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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

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

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 3/2023

SOMMARIO

1. **Desafíos normativos de la contratación pública electrónica en España.**
di Lidia García Martín ……..pag. 1260

2. **Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia.**
di Gennaro Terracciano…….pag. 1275

3. **I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti.**
di Francesco Fimmanò……..pag. 1291

4. **Il fondamento normativo o consensuale dell'in house provi-ding. Note a margine del nuovo codice e del PNRR.**
di Marco Tiberii……..……...pag. 1335

5. **La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate.**
di Rosario Santucci……pag. 1352

6. **Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio: le due culture.**
di Vito Mormando…….pag. 1380

ISSN 2036-7821

7. **Autorità indipendenti e (governo della) discrezionalità.**
di Simone Torricelli……...pag. 1388

8. **"The ECHR's constraints on the repressive power of public bodies".**
di Giovanni Martini …….pag. 1405

9. **Sussidiarietà e ambiente. Nuove dinamiche in tema di governance ambientale.**
di Marco Brocca…….pag. 1437

10. **Brevi riflessioni sul regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2, del D.lgs. n. 201/2022, alla luce di alcuni orientamenti della Corte dei Conti e dell'AGCM.**
di Bruno Mercurio…….pag. 1447

11. **L'Ufficio del Processo: lineamenti organizzativi e gestionali.**
di Floriana Fusco e Gilda Antonelli..…….pag. 1470

12. **Brevi note a prima lettura sui recenti interventi legislativi in tema di Corte dei conti tra soppressione dei controlli concomitanti sul PNRR.**
di Francesco Muzj……..pag. 1489

13. **The participation of University students in local governments' decision-making processes.**
di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo……pag. 1507

ISSN 2036-7821

14. Brevi riflessioni su rischi e vantaggi della decisione amministrativa automatizzata nel nuovo Codice dei Contratti pubblici.
di Gaia Colletti ……..pag. 1516

15. Brevi riflessioni sul concetto di cittadinanza amministrativa.
di Mario Paladino……..pag. 1534

16. La esportabilità delle situazioni giuridiche soggettive in ambito europeo.
di Antonella Corsale……..pag. 1551

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Desafíos normativos de la contratación pública electrónica en España.

di Lidia García Martín

(Profesora Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad de León)

Sommario

1. La influencia de la Unión Europea en el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública. 2. La contratación pública electrónica en España. 2.1. Excurso normativo sobre el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública. 2.2. Instrumentos al servicio de la contratación pública electrónica. Cuestiones prácticas.

Abstract

The success of electronic commerce in the private sector has acted as a lever to take advantage of the potential of the internal market and thus contribute to a more efficient and complete management of public procurement in the European Union.
The European Union Directives on public procurement have highlighted the importance of incorporating electronic means in the management of public tenders. In this sense, the repealed Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council, of March 31, 2004, on the coordination of procedures for the award of public works, supply and services contracts incorporated these provisions in order to that they serve as an instrument of publicity and reinforcement of transparency in award procedures. However, these provisions had to comply with the principles of equal treatment and non-discrimination between bidders.

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

ISSN 2036-7821

1. La influencia de la Unión Europea en el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública.

El éxito del comercio electrónico en el sector privado ha actuado de palanca para aprovechar el potencial del mercado interno y contribuir, de este modo, a una gestión más eficiente y completa de la contratación pública en la Unión Europea.

Las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública han subrayado la importancia de la incorporación de los medios electrónicos en la gestión de las licitaciones públicas. En este sentido, la derogada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios incorporó estas previsiones a fin de que sirvieran como instrumento de publicidad y refuerzo de la transparencia en los procedimientos de adjudicación[1]. Ahora bien, dichas previsiones debían cumplir con los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores[2].

En cualquier caso, pese a que la norma reguló algunos instrumentos favorables a la contratación electrónica como los sistemas dinámicos de adquisición o las subastas electrónicas, su utilización quedó condicionada a la voluntariedad del órgano de contratación, enlazando este carácter meramente potestativo con la inseguridad jurídica que, denunciada por Sosa Wagner, deriva de la modificación y actualización continúa de las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su posterior incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales[3].

Las Directivas de cuarta generación y, especialmente, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, pese a establecer la regla general del empleo de medios electrónicos para las comunicaciones que deriven del procedimiento de contratación pública y en la presentación de ofertas, lo cierto es que incluye múltiples excepciones que quiebran, a mi parecer, la regla general y hacen perder fuerza a la obligatoriedad de la contratación pública electrónica, pues

[1] Conforme el Considerando 35º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 "habida cuenta de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y de las simplificaciones que pueden implicar para la publicidad de los contratos y en términos de eficacia y transparencia de los procedimientos de adjudicación, conviene que los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios clásicos de comunicación e intercambio de información. En la medida de lo posible, el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros".

[2] Como se reconoce en el Considerando 12º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 "los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia".

[3] F. SOSA WAGNER, «Horizonte: reforma de la contratación pública (y II)», *El blog de espublico*, 10 de junio de 2010, disponible en https://www.administracionpublica.com/horizonte-reforma-torl-de-la-contrata cion-publica-y-ii/, última consulta el 20 de octubre de 2019.

ISSN 2036-7821

emplean, en su mayoría, conceptos jurídicos indeterminados de compleja concreción práctica[4].

2.La contratación pública electrónica en España.

2.1Excurso normativo sobre el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública.

Como ha reconocido Quintana López, el rigor de las estipulaciones contractuales ha impedido en ocasiones la adaptación de los servicios públicos a los avances científicos y técnicos[5]. No en vano, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reconoció la posibilidad de utilizar medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública, como el correo electrónico[6]. A dicha reglamentación se unió la aprobación de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se reguló el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación a fin de estandarizar los sistemas y aplicaciones utilizados en las licitaciones electrónicas y garantizar la interoperabilidad y el intercambio de datos entre Administraciones públicas[7].

[4] Me refiero, en concreto, a que podrá excepcionarse el uso de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas cuando debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos de comunicación requiera herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no estén en general disponibles o no acepten los programas generalmente disponibles; las aplicaciones que soporten formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilicen formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o estén sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el poder adjudicador no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia; la utilización de medios de comunicación electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores o los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no puedan ser transmitidos utilizando medios electrónicos.

[5] T. QUINTANA LÓPEZ, "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, p. 422.

[6] Vid. al respecto, J. A. MORENO MOLINA, "Administración electrónica y contratación pública", en J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos,* Civitas, Navarra, 2011, p. 745. De forma detallada, sobre las aportaciones del RGLCAP, vid. R. GARCÍA MACHO (dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Más actual, puede verse I. GALLEGO CÓRCOLES, "La utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 145, 2016.

[7] Ahora bien, esta Orden, dictada al amparo de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, circunscribe su aplicación al ámbito de la Administración General del Estado por considerar necesario esperar a que "se decanten suficientemente las medidas de implementación del marco normativo constituido por la Directiva 2004/18/CE que, impulsadas desde instancias comunitarias, se dirigen a estandarizar los sistemas y aplicaciones utilizados en la licitación electrónica para garantizar su interoperabilidad y el intercambio de datos entre las Administraciones europeas, y a que se consolide suficientemente una experiencia en el empleo de estos medios que permita identificar con mayor seguridad aquellos extremos de la contratación electrónica cuya homogeneidad deba garantizarse mediante su regulación por disposiciones de carácter básico".

ISSN 2036-7821

La Orden Ministerial condiciona, en consecuencia, el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública de la Administración General del Estado a que se haya establecido su admisibilidad en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en donde deberán figurar los trámites que se cumplimentarán por vía electrónica, informática o telemática, así como los medios electrónicos y sistemas de comunicación y notificación utilizables[8]. De tal manera que los pliegos y la documentación necesaria que derive de la licitación deberán estar disponibles electrónicamente «en un formato conforme con los estándares abiertos aplicables a cada documento, y ser accesibles a través de procedimientos electrónicos de carácter no discriminatorio, de acceso público, y compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general»[9].

Ha de hacerse notar que aun en los casos en los que se admita en los pliegos el empleo de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, su uso no deja de ser meramente potestativo para aquellos licitadores que deseen emplear estos medios en sus relaciones con el órgano de contratación. De tal manera que aquellos licitadores que opten por este cauce deberán presentar de forma telemática su proposición o solicitud de participación y la documentación necesaria, debiendo manifestar, asimismo, de forma expresa que emplearán medios electrónicos para la presentación de escritos, comunicaciones y documentación y para la recepción de las notificaciones, siendo necesario que estén dados de alta en un sistema de notificación telemática admitido en el pliego y que dispongan de una dirección electrónica. Ahora bien, en el caso de que el licitador opte por el empleo de los medios electrónicos, esta decisión le vinculará durante toda la fase previa a la adjudicación del contrato y también durante su ejecución, si finalmente resultara adjudicatario, debiendo emplear los programas, formatos y aplicaciones establecidos, salvo cuando existan causas técnicas, debidamente acreditadas, que lo impidan.

No en vano, ha de hacerse notar que pese a que la norma alude al empleo potestativo de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos en el procedimiento de contratación, la norma permite que, en determinados casos, la presentación de las solicitudes de participación y proposiciones, la aportación de documentos y las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y los licitadores o contratistas, se realice, en todas o en algunas de sus fases, exclusivamente a través de medios electrónicos. Menciona, por ejemplo, aquellos contratos en los que, por razón

[8] De conformidad con la Orden Ministerial EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación se espera a que «se consolide suficientemente una experiencia en el empleo de estos medios que permita identificar con mayor seguridad aquellos extremos de la contratación electrónica cuya homogeneidad deba garantizarse mediante su regulación por disposiciones de carácter básico». Para ampliar esta materia, vid. I. GALLEGO CÓRCOLES "Contratación pública electrónica", en J. PUNZÓN MORALEDA (coord.), *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

[9] Art. 2.1 *in fine* de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.

ISSN 2036-7821

del número previsible de licitadores, por la cantidad y características de los productos o bienes objeto de licitación o por la concurrencia de otras peculiaridades debidamente motivadas, resultara conveniente por razones de agilidad y simplificación del procedimiento, así como en las licitaciones y contratos que se celebren dentro del sistema de adquisición centralizada de bienes y servicios[10].

Responde a esta misma inquietud la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se aprueba la aplicación Conecta Patrimonio para la presentación telemática de proposiciones a los concursos de adopción de tipo de bienes y servicios de adquisición centralizada, así como de peticiones de suministros y servicios derivados de dichos concursos, que impone el uso de los medios telemáticos en los procedimientos de contratación administrativa centralizada. Ha de hacerse notar que los documentos que se emitan por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, así como las copias de originales almacenados a través de estos mismos medios, gozarán de la misma validez y eficacia que la atribuida al documento original siempre y cuando se garantice la autenticidad, integridad, conservación, así como, en su caso, la recepción por el interesado[11].

En fin, afecta también a esta materia la Orden EHA/1744/2005, de 3 de junio, por la que se establecen las condiciones generales, formularios y modelos para la presentación y tramitación telemática de solicitudes de clasificación de empresas, de tal manera que la Orden impone la presentación y tramitación telemática de las solicitudes de clasificación de empresas, así como crea la aplicación informática que requiere su instrumentación[12].

Por su parte, la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público mantuvo la senda de sus predecesoras y admitió la posible gestión telemática de solicitudes[13]. Ahora bien, el hecho de que cada órgano de contratación pudiera

[10] Art. 2.3 de la Orden EHA/1307/2005, de 29 de abril, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.

[11] Art. 7.5 de la Resolución de 16 de mayo de 2005, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se aprueba la aplicación Conecta Patrimonio para la presentación telemática de proposiciones a los concursos de adopción de tipo de bienes y servicios de adquisición centralizada, así como de peticiones de suministros y servicios derivados de dichos concursos.

