr. D.DE STROBEL, *op. ult. cit.*, p. 641.

assicurativa in questione sia scaduta, mentre per l'assicuratore, per converso, l'esposizione al rischio è molto più elevata. [4]

La struttura della garanzia *loss occurence* comporta, infatti, che l'assicuratore subisca tutti gli effetti di uno sfavorevole e imprevedibile mutamento delle condizioni, sia economiche (inflazione, tassi di interesse) che giuridiche (mutamento della giurisprudenza, innovazione legislativa) che si verifichino, medio tempore, tra i diversi momenti dell'accadimento dell'illecito, del suo manifestarsi in danno e della richiesta risarcitoria del danneggiato fino alla liquidazione del risarcimento.

Questo intervallo temporale può protrarsi anche per decenni, poiché il termine di prescrizione inizia a decorrere solo da quando il danneggiato si trova nella possibilità giuridica di far valere il suo diritto al risarcimento del danno.

Gli svantaggi della clausola in *loss occurence* sono più evidenti proprio in riferimento ai rischi a manifestazione graduale nel tempo.

Non sempre il fatto generatore del danno determina l'immediata formulazione della richiesta di risarcimento, molto spesso, infatti, accade esattamente l'opposto. Tale aspetto, ad esempio, è riscontrabile in ambito professionale, dove, tra il verificarsi di una condotta colposa e la presa di coscienza del danno, da parte del terzo danneggiato, può intercorrere un considerevole lasso di tempo. [5]

Ed è soprattutto in ambito professionale, successivamente alla Riforma delle Professioni, con il DPR n. 137/2012,[6] che ha visto l'introduzione l'obbligo per tutti i

[4] Con il regime *loss occurrence* l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore, sussiste qualora il danno sia occorso durante il periodo di copertura convenuto tra le parti. «Historically, liability insurance was written on an "occurence" basis because (a) the "occurrence" concept was drawn upon by liability insurers from property insurance which had traditionally been written with respect to the happening of an event, and (b) the type of events initially insured against were such that a specific date, time and place could be determined specifically as to when a particular event occurred, such as the collision of ships, the injuring of a pedestrian by a carriage or the date of injury caused by defective premises» cfr. G. KROLL, *The professional liability policy "claims made"*, (1977-1978), in *13 Forum*, p. 842.

[5] Posto che l'obbligo indennitario a carico dell' assicuratore esiste se il danno si verifica nell' intervallo di efficacia del contratto, ovvero tra il momento in cui viene pagata la prima rata di premio e la scadenza stessa prevista dal contratto, risulta che, nelle assicurazioni di responsabilità civile, l' efficacia temporale della polizza è un elemento davvero critico che può generare alcune problematiche, connesse al tema del rapporto tra delimitazione temporale del rischio e sistema loss occurrence, in cui è possibile imbattersi. Cfr. M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 202.

[6] Vedi D.P.R., 7 agosto 2012, n. 137, che all'articolo 5, attuando la lettera e) dell'art. 3, comma 5, del D.lg., 13 agosto 2011, n. 138, afferma l'obbligo per il professionista di stipulare un'assicurazione per i danni derivanti dall'esercizio dell'attività professionale.

La disposizione riproduce il contenuto della norma di autorizzazione specificando:

- che nelle attività coperte da assicurazione devono rientrare anche la custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente;
- che il professionista deve rendere noto al cliente il massimale dell'assicurazione e gli estremi della polizza già al momento dell'assunzione dell'incarico, aggiornandolo su eventuali variazioni successive;
- che la violazione delle disposizioni sulla copertura assicurativa costituisce illecito disciplinare;
- che l'obbligo di copertura acquista efficacia dopo 12 mesi dall'entrata in vigore del regolamento.

professionisti iscritti ad un albo di stipulare una polizza assicurativa di responsabilità civile a copertura dei rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale, che la copertura assicurativa di tipo tradizionale ha cominciato a mostrare i suoi limiti, favorendo sempre più l'introduzione delle cosiddette clausole *claims made* ("a richiesta fatta").

La clausola *claims made* (ovvero a richiesta fatta) è stata per la prima volta formulata nell'alveo del *Common Law*. Le origini di questo sistema si rinvengono, infatti, nel mercato assicurativo inglese ove, già a partire dai primi del '900, i Lloyd's di Londra offrivano agli avvocati polizze assicurative a copertura della responsabilità professionale modulate secondo, appunto, lo schema *claims made.*[7]

Negli USA, invece, le poche *law firms* che avevano stipulato una polizza contro i rischi da responsabilità professionale erano ricorse ad un modello di polizza inglese di tipo *loss occurence*.[8] Nel 1957, le polizze Lloyd's divennero disponibili per architetti ed ingegneri e furono affiancate da assicurazioni simili prodotte dalla *Continental Casualty Company*.

Ma è negli anni '80 che la *claims made* si afferma definitivamente nel nord America. Gli americani presero coscienza del nesso eziologico sussistente tra l'esposizione a sostante tossiche e lo sviluppo di patologie a distanza di anni.

Così nei confronti di patologie prodotte da inalazione di amianto, assunzione del DES (*Diethylstilbestrol*) e utilizzo del contraccettivo *Dalkon Shield* le Compagnie assicurative, per fa fronte a enormi risarcimenti richiesti dalla popolazione, fecero ricorso a polizze *claims made*.[9]

Successivamente, tale prassi è circolata raggiungendo anche gli ordinamenti di *civil law*, e si è trapiantata, con gli adattamenti del caso, anche in Italia. Come si evince dal

---

Vedi anche, D.lg., 24 gennaio 2012, n. 1, articolo 9-bis, che ha precisato che la società tra professionisti, deve prevedere nello statuto la stipula di una polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale.

[7] Sul tema, cfr. R. MERKIN, J. STEELE, in *Insurance and the law of obligations, Oxford, 2013, p. 64.*

[8] Cfr. tra gli altri C. *DAUTCH, Laywers' Indemnity Insurance, 1941*; MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made,* in *Resp. Civ.*, 2009, 6. Vedi sul tema, per una più specifica ricostruzione delle regole operazionali degli ordinamenti di matrice anglosassone, I. ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, Londra, 1996, 3023, il quale precisa: «the insurer may offer to write the professional indemnity policy on an "occurrence" basis or an "a claims made" basis. An "occurrence basis" policy has its core a promise by the insurer to indemnify the insured for any loss, arising out of a defined event, occurrence circumstance or accident». Continua poi: «the professional indemnity insurer will be unlikely to offer an "occurrence basis" policy, but it is likely that its offer will be a "claims made" policy". The core of this policy is promise by the insurer to the insured that it will indemnify for any claim that is made by a third party against the insurer within the duration of the policy, no matter, subject, to the provisions in relation to the time within which notice must be given, when the defined event affecting the third party occurred». Come emerge chiaramente, vi è una sostanziale identità, almeno di principi, con il sistema di *civil law.*

[9] Per un confronto generale con l'esperienza del *common law* da cui è mutuata la clausola *claims made* vedi, *I. ENRIGHT, Professional Indemnity Insurance Law, London, 1996.*

tenore letterale dell'articolo 1917 c.c., ai sensi del quale l'assicuratore è obbligato al risarcimento in toto dei danni causati dal sinistro che sia occorso nel periodo di efficacia del contratto o successivamente alla scadenza della garanzia, tale clausola rappresenta una deroga al sistema originariamente tipizzato dal legislatore italiano nel 1942.

Le clausole *claims made*, infatti, delimitano il rischio assicurato facendo riferimento non agli illeciti, quindi ai fatti compiuti durante il periodo di assicurazione, ma alle "richieste fatte" durante lo stesso periodo, con la conseguenza che se un fatto illecito viene compiuto durante il periodo di assicurazione, questo esulerebbe dalla copertura del rischio assicurato qualora la relativa richiesta risarcitoria venga formulata in un momento successivo alla scadenza del contratto di assicurazione, ancorché il fatto da cui origina la responsabilità civile rientri nel periodo assicurato. [10]

Proprio in relazione alla grande versatilità dimostrata dalle clausole *claims made* e dalla loro idoneità a coprire eventi anche risalenti nel tempo, le compagnie assicuratrici hanno adottato tale strumento in misura sempre crescente.

In virtù di tale clausola, la copertura assicurativa opera per quei sinistri il cui risarcimento sia richiesto durante la vigenza del contratto, non rilevando il momento in cui si sia verificato l'evento dannoso.

Si è, quindi, in presenza di una clausola che, quando prevista dal contratto di assicurazione, ne dilata gli effetti, posto che l'oggetto del negozio giuridico medesimo, non si identificherà più con la garanzia di un rischio (letto come ripercussione negativa di un evento generatore del danno), bensì con la richiesta di risarcimento.[11]

Il giudizio di meritevolezza di tali clausole è stato oggetto di lungo dibattito che è sfociato in importanti pronunce delle SS.UU. di Cassazione a distanza di pochi anni.

L'approfondimento di tale giudizio suscita alcune riflessioni: seppur in maniera compendiosa, si è affermato, infatti, che l'origine della forma di assicurazione ***claims made*** deriverebbe «dall'affermazione di **principi giuridici inconcepibili** nel nostro ordinamento». L'affermazione merita particolare attenzione, giacché si esplicita il quesito della compatibilità della clausola col sistema storico-normativo delle assicurazioni. Il problema delle ***claims made***, al di là dell'importanza pratica, assume rilievo anche in prospettiva dogmatica, in quanto si presenta come banco di prova per

[10] Cfr. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 6, p. 1219.

[11] Cfr. TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, in atti e contributi del simposio scientifico internazionale, palazzo reale di Caserta, 16-17 novembre 2007, *Justice, Cooperation, Peace*. La cooperazione di giustizia per lo sviluppo e la pace nel mediterraneo, dedicati a Gaetano Liccardo nel suo ottantesimo compleanno, Vol. I, Prospettive e modelli della cooperazione di giustizia nel Mediterraneo, Napoli, ESI, 2010, 442.

la tenuta di alcuni principi di fondo del diritto assicurativo, specie alla luce delle recenti evoluzioni normative europee dettate dalla Direttiva 2016/97 UE. [12]
In altre parole, occorrerà capire se il principio mutualistico che sta alla base dell'assicurazione e che ha portato le recenti riforme ad intervenire con decisione sulla solvibilità delle imprese e sulla tutela del mercato non possa forse trovare espressione proprio nelle (osteggiate) clausole in esame.
L'analisi delle sentenze, scomodando la compatibilità delle clausole coi principi giuridici dell'ordinamento assicurativo, richiede di ripercorrere brevemente le diverse tipologie di clausole *claims made* contemplate nella prassi assicurativa.

2. La "summa divisio" delle clausole claims made e la loro meritevolezza.
Le *claims made* si distinguono nella prassi, in base ad una "summa divisio", tra pure ed impure. Con le prime si indicano quelle pattuizioni con cui l'assicurato ha diritto di essere sollevato da tutte le richieste risarcitorie avanzate dai danneggiati verso l'assicurato in costanza di rapporto e per cui questo chieda di essere manlevato, a prescindere dalla data in cui sia avvenuto il fatto illecito.
Le seconde, invece, più vicine rispetto agli schemi tipici dell'assicurazione della responsabilità civile, prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria abbiano luogo durante la vigenza della copertura assicurativa, con eventuale estensione retroattiva anche a condotte anteriori alla stipulazione del contratto. [13]
Con una polizza "*claims made* pura", quindi, il professionista ha copertura assicurativa anche senza essere stato assicurato al momento della commissione dell'errore, purché sia assicurato al momento della richiesta di risarcimento danni; ma perde però, a seguito della risoluzione del contratto assicurativo, la copertura assicurativa anche per i sinistri verificatisi nel periodo di vigenza del contratto, e solo successivamente denunziati.
Con una polizza "*claims made* impura", invece, come già evidenziato, la copertura assicurativa esiste solo quando sia l'illecito che la domanda risarcitoria rientrano nel periodo assicurato, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente (in genere, due/tre anni prima della stipula: c.d. "pregressa"); o con possibile postdatazione della garanzia (***c.d. "postuma", o "sunset dose"***) alle

[12]Vedi la Direttiva CE, 25 novembre 2009, n.138 (*Solvency II*) in *Gazzetta Uff.* 17/12/2009 n. 335 e la Direttiva CE, 20 gennaio 2016, n.97 (IDD); Cfr. S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2016, p. 691.

[13] Vedi sul tema, la relazione di A. AMENDOLA, Pres. di Sez. della Corte Suprema di Cassazione, estensore della nota pronuncia a S.U. n. 9140 del 2016 su *Questioni di diritto civile all'esame delle sezioni unite: Assicurazione della responsabilità civile e clausola "claims made": sei sicuro che ti assicuri?*

richieste risarcitorie successive alla risoluzione, ma per fatti avvenuti nella vigenza della polizza. [14]

La "*claims made* pura", quindi, offrendo la garanzia di assicurazione alle richieste risarcitorie formulate per la prima volta dall'assicurato nel corso del periodo di assicurazione, indipendentemente dal momento in cui si sia verificato o si sia manifestato l'illecito, non dà luogo ad un giudizio negativo circa la meritevolezza di tale clausola: la retroattività illimitata rappresenterebbe un sufficiente bilanciamento della garanzia postuma inesistente. La seconda, invece, assume un ulteriore criterio di selezione rispetto a quello indicato in precedenza: la collocazione
temporale dell'atto o del danno; ne deriva che la garanzia opera non solo quando la richiesta di risarcimento sia stata formulata in vigenza di contratto ma anche quando l'illecito causativo si sia verificato in un lasso di tempo prestabilito antecedente alla conclusione del contratto: dall'ulteriore contrazione del termine di retroattività della garanzia o, addirittura, dalla concentrazione sia del sinistro che della richiesta di risarcimento nel tempo dell'assicurazione, deriva l'esigenza di un controllo più severo, incisivo, concreto e, spesso, un giudizio negativo circa la sua meritevolezza.

Tale esigenza di un controllo più severo, incisivo e concreto è fondamentale in quanto le conseguenze del diverso regime, e della successione di due tipi di assicurazione, possono essere importanti.

Ed infatti, se ad esempio un medico è prima assicurato con una polizza del tipo *claims made*, senza garanzia "postuma", o "*sunset dose*", (polizza che viene a scadere senza aver ricevuto alcuna richiesta risarcitoria) e poi si assicura con una polizza del tipo *loss occurrence*, durante la quale riceve la richiesta risarcitoria, gli accadrà che il "primo" assicuratore (con clausola *claims made*) negherà la copertura assicurativa per la tardività della richiesta, rispetto al periodo assicurato; e che pure il "secondo" assicuratore (con clausola *loss occurrence*) negherà la copertura assicurativa, non essendosi il sinistro verificato nel periodo di copertura assicurativa. Analogo risultato negativo (nel senso della mancanza di copertura) potrebbe l'assicurato avere nel caso di mutamento dell'assicuratore, quando egli passi da una polizza *claims made* senza postdatazione della garanzia (ovvero senza *sunset dose*), ad altra clausola *claims made* senza retroattività della garanzia (per cui in sostanza sono coperti i soli sinistri sorti nel periodo di vigenza del contratto e per cui la richiesta risarcitoria pervenga nel medesimo periodo).

Negli ultimi anni l'indirizzo dettato dagli ermellini è stato comunque, quello di riconoscere l'inderogabilità, ai sensi dell'art. 1932 c.c., del terzo e del quarto comma dell'art. 1917 c.c. ma non anche del primo, escludendo, quindi, che potesse definirsi ***ex se***

[14]Vedi la nota Sentenza di Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

invalido l'inserimento nella polizza di una clausola ***claims made***, sia essa pura o mista, proprio perché espressione dell'autonomia contrattuale delle parti. [15]

Escludere, però, la copertura assicurativa per quei sinistri occorsi durante la vigenza del contratto di assicurazione ma la cui domanda risarcitoria sia stata formulata dopo lo scioglimento dello stesso, potrebbe comportare uno squilibrio della corrispettività tra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, con apparente, ed in alcuni casi anche concreta, alterazione del sinallagma contrattuale.