[12] Aunque como reconoce V. ALMONACID LAMELAS "hasta que no se exija, de forma imperativa, la utilización por parte de los entes públicos de la licitación electrónica, no se implantará" (*Hoja de ruta hacia la Administración local electrónica. Protocolo de actualización para los pequeños y medianos municipios,* El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2012, p. 90). Para analizar el contenido de la mencionada Orden, vid. J. A. MORENO MOLINA, "La utilización de medios electrónicos en la contratación pública", en M. FABRA VALLS y J. L. BLASCO DÍEZ (coords.), *La Administración electrónica en España. Experiencias y perspectivas de futuro,* Estudis Jurídics, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007, pp. 139 y ss.

[13] Al respecto, vid. L. TOLIVAR ALAS y E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública,* núm. 176, 2008, p. 56; y, E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público,* Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 85.

ISSN 2036-7821

disponer de su propio perfil sin exigir su necesaria centralización ha impedido fomentar la transparencia, fragmentándose, de este modo, el mercado de compra pública y limitándose la concurrencia[14]. Estas previsiones, relegadas en su mayoría a las disposiciones adicionales de la norma, eran meramente programáticas ya que no incluyeron proposiciones imperativas ni mecanismos suficientes para asegurar su aplicación práctica. Las normas aprobadas con posterioridad hasta la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) no introdujeron innovaciones de calado al respecto más allá de reconocer el fomento y la preferencia de la contratación pública electrónica[15].

La vigente Ley impone, en cambio, el empleo obligatorio de medios electrónicos en las licitaciones públicas[16]. Sin embargo, como ya se ha expuesto, la inclusión de

[14] Sobre la técnica legislativa empleada y la sistemática poco acertada de la LCSP 2007 da cuenta J. A. MORENO MOLINA, "Administración electrónica y contratación pública", en J. L. PIÑAR MAÑAS (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos,* Aranzadi, Navarra, 2011, p. 752.

[15] En cualquier caso, la regulación de la contratación electrónica por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no alcanzó la virtualidad esperada, pues cuestiones trascendentales como la transparencia seguían constituyendo una asignatura pendiente. Es más, la JCCA de Andalucía en su Informe 6/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica, ha determinado que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, fomenta el empleo de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública pero no impone su uso de forma obligatoria, por lo que «nada obsta que la presentación de las ofertas por parte de las personas licitadoras pueda realizarse por medios presenciales en las oficinas de registro» (Vid. al respecto el Informe 6/2017, de 19 de junio, de la JCCA de la Junta de Andalucía *sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica*, disponible en https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads5555/2017/07/CCCP-Andaluc%C3%ADa. Infome-6-2017.Cont-electr%d87658C3%B3nica.pdf, última consulta el 2 de abril de 2022). De hecho, para R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, el retraso hasta ese momento de la incorporación de la contratación pública electrónica en España «es consecuencia directa de que ni el legislador comunitario ni el español en la transposición concibieron la e-Contratación como mecanismo obligatorio» ("El uso de medios electrónicos en la contratación pública. La relación entre las Leyes 39 y 40 de 2015 y las Directivas 24 y 25 de contratación pública y facturación electrónica. Propuestas para su transposición", en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2017, p. 319). J. PINTOS SANTIAGO afirma, por su parte, que «esto es debido a la laxitud tanto de las Directivas europeas como de la normativa española sobre la materia a la hora de regular el uso de las TICs en los procedimientos de contratación pública con el fin de conseguir una contratación pública electrónica en todos los pasos y fases de la misma» ("Inmediatez y régimen transitorio de la implantación obligatoria de la contratación pública electrónica en las nuevas Directivas sobre contratación pública", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas,* núm. 129, 2014, p. 58). Vid. también AA.VV., "Con la normativa vigente actual no es obligatorio la licitación electrónica", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 151, 2017, pp. 70 y ss.

[16] Como reconoce J. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, "el establecimiento con carácter obligatorio de la contratación electrónica en todos los procedimientos de contratación y en todas las fases contractuales es coherente con el marco jurídico regulador de la administración electrónica comunitaria y nacional donde se manifiesta que la tramitación electrónica debe ser la forma habitual de gestión en las Administraciones públicas» ("La obligación de contratar electrónicamente en la nueva Ley de Contratos del Sector Público y las plataformas de contratación electrónica", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 45, 2018, p. 31).

ISSN 2036-7821

múltiples excepciones a esta regla general permite, en todo caso, su no aplicación a causa de la pasividad del órgano de contratación a la hora de emplear medios electrónicos en la gestión de sus licitaciones públicas[17]. Ahora bien, estas excepciones, deben ser, en todo caso, objeto de interpretación restrictiva, motivándose en un informe específico las razones que justifiquen el empleo de medios no electrónicos.

2.2 Instrumentos al servicio de la contratación pública electrónica. Cuestiones prácticas.

on, sin duda, múltiples las problemáticas derivadas del empleo de medios electrónicos en el curso del procedimiento de adjudicación contractual.

En primer lugar, *el régimen normativo de la huella electrónica que configura la LCSP para los supuestos en los que se registren incidencias que impidan la presentación telemática de la oferta.* En estos casos, la presentación de la oferta se realizará en dos fases. La primera, mediante la visualización del intento de presentación a través de la huella electrónica o *hash* de la oferta y la segunda, mediante la presentación de esta en el plazo improrrogable de 24 horas[18]. Ahora bien, la huella electrónica solo será visible cuando el licitador registre alguna incidencia a la hora de cargar su oferta en la plataforma electrónica de licitación, no siendo posible modificar la oferta, por cuanto se trataría de una discordancia entre la huella electrónica y la oferta completa ni su presentación en un formato incompatible con la huella, por ejemplo, en la Plataforma de Contratación del Sector Público solo es posible su presentación en formato XML (no en formato PDF). Tras la obtención del justificante de la presentación de la huella electrónica es necesario que el licitador intente nuevamente presentar la oferta completa a través de la plataforma de licitación y solo si no fuera posible debe proceder a presentarla completa a través de un registro físico u oficina de correos[19]. Por lo que se refiere al plazo de 24 horas, entiendo que este solo alude a la remisión de la oferta y no a su entrega en destino por cuanto en los casos en los que el licitador deba transmitirla en soporte electrónico (pen drive, CD-room), a través de un registro

[17] Incorpora las mismas excepciones a la presentación electrónica de las ofertas que las contenidas en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. Vid. al respecto, la Disposición adicional decimoquinta, apartado tercero, *infine* de la LCSP.

[18] Como se reconoce en las Resoluciones del TACRC núm. 804/2023, de 15 de junio (rec. núm. 714/2023 C.A. Illes Balears 55/2023), 1526/2022, de 1 de diciembre (rec. núm. 1460/2022) y 1641/2021, de 10 de diciembre (rec. núm. 1425/2021) el plazo de veinticuatro horas se computa de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate no pudiendo tener una duración superior a las veinticuatro horas. A nuestros efectos, el inicio del cómputo del plazo se produce en el momento en el que se genera el justificante de huella electrónica. Ahora bien, si el plazo de veinticuatro horas finaliza en sábado, domingo, festivo o día inhábil, el plazo de 24 horas finalizará a la misma hora de generación de la huella electrónica del siguiente día hábil al de la presentación de la oferta. Vid., al respecto, la Resolución núm. 516/2023, de 27 de abril (rec. núm. 465/2023) del TACRC.

[19] Como ha manifestado en reiteradas ocasiones el TACRC en sus Resoluciones núm. 130/2023 (rec. núm. 1663/2022, de 9 de febrero) y 385/2019, de 17 de abril (rec. núm. 23/2019 C.A. Valenciana 3/2019), la vigente LCSP no entiende presentada la oferta si solo se acompaña la huella electrónica y no se completa en las 24 horas posteriores marcadas por la ley. Al no existir oferta propiamente dicha, es imposible su subsanación.

ISSN 2036-7821

físico autorizado, pueden registrarse incidencias, ajenas a su voluntad, que impidan (retrasos, festivos, etc.) su entrega efectiva en el limitado plazo de las veinticuatro horas posteriores[20].

En segundo lugar, *el limitado margen de capacidad de la Plataforma de Contratación del Sector Público* si se compara con otras plataformas privadas como LICIT@ constituye un obstáculo en las licitaciones de contratos de suministros y obras donde el volumen documental es elevado. Además, ningún documento podrá superar los 5MB pues en caso contrario no podrá ser firmado con la aplicación @Firma[21]. La guía del Gobierno propone como posibles soluciones reducir el tamaño del documento o desglosar dicho documento de la oferta en varios distintos a través de la opción anexar documentos. Sin duda, estas soluciones son contraproducentes a la apuesta por una mayor celeridad, simplificación y eficacia administrativa. Interesa más, a mi parecer, el empleo de la tecnología de nube o *cloud computing*, que permite al licitador compartir la documentación con el órgano de contratación a través de Google drive o Dropbox. En la práctica, pese al posible empleo de tecnologías disruptivas, se viene admitiendo que, por cuestiones de volumen, parte de la oferta se presente en formato físico (CD o USB) mediante comparecencia en las dependencias del servicio de contratación correspondiente, sin perjuicio de que el resto se presente electrónicamente, lo que es otra muestra más de la ineficiencia del modelo en la práctica[22].

En tercer lugar, *en relación con el trámite de subsanación en la licitación electrónica*, pese a que inicialmente se consideró que no era posible otorgar un nuevo plazo, hoy se distingue entre el incumplimiento total y grave de la obligación de la aportación de los documentos a que se refiere la LCSP, que equivaldría a la retirada de la oferta, de aquellos supuestos que la doctrina especializada califica como de cumplimiento

[20] Vid. al respecto la Resolución núm. 903/2023 de 6 de julio, del TACRC (recurso núm. 617/2023) en la que se desestima el recurso interpuesto pues la recurrente, a quien corresponde la carga de la prueba, no acredita que el envío de la oferta se realizara en el plazo de 24 horas tras la generación de la huella electrónica y no queda acreditado que el órgano de contratación rechazara la presentación física de la oferta dentro de las 24 horas a que fuera obtenida la huella electrónica de presentación de la proposición. Es importante insistir en que, de acuerdo con la Guía de los Servicios de Licitación Electrónica para empresas, cuando el justificante de presentación de la oferta contenga el término "huella electrónica" la responsabilidad de completar la oferta en el plazo improrrogable de 24 horas recae exclusivamente en el licitador. Además, la *Guía de Servicios de Licitación Electrónica para empresas: Proposición y Presentación de ofertas* aconseja a los licitadores que presenten las ofertas con antelación suficiente, al objeto de advertir y solucionar aquellos problemas que puedan derivarse de la presentación de las ofertas en los plazos establecidos al efecto por cuanto, siguiendo la Resolución núm. 0903/2023, de 6 de julio, del TACRC (rec. núm. 617/2023) "la presentación en el último día de plazo evidencia falta de diligencia de un buen padre de familia".

[21] Como se reconoce en la Resolución núm. 967/2021, de 30 de julio, del TACRC (rec. núm. 566/2021 C.A. Cantabria 20/2021) "referente al peso de la oferta, existe una limitación en la capacidad que tiene el máximo de la plataforma es 38 Mb en el total de la oferta y 5 Mb por documento, se pueden utilizar programas tales como Zip o Rar".

[22] Resolución núm. 518/2022, de 6 de mayo, del TACRC (rec. núm. 307 y 309/2022 C. Valenciana 87 y 89/2022).

ISSN 2036-7821

defectuoso o imperfecto, a los que resulta de aplicación el trámite de subsanación de tres días, sin posibilidad de introducir modificaciones sustanciales en la oferta presentada por cuanto iría en contra de los principios esenciales de la contratación pública, pero sí de solicitar aclaraciones en relación con determinados aspectos de la oferta valorables mediante criterios de adjudicación cuantitativos[23]. El plazo deberá computarse en días naturales, pese a que el Reglamento de 2001, en su art. 81.2 lo calificó como días hábiles, al ser en palabras de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado "la opción más respetuosa con el mandato de la LCSP" (de acuerdo con la DA 12ª de la LCSP).

En el procedimiento de adjudicación abierto [art. 156.3 c] la Ley reconoce la posibilidad de reducir el plazo general de presentación de proposiciones cuando el órgano de contratación acepte la presentación de ofertas por medios electrónicos. Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación pública electrónica es la regla general, a mi juicio no se trata propiamente de una reducción de los plazos en cinco días cuando se presente la proposición en formato electrónico sino, más bien, de una ampliación del plazo general en los supuestos en que dicha regla general quiebre[24]. Además, al constituir la licitación electrónica la regla general no comparto que la LCSP siga aludiendo al "sobre", siendo más adecuado que se sustituya, a mi juicio, por "archivo electrónico.

Por último, pese a que la apertura pública de la oferta económica ha constituido un requisito instrumental en garantía de los principios de igualdad de trato, no discriminación entre licitadores y de la transparencia, se excepciona en la licitación electrónica por considerar que el procedimiento electrónico garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones sin afectar a los citados principios. A mi parecer, lo anterior no evita que se produzca, en todo caso, un menoscabo en las garantías de los licitadores en punto a la necesaria transparencia que debe presidir la tramitación de

[23] Al efecto, de acuerdo con el literal de la Resolución núm. 363/2021 del TACRC (rec. núm. 1465 y 1498/2020) "hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente "extensivos, formalistas e injustos" acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que "resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado".

[24] P. IGLESIAS REY, "Art. 152. Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración", en M. Á. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 980; E. FLECHA MARCO, "Art. 138. Información a los interesados", en M. Á. RECUERDA GIRELA (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 891; A. PALOMAR OLMEDA (dir.), *Contratación administrativa electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 203; M. M.ª RAZQUIN LIZARRAGA y F. J. VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 135; L. J. DE JUAN CASERO, "La utilización de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. El expediente electrónico de contratación", en M.ª C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local: Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 304.

ISSN 2036-7821

las licitaciones públicas, más si cabe, en las electrónicas, no debiéndose admitir su merma injustificada, principalmente porque no cabe recurso contra el acta de apertura electrónica de las proposiciones al tratarse de un acto de trámite no cualificado.

Por lo que se refiere a los instrumentos y sistemas que posibilitan la gestión de las licitaciones electrónicas es obligada la mención, en primer lugar, al *Documento Europeo Único de Contratación (DEUC),* que se configura como una declaración formal actualizada del operador económico, sirve para acreditar que el licitador cumple los criterios de selección y no se encuentra en ninguna de las situaciones de prohibición o exclusión, siendo liberado, de este modo, de una tediosa carga burocrática. Su cumplimentación telemática le permite su exportación y almacenamiento en dicho formato lo cual facilita su empleo nuevamente en otros procedimientos de adjudicación, siempre que dicha información se mantenga completamente actualizada[25]. De este modo, se logra simplificar los trámites impuestos a los licitadores, otorgar seguridad al homogeneizar los requisitos exigidos en las licitaciones transfronterizas y aumentar la concurrencia al reducir las barreras que impiden a las pymes acceder a los mercados de contratación pública. Ahora bien, la falta de simplicidad y sencillez en su utilización y su configuración como una declaración de carácter provisional, no evita que el licitador propuesto finalmente como adjudicatario deba aportar la documentación justificativa, algo que a mi parecer podría comprobarse de forma automática por la Administración, mediante la introducción de las técnicas de inteligencia artificial.

Por su parte, la transparencia entendida como la apertura de la información pública al ciudadano se instrumenta en la contratación pública a través del portal de transparencia y el perfil de contratante. Ahora bien, en muchas ocasiones la información que se publica es de carácter incompleto, heterogénea, descentralizada y duplicada, de ahí que alcance un valor estratégico indudable la sistematización de los datos administrativos a fin de posibilitar su reutilización y propiciar una mejor planificación y supervisión de la contratación pública, siendo necesario que se publique en formatos abiertos y que el sistema informático que soporte el perfil de contratante disponga de un dispositivo que acredite el momento de inicio de la difusión pública de la información, la publicación se realice en formatos abiertos y reutilizables, y se garantice un control sobre la información del documento y su posible incorporación al archivo que se incluye en abierto en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Sin perjuicio de lo anterior, valoro como positivo que la LCSP califique [art. 39.2 c)] como causa de nulidad de pleno derecho la ausencia de publicación del anuncio de

[25] Sobre el particular, vid., las resoluciones del TACRC núm. 0792/2023, de 15 de junio (rec. núm. 668/2023 C. Valenciana 153/2023) y núm. 0757/2023, de 15 de junio (rec. núm. 734/2023 C. Valenciana 173/2023).

ISSN 2036-7821

licitación en el perfil de contratante, lo que refuerza los principios de transparencia, igualdad y no discriminación que deben presidir los procedimientos de compra pública, suprimiendo, de este modo, la diferenciación de efectos derivada de la ausencia de publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante prevista en la anterior regulación.

Igualmente, he de hacer notar que, pese a que la LCSP ubica la regulación de la Plataforma de Contratación del Sector Público en el Título III, destinado a la gestión de la publicidad contractual, debemos indicar que no se trata de un mero instrumento de publicidad sino que se configura como un sistema integral de contratación pública por cuanto puede ofrecer tanto servicios de recepción y custodia de documentos como contar con aplicaciones electrónicas que posibiliten la tramitación electrónica de algunos procesos de la licitación pública. La implantación de las plataformas electrónicas por las Comunidades Autónomas, que podrán sustituir o completar a la Plataforma de Contratación del Sector Público está desarrollándose de forma asimétrica, sin garantía de la necesaria interoperabilidad y siendo marcada la dependencia del sector privado. Ahora bien, la LCSP obliga, por su parte, a los entes del sector público autonómico a publicar las convocatorias de licitación y sus resultados en las Plataforma de Contratación del Sector Público con independencia de que opten por alojar sus perfiles en esta o en sus plataformas autonómicas creadas al efecto. Por su parte, la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional[26] declaró inconstitucional el término *"excluyente y exclusiva"* en lo relativo a la posibilidad de optar de los entes locales entre alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial o por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, al considerar juiciosamente que esta decisión compete a los órganos de contratación locales de forma no condicionada.

Sin duda, la exigencia de requisitos heterogéneos entre plataformas complica su manejo, incrementa los costes y constituye una barrera de acceso a las pymes. Además, la LCSP prescribe para los casos de discrepancia entre la información publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en la plataforma autonómica, que prevalecerá lo publicado en esta última, lo que obliga a los operadores económicos y demás interesados a comprobar ambos portales a fin de analizar la información publicada; muestra una vez más de la falta de interoperabilidad entre sistemas. Sería adecuado, a mi parecer, que se publique, no solo la información relativa a las convocatorias de licitación y sus resultados, sino que se extienda también a la fase de ejecución y finalización de los contratos a fin de convertir a la Plataforma de Contratación del Sector Público en la fuente principal de datos.

[26] Sentencia 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97 de 23 de abril de 2021). ECLI:ES:TC:2021:68.

ISSN 2036-7821

En segundo lugar, la *subasta electrónica* configurado como instrumento adicional para la adjudicación de contratos en el marco de determinados procedimientos de adjudicación, permite gestionar la presentación de mejoras en las ofertas y su reclasificación de forma automática[27]. Ahora bien, aunque la primera fase de evaluación de las ofertas es automatizable, existirá intervención previa humana en relación con la determinación de los criterios y baremo de las especificaciones técnicas que se tendrán en cuenta a la hora de proceder a dicha valoración automatizada. También será automática la clasificación de las ofertas en la segunda fase, relativa a la celebración de la subasta, permitiendo objetivar de este modo, aún más si cabe, este procedimiento al evitar toda posible arbitrariedad derivada de la intervención del funcionario público[28]. Pese a las ventajas en su empleo derivadas de una mayor transparencia y seguridad, ahorro en los costes de gestión de los procedimientos de compra pública, la existencia de ofertas más competitivas y el aumento de la concurrencia, no resulta adecuada en determinados contratos con prestaciones de carácter intelectual o de forma indiscriminada por cuanto puede resultar contraproducente al logro de una mayor concurrencia. A lo anterior se suma el alto grado de complejidad de las aplicaciones informáticas y la falta de innovación a la hora de configurar este instrumento pues no se han automatizado determinados subprocesos de la subasta electrónica como la intervención de la mesa de contratación.

En tercer lugar, los *catálogos electrónicos*, contribuyen a homogeneizar la forma de presentación y organización de la información de todos los licitadores participantes que se presten al tratamiento electrónico, siendo un instrumento adecuado de simplificación y eficacia administrativa, si bien registran determinados peligros en torno a la garantía de una competencia efectiva y el respeto de la igualdad de trato habida cuenta que podrán elaborarse catálogos electrónicos sobre la base de otros previamente presentados. Por esta razón, la LCSP impide que la utilización de los catálogos electrónicos para la presentación de ofertas pueda suponer únicamente la transmisión por los operadores económicos de su catálogo general. Su uso en la práctica ha resultado completamente reducido debido a la ausencia de regulación en la LCSP, siendo incorporado, no obstante, en el art. 98 de la Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y

[27] Al respecto, sobre el desarrollo del acto de subasta electrónica, vid., las Resoluciones del TACRC núm. 0833/2023, de 22 de junio (rec. 688/2023) y 0143/2023, de 9 de febrero (rec. 1741/2022).

[28] Ha de hacerse notar que, de acuerdo con la Resolución núm. 1259/2022, de 13 de octubre, del TACRC (rec. núm. 1132/2022) "la notificación de la celebración de subasta y la subasta misma no son actos de trámite y de serlo, no lo son cualificados, pues el eventual perjuicio de la no concurrencia a la misma, por lo demás potestativa, no se manifiesta en realidad hasta la adjudicación, que aquí no ha tenido lugar".

ISSN 2036-7821

fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales[29]. A mi parecer, sería adecuado trasladar esta regulación a la LCSP a fin de fomentar el empleo de este instrumento para la presentación electrónica de las ofertas.

Por su parte, los *instrumentos de racionalización técnica de la contratación pública* permiten el empleo de medios electrónicos en una parte o en la totalidad de la tramitación. Así, por ejemplo, los *acuerdos marco* simplifican y reducen los costes derivados de la tramitación de los procedimientos de contratación pública pero no frenan el riesgo de prácticas colusorias, esto es, la posible existencia de pactos en relación con las pujas a realizar o la celebración de acuerdos fraudulentos entre licitadores[30]. Además, al circunscribir el acuerdo marco la competencia a las empresas inicialmente partes en el mismo se produce una restricción evidente del mercado. De ahí que sea fundamental la articulación de canales de denuncia en los supuestos de conflictos de intereses, que si bien, ya estaban previstos en el art. 63.1 de la LCSP, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, impone la exigencia de articular canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento como mecanismos efectivos no solo para prevenir y detectar el fraude y la corrupción sino también para analizar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia y prevenir todo tipo de actuaciones que falsean la competencia, incrementan los costes y en definitiva, impiden el correcto funcionamiento del mercado interior.

El *sistema dinámico de adquisición*, aunque se configura como un proceso exclusivamente electrónico de adquisición de obras, servicios y suministros de uso corriente con duración limitada y de carácter gratuito, la LCSP no obliga al empleo de medios electrónicos en relación con la evaluación de las ofertas y el tratamiento, la gestión de la ejecución y las comunicaciones internas[31]. Además, resulta sumamente cuestionable que los contratos de obras puedan calificarse como compras de uso corriente.