E ciò, si osservi, può verificarsi sia in caso di scopertura assicurativa che di stipula di una nuova polizza con una diversa Compagnia di Assicurazioni, qualora questa non inserisca nei propri contratti la clausola ***claims made***, tenendo, dunque, indenne l'assicurato per i soli "**fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione**".

La natura vessatoria, e questo il giudice di legittimità lo ha precisato sin dal 2005, va però valutata in concreto, non potendosi desumere meramente dalla non conformità della stessa al dettato normativo di cui all'art. 1917 c.c..

L'errore, che la Suprema Corte ha più vote riscontrato, nel giudizio ***in iure*** operato dai giudici di merito è stato proprio quello di avere ritenuto vessatoria la clausola ***claims made*** contenuta nella polizza assicurativa per il solo fatto che la stessa derogasse all'art. 1917 c.c. e, dunque, al modello legale ivi previsto che, si ripete, non ha natura imperativa.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 9140 del 2016, avevano (o almeno così sembrava), posto alcuni punti fermi nell'ambito del dibattito circa la validità del modello in questione, sciogliendo dubbi precedentemente posti e stabilendo l'inconsistenza di ostacoli prospettati al funzionamento della clausola *claims made*.[16] Intanto, mentre un giudizio positivo di meritevolezza è presuntivamente

---

[15] Orientamenti espressi in precedenza negli arresti giurisprudenziali di Cassazione Civile, Sezione Terza, 22 marzo 2013 n. 7273 in *Guida al diritto 2013, 2 6, 63,* Cassazione Civile, Sezione Terza, 17 febbraio 2014 n. 3622 *in Banca Borsa Titoli di Credito 2015, 6, II, 712 e* Cassazione Civile, Sezione Terza, 13 febbraio 2015 n. 2872 *in Responsabilità Civile e Previdenza 2015, 1, 278.* Con la sentenza n. 7273/2013 i giudici della Terza Sezione hanno riconosciuta la validità ed efficacia della clausola *claims made* affermando che spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c..

Con la sentenza n. 3622/2014 è stato affermato il seguente principio di diritto: nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta clausola "claims made") non fa venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex* artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti.

Con la sentenza n. 2872/2015 i giudici di Legittimità hanno ammesso l'efficacia e la legittimità, anche in termini di buona fede, della clausola claims made chiarendo nuovamente che tale clausola non introduce una limitazione della responsabilità in favore dell'assicuratore, ma stabilisce quali sinistri possano o meno essere indennizzati.

[16] Commenti alla sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 aprile 2016, n. 9140, cfr. tra gli altri R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, in Corr. giur., 7/2016; F.A. MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido* (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa"), in *Giur. it*. 2016; A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev., fisc*. 4, 2016; M. GAZZARA, *La*

operato per la formula pura, la riflessione dei giudici di legittimità interessa sostanzialmente la sua versione mista.[17]

La pronuncia stabilisce che la clausola *claims made* non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio *ex art.* 1895 c.c. e che l'esclusione delle richieste postume non rende vessatoria la clausola, operando una limitazione dell'oggetto del contratto e non della responsabilità dell'assicuratore. Le Sezioni Unite, tuttavia, indicano una verifica da superare: il controllo di meritevolezza rispetto al caso concreto, ovverosia la valutazione circa il perseguimento con il contratto atipico di finalità apprezzabili alla stregua dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

L'astratta derogabilità del primo comma dell'art. 1917 c.c., comporta, infatti, l'atipicità del modello che si discosti da quello tipico e, quindi, l'esigenza di una verifica della concreta meritevolezza del patto.[18] Tale accertamento, per molto tempo identificato da giurisprudenza e dottrina con quello di liceità, non è definito precisamente neanche in

---

meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite, in *Danno resp.*, 10/2016; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite,* in *Danno resp.*, 10/2016; M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite*, in *Danno resp.*, 10/2016; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa*, fasc. 6, 2016.

[17] Cfr. M. GAZZARA, op cit, p. 950, «Nell'ambito dei principi fissati dalla Corte, la distinzione tra clausole claims made impure (fortemente sospette di immeritevolezza) e pure (presuntivamente ritenute meritevoli) non appare, per le ragioni esposte, del tutto convincente, e può verosimilmente ritenersi dettata da ragioni di prudenza, e di politica del diritto, tese a non "terremotare" oltre misura l'attuale assetto di mercato, dominato da un regime ritenuto (almeno per quanto attiene al settore della r.c. professionale) in gran parte illegittimo, e comunque inadeguato al nuovo tempo dell'assicurazione obbligatoria, in vigenza del quale tuttavia sono state appostate le riserve e calcolati e riscossi i premi»; in senso contrario cfr. F. GRECO, «Le clausole cc.dd. miste o impure, le uniche a necessitare di uno stringente vaglio, sia esso di vessatorietà o, viceversa, di meritevolezza (stante la ormai controversa qualificazione di atipicità), espongono fisiologicamente il soggetto "debole", l'assicurato, a una seria problematicità: per come concepite, inducono una discrasia tra la scadenza del contratto assicurativo e il momento della cessazione del rischio, con il potenziale aggravio, per l'assicurato, di corrispondere un premio senza ricevere nessuna controprestazione. In altri termini, si palesa una posizione di debolezza sostanziale del professionista assicurato, che, benché non possa considerarsi riconducibile nella letteralità di consumatore, comunque pare assoggettato alla posizione di supremazia della compagnia assicurativa», op.cit., p. 476.

[18] Ancora sulla distinzione tra norma imperativa e norma dispositiva, cfr. M. GAZZARA, op. cit., «La circostanza che il Legislatore non conferisca alla norma una esplicita qualifica di inderogabilità non implica tuttavia affatto, come sembrerebbe desumersi da alcune un po' affrettate affermazioni della giurisprudenza e della dottrina, che essa sia sempre liberamente derogabile dall'autonomia privata, specie quando nelle concrete circostanze quest'ultima si riduca ad un mero simulacro, essendo il contenuto del contratto determinato del tutto unilateralmente dal contraente predisponente», p. 940; «Una volta stabilito che la clausola è atipica, occorre controllarne la meritevolezza: solo all'esito positivo del giudizio di meritevolezza si potrà concludere che la clausola è lecita, dunque produttiva di effetti giuridici [...] Resta comunque da verificare, infatti, se vi siano obbiettive ragioni che giustifichino uno scostamento assai significativo come quello realizzato dalla clausola in parola rispetto al regime legale. Ed è appunto a tale indagine, che con apprezzabile apertura innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente, si dedicano le Sezioni Unite, pur facendo precedere il *quid proprium* della valutazione, e cioè il giudizio di meritevolezza della clausola, dallo scrutinio di vessatorietà, il quale viceversa – come è stato giustamente osservato – dovrebbe a rigore costituire un *posterius* rispetto al giudizio di validità», così V. ALLAVENA in *Danno resp.*, 10/2016, p. 940.

questa circostanza; in ogni caso, i parametri che i giudici di merito dovranno considerare sono l'eventuale subordinazione dell'indennizzo alla condizione che sia il danno sia la richiesta di risarcimento avvengano in vigenza di contratto; la qualità delle parti, l'asimmetria informativa esistente tra le due e l'equilibrio-squilibrio di diritti ed obblighi derivante dall'operazione; l'entità del premio pagato e la possibilità di esposizione dell'assicurato a buchi di copertura, tenuto conto delle disposizioni normative che recentemente hanno introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità derivante dall'esercizio di attività professionali.

3. La legge 8 marzo 2017 n. 24 e la tipizzazione delle clausole claims made

Le clausole a "richiesta fatta" in Italia, così come in altri ordinamenti, hanno risposto all'esigenza via via sempre più rilevante nella prassi commerciale, di contrastare l'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione dell'area dei cosiddetti **"**rischi lungo-latenti**"** ossia quei danni provocati da prodotti difettosi e da responsabilità professionale, soprattutto in ambito sanitario, che si manifestano a grande distanza di tempo dall'evento. Per questa ragione, le compagnie assicuratrici hanno iniziato a circoscrivere l'operatività delle polizze ai soli sinistri "reclamati" durante la vigenza del contratto, così da poter «conoscere con precisione sino a quando saranno tenute a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi».

In Francia, Spagna e Belgio, l'assicurazione basata sulle clausole a richiesta fatta (***on claims made basis***) è stata riconosciuta a livello di diritto positivo e lo stesso è accaduto in Italia, a partire dal 2017, sebbene limitatamente ad alcuni settori; in particolare, si fa riferimento alla normativa in materia di responsabilità medica e a quella che prevede l'obbligo assicurativo in capo agli esercenti la libera professione. [19]

[19] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli), recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie". In particolare, l'art. 11 rubricato "Estensione della garanzia assicurativa" recita: «La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta» e il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre 2011, n. 148), come novellato dall'art. 1, comma 26, della legge 4 agosto 2017, n. 124. L' art. 3, comma 5, lett. e), dispone che: «[…] Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti. In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le

Ma la tipizzazione della clausola claims made nel nostro ordinamento è, stata realizzata nelle more di una complessa situazione. Da una parte, infatti, vi era la Cassazione, per la quale la validità o meno della clausola dipenderebbe dalla sua sostanziale conformità a principi superiori di giustizia contrattuale, da valutarsi tenendo conto dell'equilibrio sinallagmatico in concreto realizzato da ciascun singolo paradigma di copertura, tenuto conto, ad esempio, del maggiore o minor bilanciamento tra le limitazioni della garanzia postuma e l'estensione della copertura a fatti pregressi.

Precisando che, sempre secondo le Sezioni Unite, nelle assicurazioni obbligatorie dei professionisti (come già ricordato rese obbligatorie a tutela dei clienti, prima ancora che dei professionisti medesimi, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, lettera E del dl 138 del 2011) l'assenza di copertura postuma renderebbe la polizza certamente immeritevole e pertanto nulla (a rincarare la dose sono poi intervenute, sempre nel 2017, altre due sentenze gemelle della Suprema Corte, che hanno assunto un atteggiamento ancor più radicale, affermando una sorta di ontologica immeritevolezza, e quindi nullità, di clausole *claims made* che non prevedano alcun periodo di ultrattività). [20]

Dall'altra, i modelli (ormai socialmente tipici) elaborati da una prassi che, specie nel comparto delle polizze di responsabilità professionale, si erano strutturati (per lo più) attorno allo schema di una *claims made* con retroattività ma senza garanzia postuma. Il tema assumeva particolare impatto in vista e in funzione dell'introduzione dell'obbligo di assicurazione del rischio clinico [21], in relazione al quale, il già poco popolato mercato assicurativo si è da sempre dichiarato non disponibile a offrire garanzie corredate di copertura postuma.

Ed è stato nella consapevolezza di tale *impasse* operativa, che il legislatore, con la legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. legge Gelli) ha voluto legittimare le clausole *claims made* sancendo un regime di estensione temporale della garanzia vagamente compromissorio, con previsione di una duratura copertura retroattiva (decennale) e la

---

compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

[20] Vedi Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10506 in *Giurisprudenza Commerciale 2018, 6, II, 973* e Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10509 in *Banca Borsa Titoli di Credito 2017, 6, II, 667.*

[21] L. SOLITO-C. GOJ, *Il rischio clinico: gestione integrata dei rapporti tra medici, Ente ospedaliero e Istituto assicuratore*, in *L'ortopedico Traumatologo Informer*, n. 33 del 2008.

correlativa esclusione di quella garanzia postuma tanto auspicata dalla giurisprudenza di legittimità.

La ratio della legge è evidentemente orientata a ritenere non necessaria alcuna ultrattività, tanto più a fronte della continuità dell'obbligo di copertura imposto a esercenti e strutture.[22] In tal senso, l'unica previsione di garanzia postuma decennale è stata inserita per il solo caso di cessazione di attività dell'esercente la professione sanitaria: al venir meno dell'attività professionale consegue il venir meno dell'obbligo assicurativo e, con esso, della sostanziale continuità di garanzia immaginata dal legislatore. L'esercente in riposo, infatti, deve poter fruire, in tal caso, di una copertura postuma decennale atta a coprire rischi di responsabilità concretizzatisi, in richieste risarcitorie formulate, nei dieci anni successivi all'abbandono dell'attività. In sostanza, può affermarsi che la legge Gelli segna, anche in questo particolare settore, il superamento, da parte del diritto positivo, di talune spinte giurisprudenziali a volte troppo lontane da ciò che la prassi ha trasformato in consuetudini consolidate e, in quanto tali, comunque rilevanti. [23] Nell'ambito così di una ampia logica di sistema (quella della nuova assicurazione obbligatoria del rischio clinico), la costruzione di una polizza senza garanzia postuma è stata resa non solo possibile ma sostanzialmente obbligatoria, tale essendo il paradigma temporale di operatività descritto dalla legge.[24]

A rendere, però più complesse le cose, è intervenuta a qualche mese di distanza dalla riforma Gelli, anche la Legge annuale per il mercato e la concorrenza [25] che disciplina proprio il regime temporale delle polizze obbligatorie dei liberi professionisti; di tutti i liberi professionisti, dunque, nessuno escluso, compresi, quindi, anche gli esercenti in proprio di attività medica o sanitaria. Viene disposto che le "condizioni generali delle polizze assicurative... prevedano l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura.

---

[22] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 10, "Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera."

[23] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere Giur*., 2017, 6.

[24] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 11, "La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".

[25]Vedi Legge, 4 agosto **2017**, n. 124, articolo 1, comma 26, "Legge annuale per il mercato e la concorrenza".

La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio".

Tale disciplina, precisa il legislatore, si applica in ogni caso, pur fatta salva la libertà contrattuale delle parti di stabilire un regime di operatività diverso.

È evidente, però, che la nuova norma, rimasta sostanzialmente invariata nella sua formulazione iniziale, non tenga in nessun conto le diverse previsioni del citato articolo 11 della legge n. 24 del 2017. La disposizione della legge sulla concorrenza, avendo visto la luce dopo la legge Gelli è, però, destinata a prevalere su quest'ultima: l'obbligo di offerta di una copertura postuma decennale obbligatoria, che la legge Gelli non prevedeva, se non per gli esercenti cessati, costituisce dunque un'autentica novità per l'intero comparto libero professionale compreso il settore del rischio clinico. Il fatto che la legge sulla concorrenza completi la riforma Gelli, si desume chiaramente nella parte della riforma in cui pone, in capo ai liberi professionisti, l'obbligo di assicurarsi in proprio.[26]

La novità introdotta dalla legge n. 124 del 2017 potrebbe anche essere letta come una sorta di avallo legislativo all'impostazione della più recente giurisprudenza di legittimità (e quindi all'affermazione della necessaria previsione di una garanzia postuma, quale parte integrante della polizza di Rc).

Non è, pero, possibile sostenere che la legge sulla concorrenza abbia reso sempre e comunque obbligatoria, per tutti i professionisti, una copertura del tipo *loss* (o, almeno, con postuma decennale). La volontà del legislatore, infatti, è stata probabilmente solo quella di rendere più concorrenziale l'offerta assicurativa, ampliando il ventaglio delle offerte reperibili sul mercato delle polizze di Rc professionale.[27]

In questo senso il comma 26 dell'articolo 1 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza, non estende affatto (come predefinita) la copertura obbligatoria dei professionisti per le richieste pervenute nei dieci anni successivi alla scadenza della polizza. Semplicemente pone a carico delle compagnie l'obbligo di offrire ai propri assicurati liberi professionisti la possibilità di coprire quei dieci anni ulteriori.