En relación con la adjudicación de los contratos derivados durante la vigencia de un sistema dinámico de adquisición, la LCSP introduce como novedad un plazo mínimo de 10 días naturales a contar desde la invitación con posibilidad de ampliación para la presentación de las ofertas a diferencia de la anterior regulación (art. 202.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) que aludía a la concesión de un plazo suficiente sin determinar mínimo. Esta previsión puede generar a mi parecer

[29] Sobre algunas de las innovaciones que incorpora el mencionado RD-ley 3/2020 en materia de contratación pública da cuenta la Resolución núm. 0952/2023, de 20 de julio, del TACRC (rec. núm. 799/2023).

[30] Al respecto, vid., las Resoluciones del TACRC núm. 0987/2023, de 20 de julio (rec. núm. 887/2023), núm. 0960/2023, de 20 de julio (rec. núm. 903/2023) y 0902/2023, de 6 de julio (rec. núm. 535/2023).

[31] Vid., la Resolución núm. 0347/2023, de 16 de marzo, del TACRC (rec. núm. 187/2023).

ISSN 2036-7821

ciertos retrasos en aquellas licitaciones con escasa complejidad a las que la ley obliga a respetar este mínimo para la presentación de ofertas.

Con todo, no alcanzo a comprender que la LCSP suprima la posibilidad de emplear la subasta electrónica para la adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, pese a reconocerse en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Tampoco comparto que los sistemas dinámicos de adquisiciones susceptibles de recurso especial se formalicen sin plazo de espera, lo que entronca con la tutela precontractual que pretende salvaguardar la norma.

Por último, las *centrales de compra* sirven para centralizar las compras de carácter general y, eventualmente, para compras auxiliares, pudiendo ser un aliado que facilite el acceso de las pymes a los procedimientos de compra pública. Ahora bien, para la adquisición de algunos tipos de bienes sigue siendo más eficiente acudir a la contratación descentralizada, por lo que es crucial establecer un catálogo de bienes y servicios que resulte adecuado centralizar. A mi juicio, sería adecuado que se incorporaran las centrales de compra a las plataformas de licitación electrónica pues otorgaría a este instrumento mayor publicidad y facilitaría el acceso a la información y documentación contractual. Con todo, pese a las oportunidades de la centralización en cuanto a la simplificación administrativa al atribuirse a órganos especializados la tramitación de los procedimientos de contratación, así como el ahorro de costes derivado del empleo de la contratación pública a gran escala, lo cierto es que se registran dificultades a la hora de garantizar una real y efectiva competencia en el marco de la compra centralizada, así como realizar adquisiciones a partir de centrales de compra en otros Estados miembros o de adjudicar conjuntamente contratos públicos. Por esta razón, el art. 228.3 *in fine* de la LCSP limita la posibilidad de contratar la provisión de la misma prestación a través de varias centrales de contratación a la misma Administración pública, ente u organismo. Ahora bien, a mi parecer esto impide únicamente que se puedan adherir a otras centrales de contratación para la misma prestación pero ello no prohíbe que una misma Administración pueda estar adherida a varias para prestaciones diferentes. No en vano, una aplicación limitada de la compra centralizada impide aprovechar las ventajas de este sistema siendo indispensable la búsqueda del equilibrio perfecto y proporcional entre su utilización y los límites a la misma.

Todo lo anterior me permite cerrar esta intervención concluyendo que es indispensable evitar situaciones de cautividad y, en consecuencia, depender de un solo proveedor en los sistemas de licitación electrónica. Para ello sería esencial estipular una serie de especificaciones técnicas a nivel general y desarrollar soluciones comunes, abiertas y reutilizables para todas las plataformas a fin de

ISSN 2036-7821

garantizar una gestión homogénea de los procedimientos de contratación con independencia de la herramienta electrónica empleada a fin de materializar el principio de neutralidad tecnológica en el desarrollo de estos sistemas, demandando, en fin, la necesaria aprobación del marco reglamentario oportuno que posibilite su materialización en la práctica.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia

di Gennaro Terracciano

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Premessa. – 2. Sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale e sui limiti della sua rilevanza. – 3. La graduazione della colpa. 4. In prospettiva: l'orientamento al risultato e il principio della fiducia.

Abstract

How much remains of the system of the last organic reform on administrative responsibility referred to in Law no. 20 of 1994 is difficult to evaluate. This is not only due to the changes made by the art. 3 of the legislative decree n. 441 of 1996, and by art. 3 of the legislative decree n. 543 of 1996, converted into Law no. 639 of 1996, but above all for the countless and occasional interventions of the legislator, even in limited areas, which, although they do not appear to have had a direct impact on the fundamental rules, have nevertheless profoundly undermined their foundations, without an apparent unitary purpose.

* *Presentato al Convegno di studi GIUSTIZIA AL SERVIZIO DEL PAESE - Palermo – 12 e 13 Ottobre 2023*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Quanto sia rimasto dell'impianto dell'ultima riforma organica sulla responsabilità amministrativa di cui alla L. n. 20 del 1994 è difficile valutarlo. Ciò non solo per le modifiche apportate dall'art. 3 del d.l. n. 441 del 1996, e dall'art. 3 del d.l. n. 543 del 1996, convertito in L. n. 639 del 1996, ma soprattutto per gli innumerevoli e occasionali interventi del legislatore, pure in ambiti circoscritti, che seppure non sembra abbiano avuto incidenza diretta sulle norme fondamentali, ne hanno tuttavia profondamente scalfito le fondamenta, senza un'apparente finalità unitaria.

La riforma aveva inciso in modo significativo sul regime di responsabilità amministrativa, in coerenza con l'introduzione di una riforma organica della Pubblica Amministrazione ed in particolare della natura e del ruolo della dirigenza amministrativa (d.lgs n. 29 del 1993), la cui attività doveva orientarsi al risultato. In tale quadro erano state ritenute apprezzabili le scelte del legislatore quanto: alla limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave; alla nuova disciplina della responsabilità degli organi collegiali; alla insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; al nuovo regime di trasmissibilità del debito agli eredi; all'obbligo da parte del giudice contabile di tener conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione pubblica; alla parzialità dell'obbligazione risarcitoria; al regime della prescrizione, in ogni caso in cinque anni, del diritto al risarcimento del danno (Corte Cost. Ord. 119 del 16 aprile 1998).

Pervero, interventi non organici del legislatore in specifici ambiti erano già usuali prima ancora della riforma organica e generalmente in funzione di limitazione della responsabilità in ragione della particolare attività svolta. Ad esempio, l'art. 11 della L. n. 340 del 1965, prevedeva una ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale di determinati funzionari statali alle solo ipotesi di dolo, con esclusione anche della colpa grave, per le gestioni fuori bilancio di Sovrintendenze dei beni culturali (Corte Cost. n. 108 del 26 giugno 1967 e n. 164 del 19 ottobre 1982). La limitazione di responsabilità per danni ai casi di dolo e colpa grave era stata disposta anche dalla legge R. Sicilia n. 7 del 1971, artt. 52 e 53, estesa ai dipendenti che funzionalmente dipendessero dalla Regione (Corte Cost. n. 112 del 26 giugno 1973); si affermava, anche, che non esisteva un principio di irrilevanza della colpa nella responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici (Corte Cost. n. 1032 del 15 novembre 1988). Ancora, si era ritenuto che l'art. 52 del r.d. n. 1592 del 1933, che limitava la responsabilità per danni del presidente e dei componenti del Consiglio di amministrazione delle Università solo al dolo e alla colpa grave, non fosse illegittimo per disparità di trattamento (per altre ipotesi si vedano gli artt.: 15 L. n. 90 del 1961; 1 L. n. 1833 del 1962; 20 e 22 D.P.R. n. 3 del 1957; 11 L. n. 340 del 1965) (Corte Cost. n. 54 del 5 marzo 1975 e n. 164 del 19 ottobre 1982).

In effetti, la Corte Costituzionale aveva sostanzialmente avallato tale modo di

ISSN 2036-7821

procedere del legislatore nazionale, avendo modo di chiarire che lo stesso può stabilire quali comportamenti costituiscano fonte di responsabilità e quale grado di colpa sia richiesto per l'accertamento della responsabilità del dipendente pubblico, senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà. A ben vedere, la riforma del 1994/96 aveva una finalità abbastanza definita, come già rilevato, e cioè quella di predisporre un assetto normativo in cui il timore della responsabilità (e della "firma") non esponesse all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa, alla ricerca di in delicato equilibrio tra il rischio dell'attività che deve rimanere a carico dell'apparato e quello che incombe al dipendente, **di modo che la prospettiva della responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo** (Corte Cost. n. 371 del 20 novembre 1998).

In tale prospettiva non è parso incongruo che si accentuasse il perimetro della sfera di autonomia gestionale dei dipendenti pubblici sottratto al sindacato della Corte dei Conti, in conseguenza dell'articolo l'art. 3 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, il cui primo comma espressamente contempla, con riferimento ai soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, "l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali" (Corte Cost. n. 327 del 24 luglio 1998).

Come rilevato, comunque, successivamente alle leggi 19 e 20 del 1994 sono state approvate centinaia di disposizioni di rango legislativo, che hanno inciso non poco sull'assetto complessivo dell'attività di controllo della Corte dei conti e sulla sua attività giurisdizionale e pare ormai inevitabile chiedersi se non risulti necessaria una riforma organica della materia sostanziale, come del resto accaduto per il processo contabile, alla luce soprattutto degli ultimi interventi normativi cc.dd. transitori, decisamente indirizzati a diminuire il disincentivo all'esercizio del potere amministrativo costituito, si dice, dalla responsabilità erariale.

2. Sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale e sui limiti della sua rilevanza.

Il dibattito intorno alla configurazione e alla natura della responsabilità amministrativa (sanzionatoria, risarcitoria, mista, eclettica) è stato decisamente accentuato dalla riforma del 1994/96. In effetti, la Corte Costituzionale è intervenuta, sostenendo che le nuove linee normative sembravano accentuare il profilo sanzionatorio della responsabilità amministrativo-patrimoniale rispetto a quello risarcitorio (Corte Cost. n. 453 del 30 dicembre 1998). Ma la domanda che ormai occorre porsi è se la qualificazione della natura di tale responsabilità sia rilevante, e eventualmente in che limiti, in conseguenza della pragmatica delimitazione della stessa ad opera del legislatore e del modo di intenderla da parte della

ISSN 2036-7821

giurisprudenza. In altri termini, sembra che detta qualificazione possa risultare indifferente sia quanto all'elemento soggettivo, sia quanto al nesso causale, quali elementi strutturali della responsabilità stessa. L'evento dannoso e la conseguente quantificazione dell'eventuale obbligazione risarcitoria possono naturalmente essere influenzati dalla natura della responsabilità, in ragione delle finalità che si intendono perseguire (ripristinatorie, punitive, di deterrenza), ma ciò non dovrebbe avere rilevanza sul piano della graduazione della colpa.

A ben vedere, ad oggi le tesi che si sono succedute nel tempo sulla natura della responsabilità amministrativo-patrimoniale sembrano tutte avere un limite: non appaiono conciliabili con il dato normativo oggettivo, che pragmaticamente prova a trovare soluzioni, sia pur a volte provvisorie, a problematiche contingenti. Del resto, inizialmente detta responsabilità nasceva come puramente risarcitoria, e piuttosto si discuteva se essa fosse di natura contrattuale o extracontrattuale (6) (Corte Conti, I, 4 luglio 1949, n. 32). A seguito della riforma si è sostenuta la natura peculiare della responsabilità erariale, rispetto alla responsabilità civile, rimanendo diverse la struttura e la funzione (21), ed anche la non utilità di qualificare la responsabilità amministrativa come aquilana o contrattuale. Tuttavia, a seguito della citata sentenza n. 371 della Corte Costituzionale, quale conseguenza del venir meno della responsabilità per colpa lieve, le tesi sulla natura sanzionatoria, in luogo di quella risarcitoria pura, si sono rafforzate, sebbene si sia fatta strada una tesi mediana, fondata sulla peculiarità della responsabilità amministrativa, una sorta di responsabilità "mista", che affianco alla funzione risarcitoria individua in modo complementare una funzione socioculturale (37). Rimaneva, comunque, evidente la diversità di approccio della giurisprudenza, soprattutto di Cassazione, rimanendo anche alquanto discussa la effettiva rilevanza dell'osservazione relativa alla circostanza che la condanna risarcitoria può, nei casi previsti e anche a seguito di esercizio del potere riduttivo, non corrispondere integralmente al danno subito (26). Naturalmente, ogni tesi presenta sfumature tali da giustificare lo scostamento con il diritto obiettivo, così che anche la tesi della natura prettamente risarcitoria della responsabilità amministrativa, finisce per essere temperata riconoscendosi, sia pur marginalmente, una funzione risarcitoria (23). Proprio tali difficoltà di conciliare il dato normativo, quello giurisprudenziale e quello dottrinario, ha dato vita anche ad un orientamento "eclettico", che valorizzando gli aspetti compensativo-risarcitori e sanzionatori-repressivi, prova a ricostruire una natura di "terzo genere", ma non mista, bensì speciale, fondata sulla combinazione di personalità e patrimonialità e denominata "pubblica-risarcitoria", anche in conseguenza della peculiarità dell'illecito tipizzato nella responsabilità erariale (35). In definitiva, pur essendo il dibattito ancora in corso (1, 2, 5, 9, 11, 14, 25, 28, 30, 31, 33), tratto comune risulta essere la convinzione che la responsabilità erariale ed il suo processo hanno

ISSN 2036-7821

connotazioni strutturali e funzionali dirette a salvaguardare l'integrità dell'interesse economico-finanziario dello Stato comunità e la funzionalizzazione dell'organizzazione e dell'azione dell'apparato pubblicistico, in senso lato, al perseguimento con efficienza degli interessi pubblici specifici e, quindi, dell'interesse pubblico generale. Ma è proprio tale funzionalizzazione che sembra non più attuale, alla luce degli ultimi interventi normativi. In particolare, si vuole fare riferimento all'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 convertito nella legge n. 120 del 9 novembre 2020, come modificato (quanto al termine) dall'art. 51, comma 1, lett.h), della legge n. 108 del 2021 e dall'art. 1, comma 12 quinquies, lett.a) del d.l.n. 44 del 22 aprile 2023, come convertito nella legge n. 74 del 21 giugno 2023, nonché alle disposizioni introdotte nel nuovo codice degli appalti con il d.lgs. n. 36 del 2023, all'art. 2, comma 3.
Già si era rilevato (Giornata di Studi, Corte Conti 14 novembre 2019), tuttavia, che le diverse tesi sulla natura della responsabilità non appaiono divergere in modo significativo quanto all'affermazione della natura personale della responsabilità (11) anche se ne traggono conseguenze ovviamente diversificate (20, 21), in coerenza con la concezione dell'elemento psicologico, per tutti componente strutturale, insieme al nesso causale e al danno (35), o anche criterio di imputazione (18), della responsabilità stessa, pur in presenza di una giurisprudenza che non consente di delineare tratti comuni e criteri valevoli in astratto, rimanendo indubbio che la mutevolezza del caso concreto è tendenzialmente infinita e difficilmente perimetrabile. Allo stesso modo, le tipologie di danno (diretto o indiretto, da disservizio, da tangenti, all'immagine, alla concorrenza, all'ambiente, e così via) che possono dar luogo a responsabilità si sono evolute ed affinate, a volte ad opera del legislatore (si pensi al danno all'immagine e quelli conseguenti alla commissione di reati), quasi tipizzandosi e finendo per diminuire non poco la rilevanza della condotta e dell'imputabilità personale (si pensi alla culpa in vigilando o alla responsabilità di posizione organizzativa), dando adito a ipotesi di responsabilità di natura oggettiva, o quasi, ovvero di "posizione".

3. La graduazione della colpa.

Ciò che, quindi, risulta essere maggiormente rilevante, e lo confermano gli ultimi interventi normativi, ai fini della configurazione (più che della natura) della responsabilità erariale è l'elemento psicologico, la cui disciplina era apparsa rivoluzionata proprio dalla riforma del 1994/96, eliminandosi in via generale la responsabilità non solo in caso di colpa lievissima (6), ma anche in caso di colpa lieve (20) e oggi incisa dai richiamati interventi del 2020 e 2023 del legislatore. Del resto, proprio la Corte dei conti ha avuto modo di rilevare (nel contributo scritto sull'atto di governo n. 19 – codice dei contratti pubblici – nel febbraio 2023) che "*La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da*

ISSN 2036-7821

quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto.".

La rilevanza dell'elemento psicologico e cioè del grado di colpevolezza è rinvenibile in quelle tesi (21) che evidenziano come la responsabilità civile e quella amministrativa si differenziano proprio sul piano della colpevolezza, con almeno due concezioni, sia pure con diverse declinazioni: psicologica e normativa. La prima risulterebbe fondarsi sul nesso psichico tra l'agente e il fatto, mentre la seconda atterrebbe al giudizio di rimproverabilità della condotta per l'atteggiamento antidoveroso della volontà che era possibile non assumere. Ne deriva una diversa concezione del dolo e della colpa e, soprattutto, un diverso significato della graduazione della colpa, che nel primo caso atterrebbe più al grado di diligenza (parametrato ad un canone medio), nel secondo caso consentirebbe una reale graduazione della contraddizione tra la volontà del soggetto e la norma. L'accertamento della gravità della colpa, quanto alla responsabilità amministrativa, non riguarderebbe la normale diligenza in astratto, bensì la conformità in concreto del comportamento ai canoni di conoscibilità, prevedibilità e evitabilità dell'evento. In altri termini, come pure ricavabile dalla giurisprudenza e dagli stessi ultimi interventi legislativi, la concezione "normativa" pare ormai essere prevalente. In effetti, in coerenza con tale concezione, si è evidenziato (6) che non pare esserci graduazione nell'ambito dell'elemento soggettivo tra dolo e colpa, essendo qualitativamente atteggiamenti della volontà molto diversi: il dolo, in prima approssimazione, sarebbe rilevabile nella cosciente intenzione o volontà di recare danno o di non evitarlo, mentre la colpa è rappresentata dalla violazione o omissione di doveri di diligenza, perizia, competenza, senza la specifica intenzione di arrecare danno. Una graduazione è ammissibile quanto alla colpa e non certo al dolo, sia pure esso inteso in senso erariale (12, 38). E sarebbe possibile distinguere una colpa lievissima (culpa levissima), da una colpa lieve (culpa levis) e da una colpa grave (culpa lata), per la quale la mancanza di diligenza, ovvero la negligenza, è straordinaria.

La riforma del 1994/96 ha consentito di avviare una riflessione quanto al modo di intendere il grado di colpa, prima non ritenuta interessante (11). Ciò ha comportato, in via generale, la ricerca dei tratti distintivi e caratteristici della gravità della colpa rispetto a quella lieve, finendo di volta in volta per valorizzare ora uno ora altro aspetto, senza che si potessero individuare indicatori univoci: prevedibilità dell'evento; sprezzante trascuratezza dei doveri; particolare noncuranza degli interessi pubblici; violazione dei doveri del buon padre di famiglia (concezione civilistica); assoluta negligenza ed imperizia, in rapporto alla competenza del soggetto; massima imprudenza o evidente mancanza di cautela, in relazione alla

ISSN 2036-7821

possibilità dell'evento; macroscopica e grossolana trascuratezza gestionale; e così via. Naturalmente, accanto a tali aspetti, in concreto, si sono valorizzati, in funzione di attenuazione o per migliore comprensione, la preparazione personale del soggetto, le circostanze ambientali o organizzative, l'efficienza della struttura, la durata della condotta, e così via. Ciò, verosimilmente, ha indirizzato la giurisprudenza della Corte dei conti, come già rilevato, verso una concezione fortemente normativa, valorizzandosi in particolare la inescusabile negligenza o la previsione dell'evento dannoso, con marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta conoscibili ex ante. La prevedibilità e l'evitabilità finiscono per rilevare ai fini della valutazione del comportamento del soggetto come diligente, e caratterizzato da perizia e prudenza. Allo stesso tempo, la concezione normativa ha richiesto di valorizzare il dolo, anche eventuale (36, 39), in modo indipendente dalla concezione sia penalistica che civilistica-contrattuale, anche se i tratti distintivi del dolo erariale non sembrano di facile individuazione (12, 15, 32, 38), e ciò pare aver giustificato l'intervento del legislatore con l'art. 21 citato, che al comma 1 sembra aver riportato la nozione del dolo nell'alveo di quella penalistica.

La concezione psicologica e quella normativa sembrano, così, riflettersi nella concorrente distinzione tra colpa in senso soggettivo e colpa in senso oggettivo, consistendo la prima nella consapevolezza di agire con violazione dei doveri di ufficio e con negligenza, nonché con coscienza della probabilità dell'evento, mentre la seconda in un comportamento oggettivamente in contrasto con norme di diritto o di esperienza. La disciplina definitoria di cui all'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, sia pure riferita ad un ambito circoscritto, finisce per sopperire alla mancanza di una definizione normativa della colpa erariale, ma non pare ancora risolvere il problema della difficile ricerca di un tratto distintivo tra colpa lieve e colpa grave, una volta che l'intensità della coscienza non rilevi quanto l'importanza della violazione in senso oggettivo, con il rischio (questo, si, grave) che la colpa lieve di un tempo si trasformi in colpa grave solo per evitare di far venir meno la responsabilità (24, 27), e che la colpa grave assurga a dolo per lo stesso motivo.

Rimane la difficoltà di individuare una nozione unitaria di colpa grave, anche per la non certo perspicua disposizione dell'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, che pare sovrapporre o addirittura far coincidere l'elemento psicologico con la mera condotta violativa di una norma. Rimane ancora oggi non risolutivo ricorrere alle tesi della c.d. colpa in concreto, o del metodo empirico, o delle figure sintomatiche (27, 18, 7), che sembrano rimettere quasi esclusivamente al giudice il riconoscimento del grado di colpa minimo richiesto per la "imputabilità", in evidente contrasto con la prospettiva innovativa della riforma (34) e non coerente con gli ultimi interventi normativi. Non si può dubitare, ben inteso, che al giudice occorra riconoscere in materia un accentuato potere valutativo-discrezionale, essendo affidato al prudente

ISSN 2036-7821

suo apprezzamento l'insieme delle condizioni, degli elementi, delle circostanze e dei fatti ritenuti rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità e della pronuncia eventualmente conseguenziale della condanna risarcitoria e della misura in concreto di essa; ma il giudice, nei limiti del possibile, applica una regola, un criterio, una massima di esperienza, ma non "crea" esso stesso la regola del caso concreto, semmai la "ricerca", magari con difficoltà, nell'ordinamento giuridico in senso lato, anche attraverso l'esercizio di una funzione nomofilattica che pare non del tutto presente nella giurisdizione della Corte dei Conti. Non si intende fare riferimento ad una tipizzazione legale, della cui utilità pure si è dubitato (24, 29), ma neanche pare accettabile l'assenza di disposizioni normative, se si eccettua quella dell'insindacabilità delle scelte discrezionali, che indirizzino la discrezionalità del giudicante, quanto all'elemento della colpevolezza, proprio nell'ottica della specialità della responsabilità amministrativo-patrimoniale e per limitare le inevitabili disparità di trattamento, anche meramente territoriali (8), non certo attenuate dal potere riduttivo (28).