I detrattori della clausola *claims made*, anche alla luce delle citate leggi che per la prima volta la disciplinano, potrebbero sostenere, specie nelle garanzie delle responsabilità libero professionali, che la libertà negoziale delle parti dovrebbe comunque misurarsi

---

[26] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 10, comma 2, "Obbligo di assicurazione per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture di cui al comma 1 del presente articolo o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente".

Ossequiando agli obblighi imposti a tali soggetti dall'articolo 3 comma 5 lettera e del dl 138/2011 (la stessa norma, cioè, che la legge sulla concorrenza interviene a modificare).

[27] Cfr. E. MARCHETTI, *Analisi ed interpretazione della Polizza RCT/O, in Sanità, Aspetti Giuridici e medico legali nelle polizze assicurative, Regione Lombardia*, IREF, Milano, 6 e 11 aprile 2006.

con quel labile vaglio di meritevolezza che, propugnato dalla Suprema Corte,[28] potrebbe far ritenere in concreto nullo (proprio perché eccessivamente sbilanciato e immeritevole) lo schema liberamente prescelto dalle parti. L'accento posto dal legislatore, per ben due volte, all'interno della stessa disposizione sulla libertà contrattuale delle parti, sembrerebbe però, voler tendere a comprimere e non certo ad enfatizzare, il potere giudiziale di sindacato sull'autonomia negoziale delle parti. Un'autonomia che, dopo tutto, il nostro codice civile tende piuttosto a preservare, in ossequio a una buona regola di certezza dei transiti giuridici. Bisogna anche, considerare, però, che l'adesione alla formula con postuma decennale e senza copertura pregressa, obbligatoriamente offerta dalla compagnia ma liberamente negoziabile dalle parti, potrebbe rivelarsi, in numerosi casi, del tutto inopportuna per il professionista.

Una compagnia che si limitasse, infatti, a proporre una polizza conforme al comma 26 dell'articolo 1 della legge n.124 del 2017 (con copertura postuma e senza retroattività) a chi disponga di una copertura senza postuma e con retroattività, finirebbe evidentemente per lasciare il cliente esposto a un buco di garanzia per tutte le richieste risarcitorie che, non avanzate nella vigenza della polizza precedente, resterebbero escluse dall'ambito di applicazione della nuova copertura. La compagnia assicurativa, in tali casi, sarebbe comunque tenuta a rispettare l'obbligo di profilare correttamente le esigenze di rischio della propria clientela, offrendo soluzioni adeguate agli effettivi bisogni di copertura di volta in volta implicati. Ma in taluni contesti, e ferma la libertà contrattuale, continuare a proporre polizze con retroattività e senza postuma, in alternativa alla soluzione individuata dalla legge sulla concorrenza, costituirebbe condotta non censurabile, e anzi del tutto apprezzabile. Parte del problema, infatti, non è dato dal più o meno ampio regime di estensione temporale delle polizze ma dal rischio di discontinuità che si potrebbe porre nel passaggio da un regime all'altro.

Con riguardo poi allo specifico tema delle assicurazioni del rischio clinico, è bene subito evidenziare come il doppio regime non vada a sovrapporsi. Le due leggi disciplinanti le clausole *claims made*[29] sono affiancate ma sembrerebbero disegnare un diverso ambito di applicazione.[30]

L'articolo 10, comma 2, della legge n. 24 del 2017, in combinato disposto con la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 124 del 2017 (articolo 1 comma 26), applicabile ai liberi professionisti del settore sanitario, è fondata sull'obbligo di offerta di una polizza con previsione di postuma decennale e senza retroattiva (regime derogabile);

L'articolo 11, della legge n. 24 del 2017, applicabile, invece, alle altre polizze (tra le

[28] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[29] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli) e Legge, 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza).

[30] Cfr. S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *Jus Civile* 2018 n.1.

quali, eventualmente, anche quelle riguardanti i liberi professionisti) disciplinate dalla stessa legge Gelli, con postuma eventuale (solo in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale) e retroattiva decennale.
Da una parte, appare ragionevole che non vi sia, per le compagnie assicurative, un obbligo di offrire la garanzia postuma per le strutture, le quali potrebbero decidere, in piena autonomia, di passare da un regime di autoritenzione a uno assicurato o viceversa, assorbendo su di loro gli eventuali vuoti di copertura potenzialmente lasciati aperti da una polizza senza copertura postuma (eventualmente bisognerebbe valutare, se, e in che termini, il subentro di una compagnia di assicurazione ad un periodo di autogestione del rischio, possa giustificare il venir meno della retroattività decennale della garanzia assicurativa).
Dall'altra, andrebbe verificato se, derogando alla legge sulla concorrenza, il libero professionista, di cui all'articolo 10 comma 2 della legge Gelli, possa concordare senza vincoli una qualsiasi formula di garanzia o sia comunque assoggettato al rispetto, almeno, del paradigma minimo stabilito dall'articolo 11 della medesima legge.
Problematiche simili possono porsi, anche, per le polizze obbligatorie della responsabilità civile professionale degli avvocati. Qui il regime legale[31], ha introdotto una *claims made* con retroattività illimitata e una sunset clause (postuma in caso di cessazione) di durata almeno decennale. Tale disciplina, che nel decreto ministeriale[32] era certamente obbligatoria, oggi di fatto, pone a carico delle compagnie il solo obbligo di offrire ai propri assicurati liberi professionisti la possibilità di coprire quei dieci anni ulteriori. La compagnia assicuratrice, in sostanza, deve proporre (e prevedere nelle sue *Cga*[33]) la possibile estensione decennale, o prevedere, di base, nelle sue condizioni generali di assicurazioni, la garanzia postuma di dieci anni, salva la possibilità, per le parti, nell'ambito della loro libertà contrattuale, esplicitamente riaffermata nel testo di legge, di stipulare la polizza anche in assenza di copertura postuma (o comunque con soluzione di ultrattività di minor durata).
Ancora una volta, conseguentemente, la possibilità per le parti di negoziare soluzioni

[31] Vedi D.M., 22 settembre 2016, articolo 2.
[32] Vedi D.M., 22 settembre 2016, articolo 2.
[33] Attraverso la Cga *(Condizioni generali assicurazione)*, *l'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA)* con la diffusione annuale di contratti standard, indica alle imprese associate le modalità di stipulazione dei contratti e relative clausole, mirando a promuovere trattamenti omogenei per ogni ramo assicurativo. Le compagnie possono modificare le condizioni con la personalizzazione delle polizze, sempre nel rispetto delle leggi e regolamenti in materia e di quel giusto equilibrio che non dovrebbe consentire alla parte contrattuale forte di prevalere su quella più debole. È un aspetto che investe, come poc'anzi accennato, direttamente l'ambito complesso della tutela del consumatore, anche per l'invalidità delle cd clausole vessatorie nei contratti predisposti unilateralmente dalle assicurazioni per una serie indeterminata di rapporti dello stesso tipo. La disciplina applicabile per eventuali declaratorie di invalidità è dunque, oltre a quella speciale, l'art. 1341, prevalendo tuttavia la disciplina speciale con conseguente inefficacia delle clausole "incriminate" anche se specificatamente approvate per iscritto.

diverse da quelle stabilite dalla legge sulla concorrenza,[34] rimane condizionata a un vaglio di meritevolezza o di adeguatezza che potrebbe, in concreto, ritenersi positivamente superato ogni qualvolta il regime prescelto coincida con quello originariamente dettato dal decreto ministeriale.

4. L'ordinanza della Terza Sezione della Corte di Cassazione Civile ***e*** *le premesse della nuova rimessione alle Sezioni Unite.*

Le SS.UU. del 2016, come già ricordato pur avendo ritenuto atipica la clausola (e non l'intero contratto di cui essa fosse parte), si erano dichiarate convinte della meritevolezza della *claims made* c.d. pura mentre avevano rinviato ad un esame «caso per caso» da parte del giudice del merito quelle «*c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento*».[35]

Con ordinanza annotata, la Terza Sezione Civile della Suprema Corte [36] ha, però, sollecitato il Primo Presidente ad una nuova rimessione al vaglio delle Sezioni Unite, ipotizzando, nuovamente e persino in ogni loro variante (compresa, pertanto anche quella c.d. pura), l'atipicità e l'immeritevolezza delle clausole claims made ai fini previsti dall'art. 1322 c.c. .

Nella fattispecie, il fatto dal quale era scaturita la controversia giunta poi all'esame della Terza Sezione, riguardava la caduta del braccio di una gru, operante in un cantiere, che provocava il crollo di un magazzino con il conseguente danneggiamento delle merci ivi custodite.

La società proprietaria delle merci conveniva in giudizio la titolare del magazzino ed il responsabile del cantiere edile. A sua volta, l'impresa edile citava il fabbricante del braccio meccanico, il quale chiamava in manleva l'assicurazione.

Tra il costruttore della gru, responsabile del danno e l'assicurazione erano state concluse due distinte polizze, rispettivamente nel 2002 e nel 2003. Ambedue recavano una clausola *claims made* in virtù della quale l'assicuratore doveva tenere indenne l'assicurato per i danni il cui risarcimento fosse stato richiesto durante la vigenza del contratto. L'evento danno, però, si verificava nel 2002, durante vigenza del primo contratto (il quale, prevedendo una franchigia esigua, obbligava l'assicuratore a risarcire il danno), mentre la richiesta risarcitoria veniva formulata solamente nel 2003, durante l'efficacia del secondo contratto (la cui franchigia superava invece 150 mila euro). L'assicuratore, quindi, si rifiutava di manlevare l'assicurato, in quanto il risarcimento era stato chiesto durante il periodo di efficacia del secondo contratto, in virtù del quale la franchigia era superiore al danno arrecato.

---

[34] Vedi Legge, 4 agosto 2017, n. 124, articolo 1, comma 26 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza".

[35] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[36] Vedi Cassazione Civile, Terza Sezione, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Responsabilità Civile e Previdenza 2018, 3, 900.*

In primo grado, il giudice dichiarava nulla la clausola *claims made ex* art. 1341 c.c. e condannava l'assicurazione a manlevare il convenuto.[37] In sede di gravame, invece, la clausola veniva considerata valida e non vessatoria, in quanto volta a meglio descrivere l'oggetto del contratto, e la domanda di garanzia dell'assicurato veniva rigettata.[38] Si giungeva così in Cassazione, ed è evidente come la controversia sottoposta all'esame della Terza Sezione riguardi proprio un contratto caratterizzato da una *claims made* pura, per la quale, pertanto, alla stregua del precitato orientamento del 2016, non si sarebbe dovuto far luogo alcuna valutazione di meritevolezza.
La garanzia prestata per la responsabilità civile della società assicurata, infatti, aveva per oggetto i danni da questa cagionati a terzi per i quali avesse ricevuto una richiesta di risarcimento durante la vigenza del contratto di assicurazione, ancorché eventualmente verificatisi anteriormente a questa e, a tal fine, le condizioni generali definivano il «*sinistro*» come «*la richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione*». Ma è proprio da questa pattuizione, che trae spunto la Terza Sezione per giustificare la rimessione alle SS.UU., asserendo che essa porrebbe problemi «*ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi*» dalla sentenza del 2016. [39]
Per l'estensore della Suprema Corte, una definizione di sinistro inteso *come richiesta di risarcimento di danni* confliggerebbe non già solo con la nozione di sinistro, che si ricaverebbe dall'art. 1917, comma 1, c.c., ma addirittura con quella dettata, più in generale, dall'art. 1882 c.c. per le assicurazioni contro i danni. [40]
Tale premessa, poi, giustificherebbe il fatto che l'art. 1932 c.c. non abbia annoverato il comma 1 dell'art. 1917 c.c. tra le disposizioni inderogabili, poiché «*di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per la semplice ragione*» che derogarvi «*significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile*» ma, in realtà, nemmeno un'assicurazione, bensì una scommessa.[41]

---

[37]Vedi Tribunale di Treviso, 2 febbraio 2007, n. 128.

[38] Vedi Corte d'appello di Venezia, 3 febbraio 2014, n. 264.

[39] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[40] Vedi l'articolo 1917, comma 1, c.c. "Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi." e l'articolo 1882 c.c. "L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana."

Il sinistro, pertanto, coincide con tale evento dannoso, il quale deve essere connotato, inevitabilmente, dai caratteri di incertezza, possibilità, indesiderabilità e dannosità e deve presentarsi in termini di netta contrapposizione con l'interesse dell'assicurato: questi non deve volere la verificazione del sinistro. È necessario precisare che il rischio deve essere effettivamente esistente, può operare ***in rerum natura*** e non deve essere artificiosamente creato dall'assicuratore, poiché in tal caso si costituirebbe il distinto rapporto negoziale della scommessa.

[41] Il rilievo sembrerebbe contrastare, in realtà, con l'interpretazione logica dell'art. 1932 c.c. Non si comprende, infatti, per qual motivo il legislatore, se realmente avesse ritenuto inderogabile anche il disposto del comma 1 dell'art. 1937 c.c., non lo abbia esplicitato ovvero, molto più semplicemente, non abbia ricompreso l'intero art. 1917

La tesi prospettata dall'ordinanza è che i contraenti dell'assicurazione sarebbero liberi di scegliere quale rischio assicurare, ma non di definire «*sinistro un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato e sia privo dei caratteri di quello ovvero: non volizione e dannosità*».

I contratti che contemplano (o presuppongono) una simile nozione di sinistro, infatti, non potrebbero «*qualificarsi "assicurazione"*», ma sarebbero contratti di altro tipo, non stipulabili quindi da un assicuratore [42] e la cui validità sarebbe «*da vagliare caso per caso*» ai fini di verificare la meritevolezza degli interessi da essa tutelati.

L'ultimo assunto viene, però subito smentito, poiché la tesi propugnata con vigore dalla Terza Sezione, implica l'immeritevolezza «*sempre e comunque*» della *claims made*, in ogni sua versione, per le ragioni che essa aveva già, in sostanza, prospettato, in due sue recenti decisioni. [43]

In conclusione, quindi, per i giudici di legittimità, la «*ricezione, da parte di questi, d'una richiesta di risarcimento*» non rivestirebbe i caratteri propri del sinistro, quali delineati dagli artt. 1882 e 1917 c.c., e, per di più, comporterebbe «*sei conseguenze paradossali*», che l'estensore illustra specificamente e che scomporremo più avanti, auspicando un nuovo, e più radicale, pronunciamento delle Sezioni Unite sulla invalidità «*sempre e comunque*» della *claims made*, in ogni sua formulazione. [44]

A parere di chi scrive, sembrerebbe opportuno operare, qui, una breve digressione. Tra le diverse cause riconducibili alla crisi della nomofilachia, vi è, sicuramente, l'eccessivo numero di ricorsi alla Suprema Corte, a fronte dei quali saranno prodotte altrettante decisioni non di rado discordanti e ben lontane dall'obiettivo di uniformità sincronica della giurisprudenza. Si tratta, in buona parte, di una conseguenza derivante dell'attribuzione a quest'ultima di funzioni tanto di tutela del diritto oggettivo nazionale, garantendo la esatta applicazione e la uniforme interpretazione

---

c.c. fra le disposizioni dichiarate inderogabili, limitandosi invece ad includervi i soli commi 3 e 4, il cui oggetto, nell'economia dello specifico rapporto contrattuale, è assai meno rilevante rispetto a quello del comma 1, che riguarda, invece, l'obbligazione principale dell'assicuratore.

[42] Vedi D.lgs., 7 settembre 2005, n. 209, articolo 11, comma 2.