In effetti, pare proprio che la mancanza di un quadro normativo chiaro si rifletta in una giurisprudenza non certo univoca e nella circostanza che la graduazione della colpa comporti una sorta di graduazione della responsabilità (19, 20, 27, 10, 35), non consentendo di percepire se essa tenda ad individuare una soglia minima per l'imputabilità o un limite minimo di punibilità. Seppure sembri indubitabile il nesso inscindibile tra colpa e responsabilità, così come pare indiscutibile che la punibilità non possa prescindere dall'accertamento della responsabilità, e anche che all'imputabilità non consegue necessariamente la punibilità, non può disconoscersi che la questione posta sia influenzata fortemente dalla adesione ad una o altra teoria in tema di natura risarcitoria, o sanzionatoria, o mista, o eclettica della responsabilità erariale. In effetti, potrebbe sostenersi che attraverso la valutazione dell'elemento psicologico, quanto meno nella concezione normativa, si tenda a graduare la responsabilità, con effetto diretto sulla misura della condanna, la cui finalità sembrerebbe prevalentemente sanzionatoria; nella concezione psicologica, la graduazione della colpa tenderebbe prevalentemente a consentire di accertare la responsabilità, con effetto diretto sulla condanna, con finalità prevalentemente risarcitoria. Tuttavia, le diverse combinazioni evidenziabili nei casi concreti non consentono di ricavare una qualche utile regola, e lo stesso potere riduttivo finisce per essere inteso a tratti come indice della natura sanzionatoria della responsabilità, a tratti come elemento di mitigazione, correlato al grado o intensità della colpa, coerente con una natura risarcitoria o mista. Tuttavia, se l'eliminazione della rilevanza della colpa lieve ai fini dell'accertamento della responsabilità pareva voler fissare specificamente una soglia di imputabilità e non semplicemente incidere sulla punibilità, i recenti interventi normativi, che incidono sulla rilevanza della colpa

ISSN 2036-7821

grave, sembrano invece militare in senso opposto, in quanto riguarderebbero la sola punibilità. Ciò rende ancor più evidente la necessità di un intervento normativo di riforma complessiva, che, come auspicato dalla Corte Costituzionale, sia orientata in modo da consentire che la **responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo** (Corte Cost. n. 371 del 20 novembre 1998).

L'equilibrio nella ripartizione del grado di rischio insito nell'attività amministrativa (gestoria) tra amministrazione pubblica e i propri agenti in realtà si è già, in tal senso, arricchito, proprio con riferimento ai due interventi legislativi intervenuti e richiamati, che da un lato hanno reso transitoriamente (sia pure lungamente) irrilevante (sia pure in parte) la colpa grave e dall'altro hanno funzionalizzato la nozione della stessa al principio della fiducia, sia pure nel limitato ambito della contrattualistica pubblica.

Del resto, detti interventi normativi sono stati dichiaratamente orientati al tentativo di diminuire il grado di incertezza sul perimetro della responsabilità amministrativa e limitare il diffuso senso di insicurezza nei funzionari pubblici ed in generale in chi agisce nell'interesse pubblico, con rilevante timore di incorrere in una incolpazione (essa stessa sentita già come punitiva), dalle conseguenze imprevedibili anche sul piano della quantificazione dell'eventuale risarcimento del danno.

Paradossalmente, detto grado di incertezza si è acuito in conseguenza anche della progressiva eliminazione dei controlli preventivi, aumentando l'area della discrezionalità gestionale e quindi della responsabilità, sulla base di una malintesa necessità di dare maggiore speditezza all'azione amministrativa, ma ricavandone invece l'effetto opposto: la minore propensione ad assumere decisioni ed a esercitare potere discrezionale, e, di converso, la maggiore propensione all'assunzione di cautele esorbitanti, con aggravamenti procedimentali, che ben a ragione possono unitariamente consentire di definire tale modalità di esercizio del potere con la locuzione "amministrazione difensiva", caratterizzata dalla prassi di anteporre al perseguimento dell'interesse pubblico la tutela della propria posizione, rimanendo purtroppo diffusa la convinzione che l'inerzia sia meno rischiosa dell'azione.

Il Legislatore, anche in ragione del grave periodo emergenziale e della necessità di maggiore speditezza nella spesa per la realizzazione del PNRR, ha dovuto prendere atto che gli agenti della P.A., intesa in senso lato, non riescono ad accettare ed assumersi la quantità di rischio derivante dall'attività amministrativa che l'ordinamento pone a loro carico; ma tale considerazione rimane ancor più vera se si aggiunge che la mancata accettazione e assunzione dipendono principalmente dalla estrema difficoltà di comprendere e delimitare tale rischio.

Questa pare la ragione di fondo che ha spinto il Legislatore ad introdurre la citata norma transitoria di cui all'art. 21 della legge di semplificazione del 2020 (2, 5, 14), che al comma 2 ha limitato, salvo che per le ipotesi di inerzia, la responsabilità

ISSN 2036-7821

erariale ai soli casi di dolo: in fondo se l'elemento soggettivo necessario per l'imputabilità della responsabilità amministrativo-patrimoniale fosse definitivamente limitato al dolo, non pare dubbio che ne scaturirebbe una semplificazione a tutto vantaggio dell'efficienza dell'azione amministrativa, venendo ragionevolmente meno i timori e le incertezze evidenziate, in coerenza con la necessità di orientare l'azione amministrativa al risultato, abbandonando la logica del mero adempimento (del resto, l'ordinamento già conosceva almeno un'ipotesi del genere, contenuta all'art. 29, comma 7, del decreto legge 78/2010, come modificato dal d.lgs. del 24/09/2015 n. 159, articolo 5, ove si statuisce che la responsabilità di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni, è limitata alle ipotesi di dolo, per i funzionari dell'Agenzia delle entrate, con riguardo alle valutazioni di diritto e di fatto operate ai fini della definizione del contesto mediante gli istituti previsti da una serie di procedure concorsuali o paraconcorsuali, o anche per la definizione di procedure amichevoli).
Si conferma la non centralità, così, della tematica sulla natura risarcitoria o sanzionatoria della responsabilità, giacché non vi sarebbe dubbio sulla conseguenza dell'accertamento in termini di assoluto e completo ristoro del danno causato. Ciò non significa ritenere irrilevante la causazione del danno per colpa grave, giacché il sistema sanzionatorio repressivo risiederebbe nella diversa responsabilità disciplinare, che connota il rapporto di servizio. Si potrebbe anche sostenere che la responsabilità amministrativa attiene alla rottura della relazione di immedesimazione organica, come la responsabilità disciplinare attiene alla violazione del rapporto giuridico di servizio.

4. In prospettiva: l'orientamento al risultato e il principio della fiducia.
Nonostante il chiaro orientamento normativistico della giurisprudenza contabile, le innovazioni legislative richiamate non hanno certo ricevuto un'accoglienza positiva, visto che non sono mancate prese di posizioni fortemente critiche e tentativi di aggiramento delle disposizioni in casi concreti.
In effetti, se la Corte dei conti (nel contributo scritto sull'atto di governo n. 19 – codice dei contratti pubblici – nel febbraio 2023) ha evidenziato, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, come "*Il comma 3 dell'art. 2 definisce il perimetro della colpa grave stabilendo che, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituisce colpa grave: • la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi; • nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza; • e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Come chiarito dalla relazione illustrativa, la scelta di definire normativamente il*

ISSN 2036-7821

perimetro della colpa grave nasce dall'esigenza di rendere meno labile il confine tra colpa grave e colpa lieve e, dunque, eliminare il più possibile incertezze interpretative", prendendo atto della necessità di maggiore chiarezza al fine di rendere coerente in concreto l'azione del Giudice contabile con il principio della fiducia, e nel contempo contribuendo al perseguimento del principio del risultato, d'altro canto Essa ha anche non del tutto digerito l'intrusione legislativa sul piano delle esimenti, laddove lo stesso comma 2 "… *aggiunge che non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Tanto, in coerenza con le vigenti previsioni del codice della giustizia contabile (art. 69, comma 2 e art. 95, comma 4), a loro volta confermative di una giurisprudenza consolidata sull'elemento soggettivo della responsabilità erariale*". In effetti, sembra quasi volersi neutralizzare la portata innovativa della disposizione affermandosi che "*Sembra dunque realizzarsi un virtuoso compromesso fra l'esigenza evidenziata nella relazione al codice di ridurre le incertezze interpretative in materia e la necessità di una impostazione coerente con l'istituto della responsabilità erariale, rispetto al quale permane certamente la assoluta necessità di valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto, sia pure percorrendo l'iter argomentativo delineato dalla giurisprudenza e ripreso dalle disposizioni in esame*", di modo che la stessa non incida sul potere del Giudice di valutare caso per caso l'applicabilità dell'esimente: con l'effetto di una certa permanenza di un grado di incertezza la cui eliminazione o riduzione era proprio lo scopo della norma.

A ciò si aggiunge la critica assoluta alla norma di cui al citato art. 21, laddove transitoriamente "… *ha circoscritto la responsabilità erariale ai soli casi di dolo, con esclusione della colpa grave, sia pure per i soli danni erariali cagionati da condotte attive*", soluzione legislativa ritenuta "… *priva di fondamento logico giuridico*" e in contrasto con il quadro normativo euro-unitario istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza (c.d."recovery plan") (Reg. 2021/241), oltre che connotata "… *da evidenti profili di illegittimità costituzionale*". Al riguardo la Corte dei conti richiama proprio l'orientamento della Corte costituzionale, già citato, formatosi a partire dalla introduzione della responsabilità per sola colpa grave (cfr. C. Cost. n. 37/1998, confermata, fra le altre, da C. Cost. n. 340/2001), sostenendo che quell'equilibrio che la Corte Costituzionale auspicava, fra rischio a carico dell'apparato e quello a carico del funzionario, risulterebbe alterato, in aperto contrasto con l'art. 97, comma 2, Cost., di cui peraltro costituisce corollario il principio del risultato. Ciò nonostante, il Legislatore ha ritenuto con il citato d.l. n. 44 del 2023, come convertito nella legge n. 74 del giugno 2023, di prolungare la vigenza della norma al 30 giugno 2024, non tralasciando tuttavia di statuire che ciò si richiede nelle more di "*una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile*", avvalorando quanto già rilevato a proposito del superamento dell'assetto della riforma del

ISSN 2036-7821

1994/96, ma senza che si sia preso atto che una riforma solo della disciplina della responsabilità erariale senza incidere sul rapporto tra questa e la funzione di controllo potrebbe rivelarsi non del tutto risolutiva.

A ben vedere, la finalità dei recenti interventi normativi descritti alla delimitazione della colpevolezza nell'ambito della responsabilità erariale, funzionale al perseguimento dei principi del risultato e della fiducia sembrano, per la Corte dei conti, da condividere, ma le disposizioni in realtà tradirebbero le stesse finalità, in quanto *"… il principio della fiducia, che si basa sul presupposto del riconoscimento di capacità e professionalità in capo al funzionario responsabile, non può conciliarsi con l'esclusone della responsabilità per colpa grave laddove, come noto, detta soglia minima di punibilità attiene, per costante giurisprudenza, ai casi quali l'"intensa negligenza", la "sprezzante trascuratezza dei propri doveri", l'"atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni", la "macroscopica violazione delle norme", il "comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza"."*.

In definitiva, si finisce per disconoscere nella sostanza la stessa ratio che ha condotto il Legislatore ad introdurre dette norme, è ciò in quanto *"…l'assunto secondo il quale l'azione amministrativa sarebbe bloccata dalla paura del processo contabile sia del tutto indimostrato, laddove, invece, è acclarato che la cosiddetta "paralisi del fare" derivi dalla complessità e farraginosità delle regole"*.

Per quanto non si possa che condividere l'affermazione della complessità e farraginosità del sistema normativo che presiede all'organizzazione e all'esercizio della funzione amministrativa, che richiederebbe ben consistenti interventi di semplificazione e, al contempo, di qualificazione del personale attraverso idonea formazione, si deve anche rimarcare che sottovalutare la percezione della inadeguatezza della disciplina sulla responsabilità amministrativa quanto al suo perimetro e ai profili dell'elemento soggettivo significa non comprendere che l'azione amministrativa è fortemente influenzata, negativamente, dalla impossibilità da parte degli agenti della pubblica amministrazione di esercitare con piena consapevolezza le proprie funzioni sia in termini di correttezza del proprio operato, sia in termini di delimitazione della propria responsabilità.

Nessuno può dubitare che l'esercizio di qualunque potere sia fonte di responsabilità quanto al suo esercizio o non esercizio, ma si tratta solo di evitare che la disciplina della responsabilità non risulti tanto incombente da non consentire un sereno esercizio del potere e una consapevole accettazione delle conseguenze dell'agire (o del non agire): tanto più le regole di esercizio del potere pubblico risultino complesse e farraginose e tanto più la formazione dei dipendenti e quindi la loro professionalità risulti non adeguata a tale complessità, ancor più si richiede un sistema di valutazione della colpevolezza, in ipotesi di violazioni o comportamenti illegittimi, che tenga conto di quella complessità.

ISSN 2036-7821

Il problema non può ridursi a soluzioni semplici, come l'eliminazione della responsabilità per colpa grave, ma non può neanche essere sottovalutato e rimesso al "giusto processo" e alla bontà delle postume valutazioni di un Giudice.
La strada intrapresa dal Legislatore sembra tutt'altra, facendo leva proprio sui principi del risultato e della fiducia.
L'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, al comma 3 richiede che l'agente pubblico sia messo nelle condizioni di potere agire consapevolmente, nel quadro delle prerogative allo stesso riconosciute al comma precedente, che evidenzia proprio che "*Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*".
A ben vedere, infatti, il principio della fiducia è principalmente funzionale a quello del risultato, e richiede e presuppone un'azione amministrativa legittima, trasparente e corretta: la violazione del principio, e quindi una azione illegittima o comunque non corretta, non consente di conseguire il risultato dell'azione stessa e quindi la soddisfazione dell'interesse pubblico generale, con inevitabile conseguenza sul piano della responsabilità dell'agente pubblico, ma solo quando sussista la violazione di norme di diritto o di autovincolo e la **"palese"** violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, "**in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto**". Ecco il nuovo equilibrio tra responsabilità di apparato e responsabilità individuale: la punibilità richiede che la violazione sia palese, cioè evidente, percepibile, con assunzione consapevole del rischio dell'inosservanza (quasi qualificabile come dolo eventuale) e ciò si realizza solo quando l'osservanza delle regole violate sia "esigibile" in relazione al grado di competenza dell'agente. A sua volta, il grado di competenza non può semplicemente essere desunto dalla posizione organizzativa dell'agente, ma occorre che sia accertato ed evidenziato in concreto, rendendo incompatibile una responsabilità di mera posizione e fortemente limitata una responsabilità per culpa in vigilando.
Sebbene la disposizione normativa sia limitata all'ambito degli appalti e contratti pubblici, sembra che essa abbia una portata paradigmatica, orientando in via generale, e conformemente all'art. 97 della Costituzione, l'interpretazione delle diverse norme in tema di responsabilità amministrativa secondo i principi della fiducia e del risultato, di modo che essa sia fattore di corretto esercizio del potere e non di rallentamento dell'azione amministrativa in ragione non già della c.d. "paura della firma" ma, più appropriatamente, del timore di agire inconsapevolmente in modo illegittimo o non corretto.
In tal senso si attende la annunciata riforma, che non potrà prescindere dal

ISSN 2036-7821

considerare complementare la riforma anche dei controlli, funzionalizzando anche la loro disciplina ai principi della fiducia e del risultato, rafforzando quelli cc.dd. concomitanti, in funzione collaborativa, di ausilio alla correttezza dell'agire amministrativo, con accentuazione della funzione consultiva della Corte dei conti, secondo un'elementare opportunità di prevenire ogni illegittimità o illecito per diminuire la necessità dell'intervento punitivo, sia esso di natura sanzionatoria o risarcitoria.

Riferimenti bibliografici:

1) Altieri A., La responsabilità amministrativa per danno erariale, Milano, 2012
2) Amante E., La "nuova" responsabilita` amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020, in Urbanistica e appalti n. 1/2021
3) Avallone P., Tarullo S., Il giudizio di responsabilità amministrativo contabile innanzi alla Corte dei conti, Padova, 2002, 48-53
4) Attanasio A., Rassegna ragionata di giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativo-contabile, in V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 526-555
5) Benigni A., Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata, in Rivista Corte conti n. 5/2020
6) Bennati A., Manuale di contabilità di Stato, Napoli, 1990, 753 e ss
7) Bonelli E., La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 261 e ss.
8) Bottino G., L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e responsabilità amministrativa: brevi osservazioni sulla possibile differenziazione, in ambito regionale e locale, dei profili del dolo e della colpa grave, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 599-609
9) Bottino G., Responsabilità amministrativa per danno all'erario, in Enc. Dir., annali, X, 2017, 756 e si.
10) Cacciavillani I., Il limite della colpa grave nella responsabilità amministrativa; la solidarietà risarcitoria verso terzi e il regime probatorio nell'azione di regresso (nota a Corte dei Conti, sez. III, 16 aprile 1998, n. 114), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 1087-1091
11) Canale A., L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in A.

ISSN 2036-7821

Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, 2019, 75-96
12) Caso L., Il dolo comune ed il dolo erariale (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in Foro amm.-CdS, 2004, 10, 2988
13) Cerioni F., La responsabilità amministrativa dei dirigenti e dei funzionari delle P.A. e delle società "controllate" per la violazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, in Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione, a cura di Cerioni F. E Sarcone V., Milano, 2019, 763 e ss.
14) Ciaramella A., La sopravvivenza normativa della responsabilita` erariale, in Diritto e conti 2020
15) Cimini S., Colpa della P.A. e colpa grave del dipendente pubblico, in AA.VV., in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 685-704
16) Cirillo L., Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza, in Foro amm., Cds, 2003, 2035 e ss.
17) Greco L., In tema di responsabilità patrimoniale degli impiegati dello Stato, in Riv. Corte Conti, 1958, I, 4
18) Della Ventura P., La responsabilità amministrativa: la colpa grave e il dolo, in E.F. Schlitzer, C. Mirabelli (a cura di), Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, Napoli, 2018, 173-190
19) Maddalena P., La colpa nella responsabilità amministrativa, in Riv. Corte dei conti, fasc. 2, 1997, p. 272-286
20) Maddalena P., La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998 (nota a Corte Costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371, in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 2, 1998, 954-960
21) Maddalena P., La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, in Lexitalia.it, 1, 2002
22) Orefice M., La responsabilità connessa alla realizzazione del piano anticorruzione: le modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, relazione convegno di Varenna 2013
23) Orefice M., Manuale di contabilità di Stato, 2014, 1153 e ss
24) Pagliarin C., Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, Padova, 2002, 197-297
25) Police A., La disciplina della responsabilità amministrativa e La natura della responsabilità amministrativa, in La responsabilità amministrativa ed il suo

ISSN 2036-7821

processo, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 61 ss
26) Raeli V., Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 163 e ss
27) Santoro P., Santoro E., I giudizi nelle materie di contabilità pubblica, D.lg. 26 agosto 2016, n. 174, Codice di giustizia contabile, Napoli, 2018, 273- 301
28) Schiavello L., La nuova conformazione della responsabilità amministrativa, Milano, 2001, 86-91 e 102-109
29) Sciascia M., La nozione di colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma, in AA. VV., Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme): atti del 51 convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 379-401
30) Scoca F.G., a cura di, La responsabilità amministrativa e il suo processo, 1997
31) Sepe O., La giurisdizione contabile, in G. Santaniello (diretto da), Trattato di diritto amministrativo, vol. XVI, II ed., Padova, 1997, 28-38 e 148-152
32) Sepe O., La colpa grave nel giudizio contabile (nota a Corte dei Conti, sez. riunite, 16 febbraio 1998 n. 9/A), in Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, fasc. 1, 1998, 85-89
33) Schlitzer – Mirabelli, a cura di, Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, 2018
34) Staderini F., Silveri A., La responsabilità nella pubblica amministrazione (con particolare riguardo a quella locale), Legislazione-dottrina-giurisprudenza, II ed., Padova, 1998, 131-138
35) Tenore V., La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali, in Id. (a cura di), La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli, IV ed., Milano, 2018, 26 e ss
36) Vacca A., Il fondamento gnoseologico del dolo eventuale e la responsabilità contabile: una possibile estensione applicativa, in www.lexitalia.it, 5, 2012
37) Veccia G., In tema di distinzione tra azione civile di responsabilità e azione erariale, in La Corte dei Conti tra tradizione e novità, a cura di Crocco D., 2014, 201 e ss.
38) Venturini L., La fattispecie di responsabilità amministrativa ed il suo accertamento processuale. Il «dolo erariale»: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine (nota a C. conti, sez. III d'appello, 28 settembre 2004, n. 510, in Foro amm.-CdS, 2004, 10, 2989
39) Vetro A., Dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti, in www.contabilità-pubblica.it, 2011

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I contratti pubblici nei nuovi codici della crisi e degli appalti.

di Francesco Fimmanò

(Professore ordinario di Diritto Commerciale presso l'Università del Molise)

Sommario

1. Il regime dei contratti di appalto pendenti nella liquidazione giudiziale; - 2. La sorte dei contratti pubblici nel concordato preventivo; - 3. Il completamento dei lavori in caso di crisi; - 4. La partecipazione di imprese in concordato ad appalti pubblici e l'assegnazione dei lavori e delle forniture; - 5. Il caso dei raggruppamenti e delle associazioni temporanee di imprese nel concordato preventivo; - 6. Il concordato in bianco; - 7. Il pagamento di crediti concorsuali ed il certificato unico di regolarità contributiva; - 8. Concordato in continuità ed affitto di azienda in cui vi siano contratti stipulati con la pubblica amministrazione.

Abstract

The execution of public contracts, in light of recent reforms, continues to present significant critical issues in the event of a crisis, despite the long gestation of the new rules which occurred in the context of application problems that have been known for years in both doctrine and jurisprudence.

On the other hand, it is a problem that often occurs in the dialectic between public law and commercial law due to the overlap of interests that are not always convergent and interdisciplinary visions that are often distorted by the different approach. For this purpose, it is enough to think of publicly held companies where the nature of the subject and the nature of the economic activity carried out constitute the theoretical basis for the scrutiny of a multitude of interpretative questions and which for years have produced, especially on the public sector side, significant antinomies.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo"*

ISSN 2036-7821

1. Il regime dei contratti di appalto pendenti nella liquidazione giudiziale.

L'esecuzione dei contratti pubblici, alla luce delle recenti riforme, continua a presentare profili di criticità rilevanti in caso di crisi, nonostante la lunga gestazione delle nuove norme avvenuta nel quadro di problemi applicativi ormai noti da anni sia in dottrina che in giurisprudenza.