[43] Vedi Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10506 in *Giurisprudenza Commerciale 2018, 6, II, 973* e Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10509 in *Banca Borsa Titoli di Credito 2017, 6, II, 667*.

[44] È noto, che la clausola *claims made* sia da tempo al centro di un ampio dibattito dottrinale dando così luogo ad un'amplissima bibliografia. Senza pretese di esaustività, cfr. tra gli altri, MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, in *Corr. giur*, 2018, 465; *F. BACHELET, No contract is a island: Nuovi spunti in tema ci claims made (attendendo le Sezioni Unite) in Contratti, 2018, 261;* LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ*. comm., 2017, 1377; DELFINI, *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giur. it*., 2018, 560; Id., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuova giur. civ*. comm., 2017, 893; FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, ivi, 2016, 1523; TASSONE, *Clausole claims made: bandito il controllo di vessatorietà*, in *Foro it*., 2016, I, 2032; DE LUCA, *Act committed, loss occurance, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred*., 2015, 721; CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contratto impr*., 2016, 1515.

della legge, quanto di tutela dei diritti soggettivi, alla luce del riconoscimento costituzionale della ricorribilità in Cassazione avverso tutti i provvedimenti concernenti la libertà personale dell'imputato.

Tra le diverse prospettive di rivitalizzazione della funzione nomofilattica, la più contemplata è quella incentrata sul valore del precedente giudiziario, la cui uniforme applicazione tra i giudici di merito e le stesse sezioni semplici della Cassazione, consentirebbe di prevenire contrasti giurisprudenziali conferendo alle pronunce delle Sezioni Unite quel grado di autorevolezza tale da determinare una necessaria uniformazione al ***dictum*** contenuto nelle sue sentenze.

Diverse sono, infatti, le voci [45]che guardano a favore della introduzione di un precedente che aspiri ad essere più generale, autorevole, uniforme e coerente, grazie al quale si conferirebbe maggiore effettività alla garanzia del principio di uguaglianza nell'applicazione della legge e al principio di certezza delle interpretazioni. **Un siffatto** precedente, (affine ad uno *stare decisis*), a maggior ragione, renderebbe effettive le libertà e i diritti fondamentali riconosciuti sulla Carta (***rectius*** le Carte

[45]Cfr. tra gli altri, R. RODORF, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche* "Chi più chi meno, tutti i teorici del diritto sono ormai propensi ad ammettere che l'ordinamento si forma e vive non soltanto attraverso la posizione di precetti legali stabiliti in via generale ed astratta dal legislatore, perché – per adoperare un'espressione del Betti risalente alla prima metà del secolo scorso – esso «non è qualcosa di bello e fatto, ma è qualcosa che si fa per opera assidua di interpretazione». "…è quindi inevitabile circoscrivere il valore sistematico dei precedenti a quelli che, o per la più spiccata funzione nomofilattica dell'organo da cui provengono (per esempio le sezioni unite, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza) o per il loro marcato respiro argomentativo (i cc.dd. *grand arrêts*) o per la loro ripetizione costante nel tempo (la giurisprudenza consolidata) paiono davvero in grado di orientare le decisioni di ogni successivo interprete, e quindi lo onerano di un supplementare sforzo argomentativo se eventualmente egli voglia discostarsene" in *Roma Tre-Press*, Scritti dedicati a Maurizio Converso, pp. 534 e 536; GALGANO, *Il precedente giudiziario in civil law* e *L'interpretazione del precedente giudiziario* ***"Sta di fatto*** che, nell'esperienza forense dei paesi di civil law, gli avvocati redigono le proprie difese – ed i giudici le proprie sentenze – facendo appello più che alle norme di legge, ai precedenti di giurisprudenza, assumendo a questo modo atteggiamenti argomentativi non dissimili da quelli degli avvocati – o dei giudici – di common law" in *Contratto e Impresa*, 1985, 701; TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, che sostiene la necessità di formulare una teoria del precedente che aspiri ad essere generale, dal momento che "il precedente esiste in ordinamenti storicamente e strutturalmente diversi, e che esso presenta caratteri diversi nei vari ordinamenti. Tale teoria dovrebbe servirsi di concetti ampi e differenziati, capaci di ricondurre a relativa unità fenomeni che presentano molteplici peculiarità". E soprattutto mette in rilievo come "il problema dell'efficacia del precedente non può dunque ridursi alla semplice alternativa tra efficacia vincolante e non vincolante. Occorre invece ipotizzare una scala composta da vari gradi di efficacia del precedente" in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 411; Sull'avvicinamento progressivo dei due sistemi cfr. ZWEIGERT-KOTZ, *Introduzione*, cit., p. 86; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, secondo cui "il ruolo del giudice si è ingigantito; è facile constatazione che istituti nodali del vivere civile, fuori delle secche di un legislatore troppo lento e anche troppo distratto, hanno avuto e stanno tuttora avendo una formazione giudiziale (e anche dottrinale): l'esempio della responsabilità civile, specchio fedele degli attuali rivolgimenti con le sue frontiere mobilissime, ci si presenta come davvero emblematico. E la stessa civilistica italiana più sensibile si interroga da tempo sul valore del 'precedente', trapiantando con disinvoltura una mentalità peculiare a un pianeta ritenuto fino a poco tempo fa distante ed alieno come il *common law"* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 32 (2003), Milano, 2004, p. 45

nazionali come le Carte sovranazionali), creando un ambiente di maggiore sicurezza giuridica.

L'evoluzione del sistema ha, infatti, determinato, anche nei paesi di *civil law*, la necessità di rendere più efficace la funzione nomofilattica delle magistrature apicali.

Le stesse Sezioni Unite cosi come l'Adunanza Plenaria[46] hanno più volte, ritenuto, di "includere" il precedente giudiziario tra le fonti del diritto aderendo alla giurisprudenza EDU, la quale sancisce la irretroattività dell'***overruling***[47] con effetti ***in malam partem.***

Tale esigenza di certezza del diritto ha indotto, però, le corti superiori a stabilire che la propria decisione produca effetti unicamente pro futuro, escludendone la retroattività mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling* [48], istituto creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei *revirement* delle corti supreme.

A partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 e numerose altre successive,[49] si è costantemente affermato che, per configurare il c.d. *prospective overruling*, sia necessaria la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: 1) l'esegesi deve incidere su una regola del processo; 2) l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; 3) l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa. Tale impostazione è stata pedissequamente seguita anche dal giudice amministrativo.[50] All'interno di tale contesto rimane, inoltre, fondamentale l'art. 374 c.p.c. che prevede un meccanismo di rimessione obbligatoria

[46] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 12 febbraio 2019, n. 4135 in *Giustizia Civile Massimario 2019* e Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 dicembre 2017, n. 13 in *Redazione Giuffrè amm. 2017.*

[47] Cfr. MATTEI, "la possibilità di *overruling*: cioè il potere, riconosciuto ad una corte, di «discostarsi da un precedente interno alla propria giurisdizione e non distinguibile», potere che è ammesso in caso di decisioni palesemente assurde o sbagliate. Non è però possibile per un giudice inferiore discostarsi in questa maniera da un precedente posto da un superiore: egli dunque «applicherà il precedente, sottoponendolo comunque a tali e tante critiche nel corso della sua opinione da invitare il soccombente al gravame, ed inviare in tal modo un messaggio affinché il giudice superiore provveda all'*overruling*». Al di là dei casi estremi (errori palesi o risultati assurdi), negli altri casi «il potere di decidere circa l'esercizio o meno dell'*overruling* risiede interamente nella discrezionalità della corte successiva». In quest'ultimo caso la situazione è sostanzialmente analoga a quella che si trova a fronteggiare un giudice di *civil law."* in *Precedente*, cit., pp. 158 e 159. Cfr. su tutti i temi accennati SARTOR, in *Precedente*, cit., spec. p. 1335

[48] Cfr. STEIN, "Negli ordinamenti di *common law*, attraverso la *prospective overruling*, si decide il caso in esame conformemente ai precedenti in materia (per tutelare l'affidamento), ma contemporaneamente si annuncia che un futuro caso identico o simile sarà risolto secondo un'altra regola di diritto." in *I fondamenti*, cit., p. 126

[49] Vedi tra le altre, Cassazione Civile, Sezione Sesta, 9 gennaio 2015, n. 174 in *Giustizia Civile Massimario 2015*; Cassazione civile, Sezione Lavoro, 27 gennaio 2015, n.1483 in *Giustizia Civile.com 2015, 6 luglio*; Cassazione civile, Sezioni Unite, 13 febbraio 2014, n.3308 in *Foro it. 2014, 4, I, 1114*; Cassazione Civile, Sezioni Unite 21 maggio 2015, n. 10453 in *Giustizia Civile Massimario 2015;* e, da ultimo, Cassazione Civile, Sezione Unite, 13 settembre 2017, n. 21194 in *Diritto & Giustizia 2017, 14 settembre.*

[50] Vedi Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9 in *Rivista di Diritto Agrario 2015, 3, II, 169* e Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138 in *Foro Amministrativo (Il) 2017, 11, 2220*

del ricorso alle Sezioni Unite in tutti i casi in cui le stesse abbiano già enucleato un principio di diritto sulla medesima questione e le sezioni semplici ritengano di non aderirvi.
Da ciò, si può desumere una chiara volontà legislativa di accentrare l'attività interpretativa del diritto in capo alle Sezioni Unite, alle quali viene riservato il compito di enucleare quei principi di diritto che costituiscono l'astrazione e l'universalizzazione della *regola iuris* che sarà oggetto di applicazione in futuro da parte dei giudici di merito (e delle stesse sezioni semplici).[51]
Alla luce di quanto definito, se da una parte va considerato che la controversia, sottoposta all'esame della Terza Sezione della Suprema Corte, [52] riguardava un contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore delle nuove norme che hanno tipizzato le clausole *claims made* e che la stessa Terza Sezione, non ritenendo di aderire al principio di diritto enucleato dalle SS.UU. del 2016 sulla validità delle anzidette clausole, anziché decidere, abbia correttamente *ex art*. 374 c.p.c., sollecitato la rimessione della questione inerente alla atipicità e invalidità delle clausole *claims made* alle Sezioni Unite, dall'altra parte, gli ermellini, qualificando la questione nell'ordinanza di rimessione, come «*massima di particolare importanza*» hanno voluto provocare, anche se indirettamente, un ripensamento destinato a produrre effetti nomofilattici di ordine generale, e non limitati alle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore delle suddette novità legislative. Ed è proprio in questa prospettiva, che risulta difficile comprendere la ragione per la quale i giudici di legittimità non operano alcun riferimento alle nuove disposizioni summenzionate e all'indiscutibile, profonda modifica dello scenario normativo che ne è conseguita. Era lecito attendersi una dimostrazione dell'attualità della questione prospettata anche con riguardo ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni anzidette ovvero la segnalazione dell'opportunità di distinguere la soluzione da adottarsi con riguardo a tali contratti rispetto a quelli conclusi precedentemente ad essa.

5. Le Sezioni Unite del 2018[53] *e lo scrutinio del meccanismo assicurativo delle clausole claims made nelle diverse varianti.*

L'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione,[54] come detto, si è interrogata sulla tenuta giuridica del sistema assicurativo "claims made", adducendo che le censure di parte ricorrente suscitavano problemi «*ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e*

[51] Cfr. A. GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile,* in *Questione giustizia,* Fascicolo 4/2018.
[52] Vedi Cassazione Civile, Sezione Terza, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Foro it.* 2018, 2, I, 452.
[53] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it.* 2018, 10, I, 3015.
[54] Vedi Cassazione Civile, Sezione Terza, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Foro it.* 2018, 2, I, 452.

decisi» dalla sentenza delle SS.UU. del 2016,[55] per poi sintetizzare le "soluzioni preferibili" a detti "problemi" in due "principi", dei quali ha chiesto alle SS.UU. di saggiarne la correttezza, non limitandosi, quindi a porre i termini della questione sollevata, ma, chiaramente intendendo «dettare la linea» alle Sezioni Unite, pur affermando di voler «*offrire... un contributo di riflessione*».

Il primo di detti "principi" è stato così declinato: «Nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art.1882 c.c., ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.».

L' ordinanza interlocutoria, infatti, specifica che «il "sinistro" è soltanto un evento avverso, dannoso, e non voluto dall'assicurato. Le parti di un contratto di assicurazione della responsabilità civile non potrebbero quindi pattuire che il sinistro, ovvero il rischio avverato, possa consistere in un fatto diverso dalla commissione di un illecito aquiliano da parte dell'assicurato».

Inoltre, si legge sempre nell'ordinanza che «il rischio si avvera con il fatto illecito, perché è questo che fa sorgere l'obbligazione risarcitoria di cui si intende traslare il rischio stesso e non già con la richiesta risarcitoria. Se ciò avvenisse e se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si verificherebbero, come già precisato,[56] "sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile", e precisamente:

a) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.;

b) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore "dall'avverarsi di un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario", in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.;

c) si renderebbe impossibile l'adempimento dell'obbligo di salvataggio, di cui all'art. 1914 c.c., atteso che per adempiere tale obbligo l'assicurato dovrebbe rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli;

d) l'assicurato non potrebbe mai avere nessuna copertura nell'ipotesi di assicurazione della responsabilità civile per conto altrui (art. 1891 c.c.; ad esempio quella stipulata dal datore di lavoro a beneficio dei dipendenti), perché il contraente che avanzasse una richiesta di risarcimento porrebbe in essere un atto volontario, e quindi doloso, la cui copertura è esclusa dall'art. 1900 c.c.;

e) si perverrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un "sinistro", e farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso;

t) nel caso di morte dell'assicurato, cesserebbe il rischio *ex* art. 1896 c.c. e si

[55] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[56] Vedi questa nota, paragrafo 4, pag. 21.

scioglierebbe il contratto, e gli eredi dell'assicurato, che avesse commesso un danno, sarebbero sempre e comunque privi della copertura assicurativa.
Il secondo "principio" è stato, invece, così enunciato: «Nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».
Per il Collegio rimettente, inoltre, la meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Essa è, piuttosto, un giudizio che investe non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, e tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, alla economia, al buon costume o all'ordine pubblico, ossia ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.
Agli interrogativi scaturenti dai due "principi" posti dall'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione, le Sezioni Unite del 2018[57] hanno ritenuto fosse opportuno dare una risposta unitaria «che affronti e risolva direttamente la problematica di fondo che gli stessi, pur evocando aspetti apparentemente diversi, mettono al centro del discorso giuridico, ossia quella che, a partire dal profilo della meritevolezza degli interessi coinvolti, investe il piano della validità delle clausole "claims made"».
Per i giudicanti è necessario scrutinare il meccanismo assicurativo delle suddette clausole nelle sue varianti e, opportunatamente, precisano che tale disamina non può non tenere conto del dato normativo. Le Sezioni Unite fanno, quindi, finalmente, riferimento alle nuove disposizioni di legge[58] attualizzando, doverosamente, la questione prospettata, specificando, inoltre, che di nessun pregio è il rilievo che il legislatore sia intervenuto solo recentemente, in quanto si è limitato a positivizzare una regolamentazione pattizia, di fatto, già esistente e diffusa nel settore assicurativo.
Secondo la Corte, infatti, «il legislatore ha in tal modo evidenziato che, nello spazio concesso dalla derogabilità (art. 1932 c.c.) del sottotipo delineato dal primo comma del citato art. 1917 (ossia dello schema improntato al *loss occurence* o all'*act committed*), ben si colloca, e non da ora soltanto, il modello *claims made*, da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale e di quella stessa del codice del 1942, nel suo più ampio delinearsi come assicurazione contro i danni, rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa (secondo il combinato disposto degli artt. 2, comma 3, n. 13 e 11, comma 2, dell'art. 11 del d.lgs. n. 209 del 2005). E ciò, ovviamente, è conclusione che si fa apprezzare non solo in riferimento al settore sanitario e delle professioni, ma

[57] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it*. 2018, 10, I, 3015.
[58] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli) e Legge, 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza).

in linea più generale, perché quella standardizzazione attiene anzitutto al meccanismo di base di operatività della *claims made*, comune, dunque, agli altri campi di elezione in cui detto modello si trova ad essere praticato, in quanto aggregati, e giustificati, dalla medesima logica assicurativa, ossia quella della copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza ».

Le Sezioni Unite hanno, poi, seguitato l'ermeneusi sulla materia, che come esse stesse specificano, è stata «già risolta sul piano del diritto positivo», dando contezza del fatto che, mentre nell'assicurazione contro i danni, il binomio sinistro-rischio è inscindibile, così non accade nel modello assicurativo con le clausole *claims made*. La stessa sentenza del 2016,[59] assunta dalla Corte a vero e proprio «approdo nomofilattico», aveva già indicato come la clausola *claims made* a garanzia pregressa e di conseguenza la fattispecie contrattuale che la conteneva, fossero valide, in quanto riguardavano un solo elemento del rischio garantito cioè la condotta colposa dell'assicurato che ha commesso il fatto, lasciando impregiudicata l'alea dovuta alla possibilità o meno che il danneggiato agisca nei confronti dell'assicurato per ottenere il risarcimento. Viene confermata, quindi, l'assicurabilità dei rischi pregressi sull'assunto che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato, a seguito di un sinistro verificatosi in corso di polizza, non si esaurisce nella condotta materiale, ma si forma in modo progressivo, giacché per concretizzarsi è necessaria la volontà del danneggiato di chiedere il risarcimento. Le *claims made* a garanzia pregressa sono lecite, perché riguardano una sola componente del rischio, ossia la condotta colposa dell'assicurato, mentre permane l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi.

Tali conclusioni, secondo la Corte, trovano ulteriore conforto, sempre in un passaggio della sentenza del 2016, in cui la clausola *claims made* impura (ma in generale riferibile a tutte le varianti di tali clausole) «è vista in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto (con conseguente esclusione, quindi, della natura vessatoria della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c., in quanto non limitativa della responsabilità: approdo, questo, di un'interpretazione nomofilattica che va anche qui ribadito), correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante e della richiesta del danneggiato». Secondo le Sezioni Unite del 2018, la naturale conseguenza di un tale esito ermeneutico è il superamento del giudizio di meritevolezza *ex art*. 1322 c. 2 c.c., giacché quest'ultimo è ancorato al presupposto di un'atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo basato sulle *claims made* è ormai tipizzato. È icastico, come tale asserzione, sia una delle poche in dissonanza con la pronuncia a Sezioni Unite del 2016 in cui si faceva espresso riferimento alla necessità di un vaglio di meritevolezza sulle *claims made*, in quanto espressione di una fattispecie contrattuale atipica *ex art.* 1322 c. 2 c.c., ma questo è,

[59] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

evidentemente, giustificato dal fatto che la tipizzazione della *clausola claims* made è avvenuta solo nel 2017.

6. L 'indagine sulla causa concreta e la funzione pratica del contratto

Superati gli interrogativi posti dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione inerenti il profilo della meritevolezza e la relativa validità delle clausole "*claims made*", le Sezioni Unite[60] concentrano la loro attenzione su un altro piano fondamentale, ossia il controllo sul regolamento contrattuale basato su tali clausole, che non deve violare i limiti imposti dalla legge. Per La Corte, infatti, «rimane, vivo e vitale l'esame su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio». Ed è per questo che secondo i giudicanti «si rende, quindi, opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto». Tale indagine, data l'eterogeneità dei contratti e dei meccanismi assicurativi, è resa necessaria al fine di evitare veri e propri squilibri sinallagmatici tra le rispettive prestazioni e rischi, che potrebbero concretizzare addirittura dei contratti aleatori unilaterali nel caso in cui venga meno la naturale funzione economico-sociale e la causa concreta del contratto assicurativo. Secondo la definizione resa in più occasioni dalla stessa Corte di Cassazione, per aversi contratto aleatorio è necessario, che l'alea intesa quale situazione rischiosa, cui i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e nella sua formazione, sicché per la natura del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono.[61]

Nell'ipotesi in cui un contratto di assicurazione fosse strutturato in modo tale che la società assicuratrice non potesse subire perdite di alcun genere, cosicché l'unico contraente a essere esposto ai rischi fosse l'assicurato, l'alea del contratto verrebbe alterata in quanto incomberebbe non più su ambedue i contraenti, ma su uno solo di

[60] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it.* 2018, 10, I, 3015.

[61] Vedi Cassazione Civile, Seconda Sezione, 30 agosto 2004, n. 17399 in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7-8. Il medesimo principio era stato, già prima, affermato da Cassazione Civile, Sezione 7 giugno 1991, n. 6452 in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 6, secondo la quale per aversi contratto aleatorio è necessario che l'alea, intesa quale rischio a cui i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e fin dalla formazione, sicché, per la natura stessa del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti, divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono.

essi.[62] In caso di alea unilaterale, quindi, anche l'interesse perseguito dall'assicuratore, in sé legittimo (il conseguimento di un beneficio economico), cesserebbe di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti, sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo del tutto. In altre parole, non esiste più un rischio sul futuro patrimoniale della società assicuratrice, ma un contratto articolato in modo tale da garantire comunque un beneficio all'assicuratore a scapito dell'assicurato. Le Sezioni Unite richiamano, poi, nuovamente, la sentenza n. 9140 del 2016 in cui si erano già, state messe in luce alcune criticità, come l'asimmetria delle parti, ed alcuni meccanismi penalizzanti al sorgere e allo scadere della garanzia contrattuale, tali da determinare "buchi di copertura assicurativa" che non svaniscono per il solo fatto che il giudizio di meritevolezza più non si imponga come tale. Viene indicata, come esempio, la fase prodromica alla conclusione del contratto "*on claims made basis*", nella quale devono essere assolti gli obblighi informativi da parte dell'impresa assicuratrice o dei suoi intermediari «in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze», in quanto precisa la Corte «è già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contatto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato…al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione che, nella specie (e, segnatamente, quelli informativi), devono tendere alla trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti, così da consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali». L'inosservanza dei suddetti obblighi può determinare una responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.), ovvero vizi del consenso[63] con conseguente annullabilità del negozio. Riguardo il contenuto negoziale del contratto basato sulle clausole *claims made*, il giudice di merito deve valutare se in esso gli interessi delle parti abbiano trovato un adeguato assetto, anche alla luce dell'informativa precontrattuale. Anche in questo caso, quindi, il vaglio del giudice deve riguardare la causa concreta del contratto, «ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica

[62] Cfr. tra gli altri, BOSELLI, *Rischio ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 1948, p. 770; sempre BOSELLI, in voce *Alea*, in *N.mo Dig. It.*, p. 476; PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della vendita*, Torino, 1929-1930, vol. I, p. 111; In un certo senso si può dire conforme, pur non esplicitamente, l'opinione del Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 465; L'alea consiste proprio in un modo speciale di atteggiarsi dell'oggetto del rapporto economico tra le prestazioni (o tra prestazione ed attribuzione patrimoniale) di modo che ad una differenza economica tra esse, non corrisponda un'analoga differenza giuridica. L'alea è, tuttavia, anche causa proprio perché esprime un rapporto di proporzionalità giuridica tra le attribuzioni, venendo ad esprimere la sostanza del sinallagma. L'alea, quindi, qualifica lo schema causale del contratto, cfr. R. NICOLÒ, in voce *Alea*, in Enc. dir., p. 1030.

[63] S*ub specie*, dolo incidente *ex art.* 1440 c.c.

negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».[64]
Le Sezioni Unite evidenziano poi, ancora una volta, il diverso numero di tipologie assicurative presenti nel nostro ordinamento e le relative circostanze da applicare ai molteplici casi concreti oggetto di valutazione giudiziaria. Rispetto a queste precisano, la risposta in termini di tutela non potrà che essere diversificata e che inoltre, «come già ricordato dalla sentenza n. 9140 del 2016 - rimane soltanto residuale la possibilità di avvalersi della tutela consumeristica somministrata dall' art. 36 del d.lgs. n. 206 del 2005 (in ragione del "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" presidiato da una nullità di protezione), giacché riservata alle persone fisiche che concludono un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata (tra le molte, Cass., 23 settembre 2013, n. 21763; Cass., 12 marzo 2014, n. 5705), ossia ai settori cui, in modo quasi assorbente, il mercato assicurativo "*claims made*" è rivolto». Per questi ultimi settori, cioè quando a venire in rilievo siano, ad esempio, l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria o quella dei professionisti, è la legge stessa, con le disposizioni speciali in materia, che ha stabilito «le coordinate di base, inderogabili *in peius*» del modello contrattuale assicurativo. Il suddetto schema negoziale è "meritevole" in quanto idoneo a salvaguardare gli interessi delle parti, l'assicurato e assicuratore e a tutelare anche un interesse superindividuale[65] ossia quello ad «una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione».
Se, quindi, è oramai pleonastico un giudizio sulla meritevolezza, in quanto il contratto basato sulle *claims made* è tipico e pertanto meritevole, rimane invece indispensabile, come già evidenziato, l'indagine sulla causa concreta che esamina se l'assetto negoziale

[64] Come verrà evidenziato a seguire, la Suprema Corte ha infatti precisato che, le norme poste a tutela del contraente debole dal Codice del Consumo (*D.lgs. 206/2005*), ossia la nullità di protezione prevista in caso di "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (*art. 36*), si utilizzano in via residuale, solo nel caso in cui l'assicurato rivesta la qualifica di consumatore.

[65] CFR. R. FERRARA, *INTERESSI COLLETTIVI E DIFFUSI*, IN *DIG. PUB.*, VIII, TORINO, 1993, 482. IL RIFERIMENTO A SITUAZIONI DEFINITE SUPERINDIVIDUALI (ESPRESSIONE CHE CORRENTEMENTE, QUANTOMENO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO, ABBRACCIA SIA GLI INTERESSI DIFFUSI CHE QUELLI COLLETTIVI) ESPRIME LA COMUNANZA DI UN INTERESSE A PIÙ SOGGETTI E LA CIRCOSTANZA, TENDENZIALMENTE NECESSARIA, CHE COSTORO SI COALIZZINO AL FINE DI RENDERE TALE INTERESSE TUTELABILE. QUESTO ASPETTO (CHE, PERALTRO, È FENOMENO CONNATURATO AL SISTEMA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO, BASTI PENSARE ALLE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI TERZI O DEI DESTINATARI DI ATTI GENERALI) È ANCHE ALL'ORIGINE DEI DUE PRINCIPALI MODELLI DI INTERESSE DIFFUSO ELABORATI DALLA DOTTRINA: IL MODELLO OGGETTIVO E IL MODELLO "RELATIVAMENTE" SOGGETTIVO. MODELLI CHE RIPRENDONO UNA CLASSIFICAZIONE GIÀ PROPOSTA DA M. NIGRO, *LE DUE FACCE DELL'INTERESSE DIFFUSO: AMBIGUITÀ DI UNA FORMULA E MEDIAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA*, IN FORO IT., 1987, V, 9.

realizzi la funzione pratica del contratto, soddisfando così gli interessi delle parti.[66] L'eventuale presenza di uno squilibrio tra tali interessi, infatti, risulterebbe sintomatico di una carenza della causa in concreto dell'operazione economica.[67] Per valutare l'equilibrio sinallagmatico tra tali interessi e le relative prestazioni, risulta, ad esempio, determinante la valutazione del premio di polizza. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "*on claims made basis*" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale», e in tal senso deporrebbe anche l'ermeneusi fornita dalla CEE,[68] che sebbene con riguardo specificatamente alla tutela del consumatore «esprime un principio di carattere generale, basato sulla relazione oggettiva tra rischio e premio, sterilizzando la valutazione di abusività della clausola di delimitazione del rischio assicurativo e dell'impegno dell'assicuratore "qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore"». Anche nel caso dell'assicurazione della responsabilità professionale, il regolamento contrattuale dovrà essere modulato in ragione della disciplina legale di base, a carattere imperativo, e ciò, non solo per non essere derogabile *in peius* ma anche per tutelare gli interessi superindividuali, quelli del terzo danneggiato, a conferma del valore sociale dell'assicurazione, con la conseguenza che qualora il suddetto regolamento contrattuale non rispettasse la disciplina legale «lo iato tra queste comporterebbe la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.».

La valutazione dell'adeguatezza del negozio, allo scopo pratico perseguito dai paciscenti, deve rappresentare il criterio guida da applicare nell'interpretazione del contratto assicurativo *on claims made basis* e ciò per garantire l'assicurato, non solo nei modelli contrattuali relativi al settore sanitario o professionale, ma anche in quelli che «postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza».

---

[66] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224 in *Guida al diritto* 2018, 5, 25. Secondo la Suprema Corte, per poter rispondere in pieno al ruolo che l'ordinamento gli ha attribuito, il giudizio di meritevolezza deve guardare allo scopo pratico del negozio, inteso come la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, e deve farlo in modo rigoroso parametrando il tutto ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti dalle parti, perché da esso dipende l'operatività e l'efficacia del contratto nel suo complesso.

[67] Cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2014, p. 10251 ss.

[68] Vedi Direttiva CE, 5 aprile 1993 n.13, in *Gazzetta Uff. 21/04/1993 n. 95*, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Nel *Considerando n. 19* della Direttiva viene indicato, come nel caso di contratti assicurativi le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di valutazione di abusività qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore.

Per quanto attiene, invece, alla fase attiva del rapporto assicurativo basato sulle clausole *claims made*, risulta certamente «abusiva, in ragione della frustrazione dell'alea del contratto» la clausola che consenta all'assicuratore la facoltà di recedere dal contratto al verificarsi di un sinistro compreso tra i rischi assicurati.[69]

In punto di diritto, le Sezioni Unite hanno, quindi, disegnato un percorso argomentativo solido e convincente e finalmente in aderenza con le esigenze giuridiche del nostro complesso momento storico. Attraverso la sentenza n. 22437 del 2018 è stato, infatti, enunciato un principio di diritto riassumibile in alcune fondamentali statuizioni: la deroga operata al primo comma dell'art. 1917 c.c. dal modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* è lecita, in quanto «non incide sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore».

L' assicurazione della responsabilità civile *on claims made basis* è stata tipizzata dal nostro ordinamento e quindi «rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.»;

A fronte della indubbia forza contrattuale dell'assicuratore sull'altro contraente «la tutela invocabile dall'assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Si rende, quindi, necessario da parte del giudice, un controllo particolarmente rigoroso e condotto su diversi piani, dalla fase prodromica a quella dinamica del contratto, al fine di verificare, in primo luogo, la rispondenza della singola pattuizione ai valori di solidarietà sociale tutelati dalla Costituzione e, in secondo luogo, per vagliare l'equilibrio dell'accordo nel suo complesso, onde correggere, attivando gli opportuni rimedi, i disallineamenti significativi tra rischio assicurato e premio. Permane,

[69] Lo stesso art. 2 del D.M. Giustizia, 22 settembre 2016, n. 104834 in *Gazzetta Uff.* 11/10/2016 n. 238, recante le "Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato", ha stabilito, in linea con il sistema claims made (con variante sunset clause) che "l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza" e che deve essere esclusa espressamente la facoltà di recesso per l'assicuratore a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività.

pertanto pur sempre un vaglio di meritevolezza,[70] attraverso cui dovranno passare le clausole *claims made* per poter spiegare tutti i loro effetti nella circolazione giuridica. Il Giudice, infatti, dovrà procedere, anche d'ufficio, per i contratti tipici, al vaglio *ex art.* 1322 primo comma c.c. della causa concreta del contratto o della clausola contrattuale, per verificare l'esistenza o meno di uno squilibrio tale tra gli interessi regolati equivalente ad una carenza della causa dell'operazione economica.
Le Sezioni Unite, in merito alla fattispecie sottoposta al loro giudizio, hanno, dunque ritenuto, ottemperando al principio sopra esposto, che la Corte d'Appello abbia rivolto la sua attenzione sul profilo dell'atipicità della clausola senza indagare sulla concreta vicenda contrattuale e sull'assetto degli interessi coinvolti.[71]
Il giudice di seconde cure avrebbe dovuto, infatti, analizzare gli obblighi informativi, la corrispettività tra il premio ed il rischio assicurato, soprattutto in ragione della modifica dell'importo della franchigia (passata da un valore esiguo a 150 mila euro).
Secondo la Cassazione, quindi, i motivi di ricorso presentati dall'assicurato sono fondati. La sentenza viene, quindi, cassata con rinvio e la Corte territoriale nel giudizio dovrà attenersi al principio di diritto sopra esposto.

7. I possibili risvolti in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione

La pronuncia delle Sezioni Unite 2018, quindi, pur disegnando un percorso argomentativo solido e condivisibile, insiste nuovamente, sulla necessità di una valutazione di meritevolezza (anche se su di un piano diverso) devoluta interamente al giudice e, in tal senso, non pare migliorare quanto sancito con la sentenza del 2016. Tale valutazione di meritevolezza non risulta, inoltre, agevolmente praticabile quando controparte sia la Pubblica Amministrazione. Con lo sviluppo del concetto di danno ingiusto, si è, infatti, originato lo specifico problema della copertura assicurativa degli enti pubblici (al quale si collega quello della garanzia assicurativa dei dipendenti) e del difficile rapporto esistente tra gli stessi e le compagnie di assicurazione.[72]
La difficoltà primaria è stata quella di delimitare l'area della copertura assicurativa individuando chi sono i soggetti assicurabili. È necessario, infatti, distinguere le

[70] Vaglio di meritevolezza, operato non più, *ex art.* 1322 secondo comma c.c.

[71] Vedi Corte di Appello di Venezia, 3 febbraio 2014, n. 264.

[72] Sulla nozione di ingiustizia del danno e sulla sua evoluzione, nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, cfr. P. S SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro pad. 1960, I,c. 1420 ss.*; G. CIAN *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 154 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato), in Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, 2 a ed., Milano, 2010, p. 807 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1962, XV, p. 628; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in Diritto Civile, diretto da N. LIPARIe P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, *Attuazione e tutela dei diritti, IV, La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, p. 137 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 358 ss.

diverse ipotesi di responsabilità configurabili dell'ente pubblico e del pubblico dipendente, richiamando i precetti fondamentali contenuti nell'art. 28 della Costituzione e nelle le disposizioni del T.U. riguardante lo statuto degli impiegati civili dello stato.[73] A seguito dei vari interventi della giurisprudenza contabile e quello del legislatore è stata ritenuta possibile l'assicurabilità del rischio da "danno erariale", determinato da un fatto o un atto doloso o (gravemente) colposo di un dipendente/amministratore pubblico. Il danno subito dalla pubblica amministrazione, può essere, però, la conseguenza di un comportamento diretto dei propri dipendenti o amministratori (cd. Danno erariale diretto), o al contrario dipendere dalla condanna della PA in un'altra sede, sia essa civile o penale, a seguito di una condotta del dipendente/amministratore pubblico stesso. Anche in questo caso, la pubblica amministrazione subisce un danno (cd. Danno erariale indiretto[74]) in quanto è chiamata a risarcire il terzo danneggiato da un proprio dipendente/amministratore. In presenza del danno erariale indiretto, la Procura erariale può esercitare l'azione di rivalsa, con la conseguenza, quindi, che tale danno (indiretto) rientri nel divieto normativo, per un ente pubblico, di assicurare i propri dipendenti/amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali.[75] In via generale, quindi, un ente pubblico può assicurare quei rischi che ricadano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale e che trasferiscano all'assicuratore la responsabilità patrimoniale stessa, mentre non è legittimata e, quindi è causa di danno erariale, l'assicurazione di eventi per i quali l'ente non deve rispondere e che non rappresentano un rischio per l'ente medesimo.[76]

Per l'Ente è, quindi, fondamentale individuare correttamente l'oggetto della copertura assicurativa e, appunto, i rischi assicurabili. Ciò è possibile attraverso la procedura tecnico/aziendale detta di *risk management*[77] che deve essere posta in essere dal *broker* assicurativo e da altri soggetti individuati all'interno dell'ente pubblico. È evidente, che se si pensa ai rischi connessi agli investimenti produttivi, piuttosto che a quelli

[73] Vedi D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

[74] Vedi Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale della Calabria, 24 novembre 2009, n.714 *in Redazione Giuffrè 2010 e Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale dell'Emilia Romagna, 20 agosto 2015 n.106 in Redazione Giuffrè 2016.*

[75] Vedi Legge, 24 dicembre 2007, n. 244, *(Legge finanziaria 2008),* articolo 3, comma 59, che sancisce la nullità testuale del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile.

[76] Vedi Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale della Lombardia, 6 dicembre 2011, n. 665, Corte dei Conti, Sezione Seconda Centrale, 3 marzo 2011, n.127 e Presidenza del Consiglio dei Ministri UPPA, parere n. 23 del 2008.

[77] Il *Risk Management* è definito come "insieme delle attività coordinate al fine di direzionare e controllare un'organizzazione nei riguardi del rischio" in *ISO-IEC Guide* 73:2002, pag. 14. Sul tema cfr. tra gli altri, D. IELO, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della precauzione: la macro sorveglianza prudenziale,* in *Amministrare*, 2/2010, pp. 215-245; G. MAJONE, *Strategic issues in risk regulation and risk management*, in *OECD*, cit., pp. 93-128; L. ALLIO, *L'analisi del rischio e il processo decisionale: una nuova frontiera per la better regulation?*, in *A. Natalini e G. Tiberi (a cura di), La tela di Penelope*, Astrid, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 479-489.

finanziari o alla gestione delle attività legate a una molteplicità crescente di piattaforme informatiche (*disaster recovery e cyber risk*), si percepisce, immediatamente, il carattere prettamente privatistico che contraddistingue la gestione dei rischi e la loro mitigazione.Per lungo tempo, infatti, il *risk management* ha riguardato, in via quasi del tutto esclusiva, il settore privato, specie quello bancario ed assicurativo con particolare attenzione riservata alla gestione dei rischi finanziari e di mercato.[78]

Al contrario, nell'ambito della gestione della cosa pubblica, inizialmente, il *risk management* si è affermato, solo limitatamente ad alcune grandi aree d'intervento, prima fra tutte i grandi rischi associati ai fenomeni atmosferici eccezionali o catastrofi naturali (protezione civile), ai rischi e/o errori legati al settore sanitario (rischio clinico) piuttosto che alla prevenzione dei rischi per la sicurezza negli ambienti di lavoro.[79]

Oggi, invece, più che in passato, gli enti pubblici necessitano di far fronte ad una gestione dei rischi crescente soprattutto nel rispetto di vincoli finanziari sempre più stringenti. Molti Enti, per risolvere questa problematica, hanno attuato una serie di riforme, che vanno dallo snellimento dei servizi, alla privatizzazione di alcuni settori di attività ed è proprio in tale contesto, che la pubblica amministrazione ricorre sempre più spesso ai servizi offerti dai *broker* assicurativi[80] così da provvedere alla copertura assicurativa dei

---

[78] Il *risk management* trae origine dal mondo della finanza anglosassone già all'inizio degli anni '50 con H. MARKOWITZ, *Modello di Markowitz e Teoria di portafoglio,* in ***Portfolio Selection "Journal of Finace"* 7, 1952, n. 1 pp. 77-91**. In particolare la teoria di portafoglio considerava cruciale la diversificazione degli investimenti in *assets* finanziari per la riduzione del rischio di rendimento. I modelli della teoria di portafoglio sono alla base dei modelli di *value at risk*. In seguito, ad essere osservati, sono stati i rischi legati allo svolgimento dell'attività creditizia (rischio solvibilità) piuttosto che la copertura di potenziali danni correlati ad eventi incerti. Nel corso del tempo il *risk management* è diventato non solo uno strumento per la misurazione dei rischi aziendali esterni quanto piuttosto quale valido supporto all'analisi e alla valutazione della struttura organizzativa interna ed in particolare dei processi lavorativi.

[79] Vedi D.lgs., 19 settembre 1994, n. 626, in attuazione delle direttive europee sul miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Cfr. tra le altre, la Direttiva CE, 12 giugno 1989, n. 391 in *Gazzetta Uff. 29/06/1989 n. 183;* la Direttiva CE, 30 novembre 1989, n. 654 in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393; la* Direttiva CE 30 novembre 1989, n.655, in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393;* la Direttiva CE, 30 novembre 1989, n. 656, in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393;* la Direttiva CE, 29 maggio 1990, n. 269, in *Gazzetta Uff. 21/06/1990 n. 156;* la Direttiva CE, 29 maggio 1990, n. 270, in *Gazzetta Uff. 21/06/1990 n. 156;* la Direttiva CE, 28 giugno 1990, n. 394, in *Gazzetta Uff. 26/07/1990 n. 196;* la Direttiva CE, 27 giugno 1997, n. 42, in *Gazzetta Uff. 08/07/1997 n. 179;* la Direttiva CE, 29 aprile 1999, n. 38, in *Gazzetta Uff. 01/06/1999 n. 138.*

[80] In dottrina la qualificazione giuridica del contratto di brokeraggio, ha dato vita ad un ampio dibattito. Vi è una tesi che lo riconduce alla mediazione, definendolo, tenuto conto delle attività di collaborazione e consulenza del broker e del ruolo che esso assume nella fase anteriore la stipulazione del contratto, come una forma di mediazione «atipica», «speciale», «parziale», «unilaterale», «fiduciaria» o «qualificata» (Cfr. tra gli altri R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001, p. 357; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1997, p. 97; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1993, XX, p. 155; P. CASALI, *L'agente e il «broker» di assicurazione*, Milano, 1993, p. 433; N. VISALLI, *La mediazione*, Padova, 1992, p. 46; A. MARINI, *La mediazione. Art. 1754-1765*, in Commentario Schlesinger, Milano, 1992, p. 82). A tale tesi si contrappone quella che ne sostiene la qualificazione in termini di prestazione d'opera intellettuale (Cfr. tra gli altri, G. GIUFFRIDA, *Profili problematici del c.d. brokeraggio*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 41; R. IPPOLITO, *Il professionista di assicurazione denominato anche «broker»*,

molteplici rischi connaturati alle attività svolte, composte, come evidenziato, attraverso una procedura di *risk management*. L'attività di *brokeraggio* in favore degli enti pubblici diventa spesso rilevante nella messa a punto dei bandi di gara per la selezione degli assicuratori e nella determinazione del contenuto dei contratti in quanto le polizze, vengono assegnate con gare pubbliche e in regime di claims made dato il carattere *long tail* del rischio da assicurare (come più volte evidenziato, può passare molto tempo tra il momento in cui si commette l'errore e quello in cui si verifica il danno e la conseguente denuncia). Anche la selezione del *broker* assicurativo stesso deve, però, espletarsi attraverso le procedure di evidenza pubblica previste per l'appalto di servizi, in quanto l'attività di *brokeraggio* non può considerarsi a titolo gratuito, dal momento che le provvigioni del *broker* sono sì pagate dall'assicuratore, ma questi finisce poi per traslarne il costo sul premio, così addossandolo alla Pubblica Amministrazione.[81]

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici[82] ha, inoltre, previsto che sia «L'ANAC,[83] che

in *Assicurazioni*, 1989, I, p. 130; G. TRICOLI, *«Broker» si traduce mediatore o prestatore d'opera intellettuale?*, in *Corriere giur.*, 1985, p. 199) o di appalto di servizi o d'opera (Cfr. tra gli altri, P. PERSANO ADORNO, *Il ruolo del «broker» nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 2000, p. 713; R ROSSI, *Obblighi di informazione e responsabilità del «broker»*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 577). Vi è poi una tesi intermedia che, tenendo separati i distinti rapporti tra il broker e l'assicurando da una parte e tra il broker e l'assicuratore dall'altra, ritiene il brokeraggio un contratto misto, risultante dalla commistione di coessenziali elementi di contratti tipici quali la prestazione d'opera e la mediazione (In questo senso, cfr. DONATI-VOLPE PUTZOLU, ***Manuale di diritto delle assicurazioni***, Milano, 1999, p. 94, secondo i quali il brokeraggio è «un contratto che consta dell'apporto di prestazioni proprie a più schemi contrattuali tipici; si tratta quindi di un contratto misto di mediazione (unilaterale o fiduciaria) e prestazione d'opera intellettuale»; P. PERULLI, ***Il lavoro autonomo***, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1996, XXVII, p. 157; ALPA-FORLINO, voce «Broker», in ***Digesto comm.***, Torino, 1987, II, p. 367). Infine, merita di essere segnalata anche la tesi secondo cui si tratta di un «contratto 'misto' o 'complesso'», in quanto «sul ceppo principale del 'contratto di servizi' (appalto od opera) si innesta un ramo secondario, ma importante …, ossia il mandato (per lo più con rappresentanza) dell'assicurando al broker per la conclusione di contratti di assicurazione» (Cfr. M. BIN, ***«Broker» di assicurazione***, cit., p. 540).

[81] Vedi Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 24 febbraio 2000, n. 1019, in *Foro Amm.* 2000, 416.

[82] Vedi D.lgs., 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici), articolo 213, comma 2, in *Gazzetta Uff. 19/04/2016 n. 91.*

[83] Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). La legge, 6 novembre 2012, n. 190, recante "***Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione***" ha individuato la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche quale Autorità nazionale anticorruzione.

Con l'entrata in vigore della legge, 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione del decreto legge del 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, la Commissione ha assunto la denominazione di Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche.

La sua composizione è stata rivista dall'art. 5 comma 3 della legge sopra citata che ha sostituito il comma 3 dell'art. 13 del D.lgs., 27 ottobre 2009, n. 150; l'organo collegiale è composto dal presidente e da quattro componenti.

L'art. 19, comma secondo, del D.lg., 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni dalla legge, 11 agosto 2014, n. 114, recante ***misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari***, ha stabilito che "***i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la***

attraverso Linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisca la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisca lo sviluppo delle migliori pratiche...Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle Linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle Linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla *legge n. 11 del 2016* e dal presente codice».[84] In base a tale assunto, l'Autorità anticorruzione è, quindi, intervenuta significativamente in merito alla copertura assicurativa della pubblica amministrazione,[85] individuando «nel contratto-tipo la forma più idonea per adottare un atto a carattere generale contenente le clausole-tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatarie di contratti pubblici di servizi assicurativi». Contestualmente, ha anche «ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni operative alle stazioni appaltanti per la corretta predisposizione dei documenti di gara». Il contratto-tipo fornisce, infatti, secondo l'ANAC, «le clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti e suggerisce una serie di opportune misure da adottare per un'ottimale redazione dei bandi e dei contratti medesimi, nell'ottica di superare le criticità emerse in ordine alla scarsa e problematica partecipazione degli operatori alle relative gare». In particolare, nel contratto-tipo, la pubblica amministrazione deve occuparsi, tra gli altri, dell'autoassicurazione di parte del rischio (*o Self Insured Retention*), della modalità di centralizzazione e/o aggregazione della domanda e suddivisione della gara in lotti e delle diverse informazioni da

trasparenza (ANAC), di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che è rinominata Autorità nazionale anticorruzione". Con lo stesso provvedimento è stato, altresì, deciso che "***Al fine di concentrare l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione sui compiti di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, le funzioni della predetta Autorità in materia di misurazione e valutazione della performance, di cui agli articoli 7, 10, 12, 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".***

[84] Tale ultima previsione, è evidentemente ampia e quindi ha indotto i primi commentatori a chiedersi quale possa esserne il rapporto con le singole specifiche disposizioni attributive all'ANAC di puntuali poteri di normazione attuativa, concludendosi nel senso di ritenere queste ultime tassative e, quindi, di escludere che l'art. 213 possa aver attribuito all'Autorità un generale potere regolamentare "atipico", dovendo intendersi che un tale potere possa essere circoscritto alle sole ipotesi di *soft law*, di natura meramente amministrativa piuttosto che regolamentare (e, quindi, non vincolanti per le stazioni appaltanti) Cfr. M. BALLORIANI, op. cit., 51.

[85] Vedi ANAC, deliberazione 8 giugno 2016, n. 618, determinazione «*Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*», IN ***BOLLETTINO DI LEGISLAZIONE TECNICA*, FAST FIND: NN15236.**

raccogliere sistematicamente per essere messe a disposizione degli operatori economici, nelle singole gare bandite, con indicazione di esempi di tracciati informativi per i diversi settori pubblici.[86] La PA deve, inoltre, valutare gli elementi da utilizzare nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedere una clausola di recesso, prevedere la possibilità, nel caso di contratti assicurativi pubblici *on claims made basis*, dell'attribuzione di punteggi all'offerta di periodi incrementali di retroattività rispetto al periodo base (numero di anni) previsto nel capitolato (ove, chiaramente, la retroattività "ideale" per l'assicurato è quella determinata in funzione dell'ultima polizza *loss occurrence* stipulata dall'amministrazione aggiudicatrice) e delimitare dei concetti di fatto noto e di aggravamento del rischio.

L'Autorità anticorruzione, inoltre, ha rilevato alcune problematiche ed in particolare quella relativa all'individuazione dei sinistri «verificatisi precedentemente alla stipula del contratto che possono rientrare nella copertura assicurativa» evidenziando che, nelle polizze *claims made* stipulate dalla Pubblica amministrazione, il «fatto noto» deve essere delimitato, attraverso specifica clausola, alla «formale richiesta di risarcimento» ricevuta dall'Amministrazione oppure alla «formale conoscenza dell'evento dannoso».[87] Per L'ANAC, in sostanza, la copertura "claims made" dovrebbe riguardare «solo i sinistri per i quali antecedentemente alla stipula del contratto non è stata presentata richiesta di risarcimento e di cui il contraente non era a conoscenza. Nel caso di una Pubblica Amministrazione è da ritenere che l'effettiva conoscenza si abbia solo a seguito di comunicazione formale dell'avvenuto sinistro». Si manifesta il problema, però, per la Pubblica Amministrazione di stabilire correttamente il momento in cui informare il mercato degli eventuali sinistri, considerato, precisa l'Autorità «che la normativa sui contratti pubblici vieta offerte al rialzo rispetto al prezzo posto a base di gara e il prezzo di stipula non può essere diverso rispetto a quello di aggiudicazione». Per l'Autorità anticorruzione, quindi, la pubblica amministrazione deve informare il mercato, circa il fatto noto, al momento della pubblicazione del bando, precisando «che ulteriori sinistri di cui si dovesse venire a conoscenza devono comunque essere comunicati all'assicuratore o al mercato se la conoscenza si verifica prima del termine per la presentazione delle offerte. In quest'ultimo caso, così come avviene per la generalità dei contratti di tipo "claims

[86] Vedi tra gli altri, l'RC Auto e la RCT/RCO in ambito sanitario, considerati dall'ANAC tra i settori più problematici tra quelli oggetto di domanda pubblica.

[87] Vedi ANAC, deliberazione 8 giugno 2016, n. 618, IN *BOLLETTINO DI LEGISLAZIONE TECNICA*, FAST FIND: NN15236, cit., nell'indicare lo schema di clausola contrattuale disciplinante «le informazioni da fornire per i sinistri avvenuti in passato per le polizze di tipo claims made (fatto noto)» prevede che «1) L'assicurazione copre i sinistri denunciati nel corso di validità del contratto e avvenuti a partire da .... (nei casi in cui la specificità del rischio assicurato e\o la necessità di tutelare particolari esigenze sociali rendono opportuna la previsione di un periodo di retroattività illimitato, non verrà indicato alcun termine iniziale); 2) L'assicurazione non copre i sinistri per i quali, antecedentemente alla stipula del contratto, l'Amministrazione ha ricevuto formale richiesta di risarcimento o formale conoscenza dell'evento dannoso».

made", occorrerà verificare se il rischio ricade tra quelli di pertinenza del precedente assicuratore».

In conclusione, quindi, se da una parte, i contratti assicurativi *on claims made basis*, sono interessati, rispetto a quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2018, dalla necessità di una valutazione di meritevolezza *ex* art. 1342 primo comma c.c. devoluta interamente al giudice civile (il quale, dovrà, quindi, come evidenziato, valutare con la lente del principio di buona fede contrattuale, la causa concreta del contratto o della clausola contrattuale, per verificare l'esistenza o meno di uno squilibrio tale tra gli interessi regolati), dall'altra, tali contratti, qualora siano previsti per la copertura assicurativa di una Pubblica Amministrazione, e quindi necessariamente assegnati con gare pubbliche, devono contenere, come previsto dal Codice dei Contratti Pubblici, delle clausole-tipo e rispettare particolari Linee guida dettate dall'ANAC. In tali casi spetterebbe, dunque, al giudice amministrativo il sindacato (solo di legittimità) sugli atti della Autorità e quindi la verifica diretta dei fatti e dei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità o meno di un eventuale provvedimento impugnato. A norma del C.P.A. e del C.C.P.[88] Infatti, rientrano nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche i provvedimenti delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Il sindacato del giudice su tali provvedimenti e il suo inserimento nelle materie di giurisdizione esclusiva discende, nello specifico, dalle caratteristiche dei soggetti chiamati ad emanarli, secondo il principio formalistico dell'atto amministrativo. Le Autorità Amministrative Indipendenti, infatti, sono delle Pubbliche Amministrazioni che, al contrario di quelle ordinarie, difettano della tipica prerogativa di dipendenza dal potere esecutivo. Tali autorità, infatti, pur avendo natura pubblicistica, non sono subordinate né gerarchicamente né strumentalmente al Governo e sono state istituite con il definito scopo di controllare e vigilare specifici settori del mercato o dell'azione amministrativa, ricoprendo, quindi una posizione di indipendenza e imparzialità.

Dal recepimento e dall'applicazione degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, sono spesso discese importanti problematiche di natura pratico-applicativa, segnatamente in rapporto al loro regime di impugnabilità ed alla tipologia del sindacato del giudice amministrativo. Problematiche, che hanno portato ad interrogarsi sulla definizione della natura giuridica di tali atti.

Per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria,[89] gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, hanno natura di atti amministrativi generali e sono, quindi,

[88] Vedi, D.lgs., 02 luglio 2010, n. 104, *Codice processo Amministrativo*, art. 133, comma primo, lettera l), in *Gazzetta Uff. 07/07/2010 n. 156* e D.lgs., 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei Contratti Pubblici*, art. 213, comma secondo, in *Gazzetta Uff. 19/04/2016 n. 91.*

[89] Cfr. tra gli altri, Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, n. 1767 e Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767.

scevri della caratteristica innovativa che contraddistingue le fonti regolamentari. Vengono emanati, infatti, da un'autorità pubblica con il precipuo scopo di perseguire un interesse pubblico relativo al loro operato, come ad esempio, tutelare la concorrenza e il mercato, tutelare il risparmio e gli investitori etc. L'atto di regolazione diventa, quindi, il mezzo tangibile con il quale l'Autorità, esercita la sua attività di controllo e vigilanza nei settori di competenza. Ricondurre, quindi, gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, nella *species* degli atti amministrativi generali implica, evidentemente, la possibilità di poterli impugnare dinanzi all'Autorità giurisdizionale amministrativa al fine di far valere la loro illegittimità.

Tra gli atti di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti assumono, però, particolare e specifico rilievo le suindicate Linee guida ANAC. La specifica funzione dell'Autorità anticorruzione è quella di valutare la regolarità delle procedure ad evidenza pubblica potendo intervenire attraverso gli ampi poteri di cui dispone. L'Autorità, inoltre, emana appostiti Regolamenti attraverso i quali descrive le modalità e i termini dell'attività precontenziosa e contenziosa che essa stessa esercita. Le Linee guida, i bandi-tipo, i capitolati-tipo e gli altri strumenti di contrattazione flessibile, sono da considerarsi atti di regolazione dell'ANAC.

Nello specifico, le Linee guida dell'Autorità anticorruzione, sono rivolte alla stazione appaltante o all'ente aggiudicatore con lo scopo di indirizzarle ad un corretto e regolare svolgimento della procedura. È poi necessario, distinguerne la tipologia. Le Linee guida dell'ANAC, possono, infatti essere non vincolanti o vincolanti. Quest'ultime, si differenziano dalle altre in quanto, appunto, vincolano la Pubblica Amministrazione procedente e rappresentano autentici dettami che non posso essere disattesi e quindi dei veri e propri regolamenti.

Tali Linee guida sono, inoltre, riconducibili alla definizione di "***altri atti di regolamentazione flessibile***" [90] e quindi di difficile esegesi. Per lo stesso Consiglio di Stato, gli atti in questione non sarebbero assimilabili alla categoria degli atti normativi, anche se atipici, in quanto privi di quei presupposti che attribuiscano una capacità diretta di innovare l'ordinamento.[91]

Al contrario, i giudici di Palazzo Spada, hanno reputato più corretto, oltre a misurare la rilevanza generale dei provvedimenti citati, prendere in considerazione la natura del soggetto che li emana, nella specie l'ANAC, che è, appunto, un'Autorità amministrativa indipendente. In tal senso, le Linee guida ANAC a carattere vincolante sono atti di regolazione di un'Autorità indipendente, e quindi, non possono essere considerati dei regolamenti in senso tradizionale, ma veri e propri atti di "regolazione"

[90] Vedi Legge, 28 gennaio 2016, n. 11.

[91] Vedi Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, n. 1767 e Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767. Cfr. CHIEPPA-GIOVAGNOLI, ***Manuale di diritto amministrativo***, Giuffrè, Milano, 2017.

e, pertanto, riconducibili agli atti amministrativi generali, con la conseguente possibilità, come già precisato per le Autorità indipendenti in generale, di impugnarli dinanzi al giudice amministrativo al fine di far valere la loro illegittimità.
I provvedimenti dell'Autorità indipendente, sono spesso, quindi, espressione della discrezionalità tecnica della Autorità di riferimento e ciò ha comportato alcune difficoltà in ordine alla loro impugnazione e al relativo sindacato del giudice amministrativo. La verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato da parte del giudice amministrativo, può estendersi, infatti, anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Qualora, in siffatti profili tecnici siano, però coinvolti valutazioni ed apprezzamenti dell'Autorità che presentino un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato del giudice, deve limitarsi ad una verifica della ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione dell'atto impugnato, accertando che il provvedimento non abbia trasceso tali margini di opinabilità. Il giudice amministrativo, non può, infatti sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità, ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.[92]
Risulta evidente, pertanto, che le ipotesi di violazione dei doveri di buona fede ovvero di squilibrio grave da nullità, difficilmente potranno verificarsi in concreto quando controparte sia la pubblica amministrazione, perché in tali casi, l'attività che conduce sino alla stipula del contratto di assicurazione è, come visto, procedimentalizzata. È lo stesso Ente pubblico che assume la veste di stazione appaltante ed è quindi la PA stessa che, in qualità di contraente forte, applicando le clausole-tipo e rispettando le Linee guida, determina e predispone il contenuto del contratto e delle singole clausole indicando il relativo capitolato d'onere. Bisognerà, quindi, ancora una volta, attendere le future pronunce dei giudici per valutare se le vicende evolutive in materia di assicurazioni *on claims made basis* siano riuscite a portare ordine in una materia estremamente complessa o se, al contrario, sorgeranno nuovamente quesiti o dubbi sul tema in esame.

[92] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Diritto & Giustizia* 2014, 9 aprile. Le Sezioni Unite, in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti di un'Autorità indipendente (nella fattispecie L'AGCM), in sede di ricorso ex art. 362 c.p.a. avverso una sentenza del Consiglio di Stato, hanno avuto modo recentemente di chiarire che il ricorso a criteri di valutazione tecnica sovente conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità e, in tali casi, il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.

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

Luci ed ombre della riforma sblocca cantieri sul codice degli appalti pubblici

di Claudio Vitale

(Avvocato)

Abstract

The document intends to made remarks on some of the changes made by the Decree Law n. 32/2019 (the so called "Sblocca Cantieri") to the Legislative Decree 18 April 2016, n. 50 (Public Contracts Code) and examine the subsequent Conversion Law of 14 June 2019, n. 55. In particular are highlighted a series of "lights" and "shadows" on the changes made and represented the state of "uncertainty" of the same legislator on the specific normative matter, putting in serious difficulties the contracting stations that find themselves confused before the umpteenth regulatory change with the risk of compromising the original purpose of speeding up and simplifying tender procedures and awarding contracts.

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019 del Decreto Legge n. 32/2019, meglio conosciuto come "sblocca cantieri", sono state apportate ottantuno modifiche al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici di seguito denominato "Codice"), che aveva già subito un rilevante intervento correttivo con la pubblicazione dell'avviso di rettifica del 15 luglio 2016 e con il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n.56.
Successivamente è stata pubblicata, sulla Gazzetta Ufficiale n.140 del 17 giugno 2019, la Legge del 14 giugno 2019, n. 55 di conversione (di seguito denominato "Legge di conversione") del precitato Decreto "sblocca cantieri" che è intervenuta nuovamente sul Codice.
Per comprendere lo stato di "incertezza" dello stesso legislatore sulla specifica materia è interessante esaminare gli effetti *ante* (dal 19/04/2019 al 17/06/2019) e *post* (dal 18/06/2019 ad oggi) Legge di conversione, analizzando l'attuale quadro normativo di riferimento sulla materia alla luce degli interventi in fase di conversione di Legge.
Le modifiche apportate con il Decreto Legge n. 32/2019 hanno rivoluzionato molti punti dell'originario Codice, al fine di rilanciare il settore dei contratti pubblici e di accelerare gli interventi infrastrutturali, semplificando le procedure di gara e di aggiudicazione degli appalti.
Pur condividendo il nobile intento governativo, vi è da sottolineare che determinate modifiche apportate dal Decreto Legge n. 32/2019 rischiavano invece di allungare i tempi delle procedure di affidamento delle gare oltre a generare il rilevante pericolo di determinazione di accordi "sotto banco" tra gli operatori economici partecipanti alle procedure in parola.
Partendo dall'originario assunto che il criterio di riferimento per l'aggiudicazione delle gare all'interno del Codice, prima del Decreto Legge "sblocca cantieri", fosse quello dell'offerta "economicamente più vantaggiosa", con l'introduzione del comma 9 bis all'art.36 del Codice da parte del Decreto Legge n. 32/2019 vi è stata una vera e propria inversione di rotta[1] del Governo con l'individuazione del criterio del "minor prezzo" quale criterio principe dei contratti sotto soglia, criterio che veniva derogato dall'offerta economicamente più vantaggiosa solo se quest'ultima fosse stata debitamente motivata o nei casi previsti dall'articolo 95, comma 3 del Codice.
Sull'argomento è intervenuta anche la Corte dei Conti che, nell' audizione in Senato dell'8/4/2019[2] sul disegno di conversione in legge del Decreto Legge n.32/2019, evidenziava la sussistenza di possibili rischi connessi sia alla diminuzione della

[1] V. sul punto Paolo Patrito, "*Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*" su Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.1, 2017, pag. 0335B, che ricorda, come "*a fronte della sostanziale indifferenza del legislatore europeo del 2004 e, di conseguenza, italiano del 2006 in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione , ora il criterio del minor prezzo, in ossequio all'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE, assume portata assolutamente residuale*".

[2] Audizione della Corte dei Conti dell' 8 aprile 2019 da parte del Senato della Repubblica per fornire elementi di valutazione sul Codice dei Contratti Pubblici.

qualità, che non veniva più premiata adeguatamente (essendo sufficiente la rispondenza alle minime specifiche tecniche previste dalla legge di gara), sia la possibile strumentalizzazione della procedura concorsuale.
Con la Legge di conversione vi è stata un nuova inversione di rotta che ha determinato il ripristino del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti nel comma 9 bis all'art.36 del Codice è stato abrogato l'obbligo della "previa motivazione" per l'utilizzo del precitato criterio che quindi può essere utilizzato discrezionalmente dalla stazione appaltante al pari del criterio del minor prezzo, ad esclusione dei casi di cui all'articolo 95, comma 3 del Codice per i quali è previsto l'utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
Il rischio delle diminuzione della qualità si intravedeva anche con la modifica apportata dal Decreto Legge n. 32/2019 all'art. 95 comma 10 bis del Codice che prevedeva l'eliminazione del tetto del 30% al punteggio economico in merito all'individuazione del rapporto qualità/prezzo, con il consequenziale effetto che la componente economica poteva assumere un maggiore peso nella valutazione della stazione appaltante a discapito della qualità[3].
Anche in questo caso la Legge di conversione è intervenuta, ripristinando il limite del tetto del 30% per il punteggio economico a vantaggio della qualità.
Un ulteriore pericolo, che si era generato con l'introduzione del Decreto Legge "sblocca cantieri", risultava dalla modifica apportata al comma 4 dell'art. 80 che prevedeva la possibilità per la stazione appaltante di escludere un operatore economico, che non avesse ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, basandosi su fatti di cui fosse a conoscenza e che fossero adeguatamente comprovabili. Questa modifica, in linea con le indicazioni della Direttiva 2014/23/UE[4] del Parlamento europeo e del Consiglio, rivestiva profili di incostituzionalità per la lesione al diritto di difesa del partecipante alla gara, di libertà di iniziativa economica e di sproporzione della misura applicata a seguito dell'illegittima esclusione in assenza di un accertamento definitivo della violazione contributiva e fiscale, sopra la soglia di rilevanza di 5.000€. Inoltre, alla luce di quanto previsto all'ultimo capoverso modificato del comma 4 dell'art.80 del Codice, si evinceva che l'esclusione non doveva essere effettuata se l'operatore economico avesse ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, purché il perfezionamento avvenisse anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. Pertanto, dalla lettura del combinato disposto

[3] Cfr. Stefano Villamena, "*Codice dei contratti pubblici 2006.Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*" su Rivista Giuridica dell'Edilizia, fasc.3, 1 giugno 2017, pag. 101, sull'applicazione del limite del tetto del 30% ritiene che "*si tratta di un'evidente (e ulteriore) valorizzazione degli elementi qualitativi dell'offerta*".

[4] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 , sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

delle due modifiche introdotte, poteva facilmente rilevarsi che l'operatore economico sarebbe stato costretto, prima del termine di presentazione della domanda, a rinunciare ad impugnative stragiudiziali o a giudizi in corso e a pagare o impegnarsi a pagare imposte e contributi previdenziali, magari non dovuti, pur di partecipare alla gara, evitando così l'eventuale esclusione. L'effetto domino del precitata modifica sarebbe stato anche l'aumento del numero di contenziosi di natura risarcitoria avverso gli organi (es. Agenzia Entrate, Inps, ecc.) da parte di quei partecipanti esclusi da una gara per il mancato pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali, e le cui pretese poi si sarebbero rivelate infondate a seguito di una pronuncia giudiziale.
Con la Legge di conversione vi è stato l'ulteriore "marcia indietro" ed il precitato ultimo capoverso del comma 4 dell'art.80 del Codice è stato integralmente abrogato.
Altro aspetto di criticità del Decreto Legge "sblocca cantieri" è da rinvenirsi nell'eliminazione dell'art. 204 del Codice che prevedeva il rito "super accelerato" con il quale i partecipanti alla gara dovevano impugnare (entro 30 giorni dalla pubblicazione sul profilo della stazione appaltante) gli atti di ammissione ed esclusione alle procedure di gara, precludendo la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale[5].
Tale rito speciale super accelerato aveva il rilevante vantaggio di cristallizzare la situazione dei partecipanti ammessi o esclusi dalla gara prima dell'aggiudicazione, così da evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione potessero essere contestati i vizi relativi alla fase iniziale di verifica dei requisiti di partecipazione, facendo regredire il procedimento alla fase di ammissione in pieno dispregio dei principi di efficienza, speditezza ed economicità delle procedure di gara.
Anche la Giurisprudenza è intervenuta in merito, da ultima l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 4/2018), precisando che l'introduzione del rito super-accelerato avrebbe evitato di far regredire il procedimento alla fase di ammissione, con spreco di tempo ed energie, nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara[6].
C'è da dire che sulla materia è intervenuta di recente la Corte europea[7] che ha accertato la compatibilità del rito speciale con le Direttive europee sugli appalti, rilevando che la realizzazione degli obiettivi della Direttiva 89/665[8] "*sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito di far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando*

[5] V. sul punto Vittorio Domenichelli, "*Il rito "superaccelerato" nel sistema costituzionale ed eurounitario*" su Il Processo, fasc.1, 1 MARZO 2019, pag. 13.
[6] V. sul punto Antonio Pavan, "*Il decreto "sblocca cantieri" abroga il rito super-speciale in materia d'appalto*" su https://www.4clegal.com/settore-pubblico/decreto-sblocca-cantieri-abroga-rito-super-speciale-materia-dappalto
[7] Corte di Giustizia CE - ordinanza 14 febbraio 2019, n.C- 54/18.
[8] Direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE.

l'amministrazione a ricominciare l'intero procedimento" (sentenze del 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a., C-470/99, EU:C:2002:746, punto 75; dell'H ottobre 2007, Làmmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597, punto 51, nonché del 28 gennaio 2010, Commissione/Irlanda, C-456/08, EU:C:2010:46, punto 52). Infatti, un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 38)".

Purtroppo tale abrogazione dell'art. 204 del Codice è stata confermata anche in sede di conversione in legge e pertanto con l'abrogazione del rito speciale super accelerato si è ritornati ai tempi del vecchio Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs.n.163/2006), consentendo l'impugnativa direttamente dell'aggiudicazione oltre ad ammettere il ricorso incidentale sull'illegittima ammissione del ricorrente (per mancanza dei requisiti di partecipazione) al fine di paralizzarne l'impugnativa.

Inoltre in questa problematica si innesta anche la particolare situazione che si è venuta a creare sulla differente entrata in vigore delle modifiche introdotte dallo "sblocca cantieri", applicabili alle procedure i cui bandi o avvisi di indizione gara siano stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n.32/2019 (dal 19/4/2019) diversamente dall'entrata in vigore della sola modifica relativa all'eliminazione del rito speciale super accelerato. Infatti in quest'ultimo caso l'eliminazione del rito speciale si applica ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del decreto, andando così ad "innestarsi" anche in quei processi che sono relativi a bandi e avvisi *ante* riforma del D.L. n.32/2019 e generando problemi attuativi quali ad esempio: comprendere se per inizio dei processi si debba intendere la notifica del ricorso[9] o il deposito dello stesso; l'incertezza del rito applicabile per chi ha proposto un ricorso, seguendo il rito super accelerato prima della scadenza del termine di impugnazione, e nel contempo, prima della scadenza dello stesso termine per impugnare, interviene l'abrogazione del rito speciale; differente trattamento giuridico tra quei partecipanti che in corso di gara hanno proposto ricorso per l'ammissione e/o l'esclusione degli partecipanti secondo il rito speciale rispetto a quei partecipanti che non hanno proposto ricorso e che sarebbero rimessi nei termini per impugnare, anche con ricorso incidentale, eventuali vizi di partecipazione in fase di aggiudicazione intervenuta successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n.32/2019.

La possibilità di far "scatenare" la guerra di ricorsi dopo l'aggiudicazione, a seguito dell'abrogazione del rito speciale, va letta anche in combinato disposto con la modifica apportata dal Decreto Legge "sblocca cantieri" all'art. 105 comma 4 del Codice, che ha eliminato la pregressa previsione dell'inammissibilità di partecipazione ad una gara

[9] Il Tar Calabria, con la sentenza n. 324 del 13 maggio 2019 ha considerato la notifica del ricorso e non il deposito dello stesso quale discrimine per l'applicazione del rito.

nella duplice veste di partecipante e subappaltatore[10]. Pertanto con il Decreto Legge "sblocca cantieri" veniva consentito a chi avesse partecipato alla gara di diventare, successivamente all'aggiudicazione, subappaltatore dell'aggiudicatario e generando così la "pericolosissima" situazione in cui un'impresa A, con la veste di partecipante, potesse prima impugnare giudizialmente l'aggiudicazione in favore dell'impresa B e poi accordarsi con quest'ultima a rinunciare al ricorso in cambio dell'assunzione della nuova veste di subappaltatore dell'impresa B. Questa situazione avrebbe creato una macroscopica stortura del sistema concorrenziale, mettendo i partecipanti nelle condizioni di poter effettuare accordi "sotto banco" al fine di ottenere l'aggiudicazione di una procedura di gara senza trovare ostacoli per la strada. Così allo stesso modo, il ricorso poteva diventare uno strumento ostruzionistico per i partecipanti non aggiudicatari a danno dell'aggiudicatario che avrebbe potuto avere il superiore interesse di acquisire in tempi brevi la commessa, scegliendo come subappaltatore l'operatore non aggiudicatario o un altro operatore economico vicino a quest'ultimo a fronte della rinuncia al giudizio.
Fortunatamente con la Legge di conversione si è intervenuti sull'art. 105 comma 4 del Codice, ripristinando la situazione allo stato antecedente al Decreto Legge "sblocca cantieri".
Ulteriore limitazione della libera concorrenza è stata operata dal Decreto Legge "sblocca cantieri" e confermata nella Legge di conversione con l'introduzione della modifica di cui all'art. 97 comma 8 del Codice che prevede l'esclusione automatica da parte della stazione appaltante delle offerte anormalmente basse, per procedure sotto soglia di cui all'art.35 con almeno dieci offerte ammesse, generando così una limitazione concorrenziale dei partecipanti alla procedura che potrebbero correre il rischio di rimanere fuori dalla gara per una strategia aggressiva in sede di offerta, consequenziale ad un'errata valutazione delle strategie di gara degli altri partecipanti.
In questo scenario di cambiamenti si innesta l'ulteriore novità apportata dalla Legge di conversione che avvia un operazione di "congelamento" degli effetti di alcuni articoli del Codice per la durata sperimentale valevole dal 18/06/2019 al 31/12/2020, consentendo:

- la possibilità per i Comuni non capoluogo di Provincia di procedere direttamente senza avvalersi, per i propri affidamenti, ad una centrale di committenza ai sensi dell'art. 37 comma 4 del Codice;
- l'ammissibilità dell'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori (ritorno all'appalto integrato) da parte delle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 59 comma 1 del Codice;

[10] V. sul punto Guglielmo Aldo Giuffrè, "*Il subappalto dei contratti pubblici tra autonomia imprenditoriale e limiti di interesse pubblico*" sulla Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 1 FEBBRAIO 2018, pag. 85.

- la possibilità per le stazioni appaltanti di scegliere i commissari non obbligatoriamente fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 77 comma 3 del Codice;
- l'innalzamento del tetto massimo del subappalto al 40%, da stabilire all'interno del bando ai sensi dell'art. 105 comma 2 del Codice;
- l'eliminazione della terna dei subappaltatori da indicare in gara ai sensi degli artt. 105 comma 6 e 174 comma 2 del Codice e la conseguente eliminazione dell'esclusione del concorrente per motivi afferenti al subappaltatore indicato ai sensi dell'art.80 commi 1 e 5 del Codice;
- l'applicabilità anche per i settori ordinari dell'inversione procedimentale, dando così la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare l'offerta tecnica ed economica prima della documentazione amministrativa ai sensi dell'art. 133 comma 8 del Codice;
- la possibilità, ex art. 205 comma 2 del Codice, di estensione dell'accordo bonario anche agli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica "ai sensi dell'art.25" (si presuma che vi sia un errore materiale del legislatore che si riferisce all'art.25 in materia di verifiche archeologiche anziché l'art.26 in materia di verifiche progettuali) del Codice;
- l'estensione delle competenze dei comitati tecnici amministrativi, presso i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, per i lavori pubblici di importo inferiore a 75 milioni di euro ai sensi dell'art. 215 comma 3 del Codice;
- l'estensione del termine fino a 90 giorni dalla trasmissione del progetto per il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi dell'art. 215 comma 5 del Codice;

Non da ultimo si segnalano le modifiche apportate in prima fase dal Decreto Legge "sblocca cantieri" e successivamente superate dalla Legge di conversione relativamente all'art. 36 del Codice in merito alla reintroduzione dell'affidamento diretto fino alla soglia europea per servizi e forniture e fino a 150.000 euro per i lavori, previo confronto di 3 preventivi per i lavori e 5 per i servizi, nonché l'innalzamento della soglia della procedura negoziata con almeno dieci operatori economici, per lavori pari o superiori a 150.000 e inferiori a 350.000 euro, che sicuramente possono rientrare nel novero delle modifiche positive finalizzate a velocizzare le procedure di affidamento delle gare.

Stesso discorso dicasi relativamente alla modifica apportata dalla Legge di conversione rispetto al Decreto Legge "sblocca cantieri" in merito al Regolamento unico attuativo, previsto dall'art. 216 comma 27 octies del Codice, che con il Decreto Legge faceva "*tabula rasa*" delle linee guida Anac e dei decreti attuativi sino all'adozione del Regolamento per poi "salvarli" con la Legge di conversione, mantenendoli in vigore fino all'adozione del Regolamento purché compatibili con il Codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273.

Al contempo si rappresenta la criticità connessa alla vigenza in questa fase transitoria delle linee guida e dei decreti che per molti aspetti non risultano più compatibili con il Codice modificato dalla Legge di conversione, con il rischio di generare, con ogni probabilità, uno stato di caos nell'operatività quotidiana, in particolare per le stazioni appaltanti.

Alla luce di quanto sopra evidenziato si rileva che, questo stato di "incertezza" del quadro normativo di riferimento e le continue inversioni di marcia sulla specifica materia, mette in seria difficoltà le stazioni appaltanti che si ritrovano innanzi ad un ennesimo cambio di rotta rispetto ad una situazione che si era consolidata negli anni sia sulla base della giurisprudenza formatasi successivamente alla pubblicazione dell'originario Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n.50/2016) che sulle prassi operative in materia, con il rilevante rischio che l'attuale "disorientamento" delle stazioni appaltanti possa compromettere il fine originario di velocizzazione e semplificazione delle procedure di gara e delle aggiudicazioni degli appalti.