D'altra parte si tratta di un problema che spesso si verifica nella dialettica tra diritto pubblico e diritto commerciale per la sovrapposizione di interessi non sempre convergenti e visioni interdisciplinari spesso deformate dal diverso approccio. Basti pensare all'uopo alle società a partecipazione pubblica dove natura del soggetto e natura dell'attività economica esercitata costituiscono la base teorica per lo scrutinio di una moltitudine di questioni interpretative e che per anni hanno prodotto, specie sul versante pubblicistico, rilevanti antinomie. [1]

L'art. 186 del codice della crisi sancisce innanzitutto che il contratto di appalto in genere, privato o pubblico che sia, si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto, dandone comunicazione all'altra parte nel termine di sessanta giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie.[2]

Il legislatore precisa poi però che nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso sia stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Le qualità soggettive rilevano in relazione alla continuazione del contratto in corso di esecuzione e lo scioglimento dello stesso non consegue automaticamente alla dichiarazione di insolvenza dell'appaltatore, salvo l'ipotesi in cui l'essenzialità delle dette "qualità soggettive" sia stata espressamente indicata nelle clausole contrattuali.

Dunque la disciplina della liquidazione giudiziale consente, come quella del concordato preventivo, la prosecuzione del contratto, preclusa solo laddove venga rilevata la qualità soggettiva dell'appaltatore, intesa come elemento determinante del rapporto negoziale e salve le norme in tema di appalto di opere pubbliche e

[1] In tema mi permetto di rinviare a: F. FIMMANÒ, L'abuso della personalita giuridica della societò pubblica, in Le società pubbliche - Fenomenologia di una fattispecie, a cura di F. FIMMANÒ - R. CANTONE - A. CATRICALÀ, Napoli, 2020, 33 s. In tema cfr. anche C. IBBA, L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico, in An. giur. ec., 2015, II, 409; F.A. RE, La crisi delle società in house tra regole concorsuali e disciplina dei contratti pubblici, in Dir. fall., 2019, 650 s.

2 Per uno dei primi acuti commenti sul nuovo art.186 CCII, anche rispetto alle relative ricadute sui contratti d'appalto pubblici (ancora vigente il D. lgs. N.50/2016), si rinvia a A. PEZZANO - M. RATTI, Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti pendenti: l'appalto, in DirittodellCrisi.it, 2023.

ISSN 2036-7821

quindi del nuovo codice dei contratti pubblici[3], in quanto rilevano in questo caso non solo gli interessi delle parti ma quello della collettività alla corretta esecuzione dell'opera o del servizio. Rispetto alla pendenza del rapporto negoziale va precisato che per quanto riguardo l'appalto tra privati, questo può dirsi concluso quando una volta eseguiti i lavori nelle tempistiche previste, ai sensi dell'articolo 1665 c.c., l'opera viene consegnata al committente che deve accettarla: l'adempimento dell'appaltatore è subordinato all'accettazione (anche tacita o presunta) dell'opera. Per gli appalti pubblici invece, solo l'approvazione del collaudo da parte della Pubblica Amministrazione completa l'esecuzione del rapporto.

E' quasi superfluo ricordare che l'accesso alla "composizione negoziata", che non è una procedura concorsuale, non determina invece alcun limite per l'imprenditore di prosecuzione dei contratti pubblici o di partecipazione alle gare di appalto (non rientrando in alcuno dei casi di esclusione contemplati dall'art. 94, co.5, lett d) del nuovo codice dei contratti pubblici), purché evidentemente ne abbia i requisiti (ivi compresi i c.d. Durc che non beneficiano degli effetti concorsuali) e nei limiti di capacità, congruità, fattibilità e straordinarietà delle scelte adottate nel conformarsi alle disposizioni di cui agli artt. 21 e 24 CCII ed alle valutazioni dell'esperto. Analogamente va rammentato che, a norma dell'art. 124 comma 6, c.c.p., restano, rispetto alla situazione di crisi, salve tutte le disposizioni previste dalla legge, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

In ogni caso l'art. 211 CCII sancisce che «*l'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni previste dalla norma*». Il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori.

L'apertura della liquidazione determina lo spossessamento del debitore, ma non per questo la cessazione dell'attività, che continua e si mantiene nella sua dimensione oggettiva e dinamica, svincolata e proiettata al di là della soggettività dell'imprenditore, fino a quando l'impresa mantenga una capacità produttiva e reddituale e la sua continuazione non pregiudichi la massa. Si tratta di uno degli aspetti più innovativi del codice della crisi, da cui discende una

[3] Si tratta del D.lgs. n. 36/2023, pubblicato il 31 marzo 2023 nel supplemento ordinario n. 12/l alla Gazzetta ufficiale, entrato in vigore il primo aprile 2023 ma con efficacia dal primo luglio ex art.229 e anche per quanto concerne l'art. 124 , co.4 e 5 (l'omologo dell'art.110 D. lgs 50/2016) e l'art. 224, comma 6. Cfr. al riguardo tra i primi commentatori: A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, in DirittodellaCrisi.it,, 2023; D. LATELLA, Concordato in continuità e contratti pubblici: note a margine del CCII, in vista del nuovo Codice degli appalti, in Fallimento, 2023, 3; Id., Il nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. n. 36/2023): le norme in materia di concordato preventivo e contratti pubblici stipulati dall'impresa in crisi, in Gazz.for., 2023, n. 3.

ISSN 2036-7821

sostanziale *normalità* della continuazione dell'attività in sede concorsuale salvo che non ci sia stata disgregazione dell'azienda a seguito della sua decozione.
L'esercizio dell'impresa che diviene, almeno nelle intenzioni astratte del legislatore, una ipotesi strutturale (scomparendo ovunque nella norma di cui all'art. 211 l'aggettivazione di "provvisorio")[4] anche se nella pratica rimane eccezionale, pur se inserito in un capo unitario con la liquidazione dell'attivo riguarda comunque la fase di amministrazione dei beni del debitore insolvente, risolvendo i problemi della organizzazione e della custodia. L'istituto può essere disposto in momenti diversi della procedura e per assolvere a funzioni differenti: con la sentenza dichiarativa oppure *successivamente* (e non più dopo che sia stato reso esecutivo, con decreto, lo stato passivo), in una complessiva strategia destinata comunque ad essere assorbita dal *programma di liquidazione*. [5]
Nel caso in cui la sentenza dichiarativa disponga l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, il provvedimento non deve più fondarsi sull'analisi combinata di due fattori ma solo sulla prognosi effettuale sui creditori, i quali "non devono essere pregiudicati", anche se ad esempio si incide su interessi diffusi (si pensi alla cessazione di un servizio pubblico essenziale). Per creditori, inoltre, non si intende solo il ceto in senso lato, ma anche una categoria (es. i lavoratori o nel nostro caso la P.A.) o, in taluni casi, persino un singolo. Il concorrente presupposto, insito nell'esigenza di evitare un *grave danno* connesso all'interruzione dell'attività, presente nella formulazione originaria dell'art. 211 CCII, è stato eliminato dall'ultimo intervento correttivo. [6]

---

[4] S. LEUZZI, L'esercizio (non più provvisorio) dell'impresa del debitore nel quadro del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, in Dir. fall., 2019, I, 854 s.

[5] Sulla disciplina dell'istituto nell'evoluzione normativa: C.M. Rivolta, L'esercizio dell'impresa nel fallimento, Milano, 1969; I. Andolina, "Liquidazione dell'attivo" ed "esercizio provvisorio dell'impresa" nel fallimento, in Dir. fall., 1978, I, 181 s.; A. Cavalaglio, L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (profili funzionali), in Giur. comm., 1986, I, 238 s.; B. Meoli, La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, in Fallimento, 2005, 1042 s.; L. Abete, Il novello "esercizio provvisorio": brevi notazioni, in Dir. fall. 2006, I, 659; M. Ferro, La liquidazione dell'attivo: fase preliminare di osservazione dell'impresa in esercizio, fase di progettazione e fase di attuazione nelle nuove vendite, in Dir. fall., 2006, I, 805 s.; E. Sorci, sub art. 104 l.f., in La nuova legge fallimentare annotata, a cura di G. Terranova, Napoli, 2006, 193 ss.; G. Trisorio Liuzzi, L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo, in Foro it., 2006, V, 197; E. Stasi, L'esercizio provvisorio, in Fallimento, 2007, 853 s.; E. Bertacchini, L'esercizio provvisorio e la liquidazione dell'attivo, in Manuale di diritto fallimentare, a cura di E. Bertacchini - S. Gualandi - S. Pacchi - G. Pacchi - G. Scarselli, Milano, 2007, 325 s.; S. Ambrosini, L'amministrazione dei beni, l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, vol. XI, Padova, 2008; L. Mandrioli, La liquidazione dell'attivo e l'esercizio provvisorio dell'impresa, in La riforma organica delle procedure concorsuali, a cura di S. Bonfatti - L. Panzani, Milano, 2008, 421 s.; A. Dimundo, sub art. 104 l.f., in Codice comm. fall., diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 925 s.; P. Fabbio, L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, Napoli, 2011; A. Rossi, Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa, Milano, 2013. Per una peculiare valorizzazione dello strumento, cfr. per tutti A.PEZZANO, Esercizio provvisorio e concordato fallimentare: un propizio connubio per il futuro concorsuale, in ilCaso.it, 2016.

[6] È bene evidenziare che il legislatore non richiede che la continuazione procuri un vantaggio, ma semplicemente che sia indifferente per i creditori (non li pregiudichi). Il confronto, poi, involge riferimenti non

ISSN 2036-7821

I contratti pendenti in genere proseguono durante l'esercizio provvisorio, salva la facoltà del curatore di chiederne lo scioglimento secondo le norme dettate in materia di cui agli art. 172 ss. CCII. Il curatore non potrà invocare la sospensione o lo scioglimento ove di fatto il contratto abbia avuto esecuzione concreta per effetto dell'esercizio (e non quando sia stato meramente autorizzato)[7]. La valutazione da parte della curatela oltre che basarsi sul criterio di *economicità* dovrà infatti tener conto della utilità dei contratti in funzione della proficua conservazione dei beni ai fini della liquidazione. Chiaramente, ove il curatore decida di esercitare la facoltà di sospenderne l'esecuzione, il terzo contraente avrà la possibilità di chiedere al giudice delegato la fissazione del termine di sessanta giorni, ai sensi dell'art. 172, comma 2, CCII, decorso il quale il contratto s'intenderà sciolto. È chiaro perciò che una prosecuzione non avvenuta dall'inizio della procedura ma solo in fase avanzata presenterà maggiori problemi attuativi quanto meno perché nelle more si sarà prodotto in qualche modo lo scioglimento della maggior parte contratti "aziendali" in corso (se non di tutti) ed il curatore potrà sfruttare solo quelli rimasti sospesi al momento della ripresa. Le norme in materia di effetti trovano peraltro impregiudicata applicazione anche *al momento della cessazione* dell'esercizio dell'impresa per quei contratti ancora pendenti alla medesima data. Non assume rilievo, in sostanza, il profilo soggettivo della sostituzione del curatore al debitore nella titolarità e disponibilità dei rapporti giuridici, quanto, piuttosto, il profilo *oggettivo* della sorte del rapporto obbligatorio non ancora adempiuto. [8]

Anche se la liquidazione giudiziale non determina di per sé la cessazione dell'attività economica, la continuazione diretta dei contratti pubblici è possibile dunque solo nel caso in cui venga disposto l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore, visto che nel

---

eminentemente quantitativi visto che l'interesse dei creditori ha diversi modi di manifestarsi potendo contenere anche una componente sensibile alla continuazione del rapporto con l'impresa come ad esempio accade proprio per i contratti pubblici.

[7] Non si registrano modifiche rilevanti nella disciplina del codice della crisi rispetto alla precedente (in tema cfr. C. Fiengo, Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti pendenti, Napoli, 2009; F. Fimmanò, Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato, in Giur. comm., 2007, I, 756 s.; Id., sub art. 104 l.f., in Il nuovo diritto fallimentare, diretto da A. Jorio, vol. II, Bologna, 2007, 1576 s.; M. Sandulli, Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti, in Giur. comm., 1995, I, 196 s.; Id., sub art. 104 l.f., in La riforma della legge fallimentare, a cura di A. Nigro - M. Sandulli, vol. II, Torino, 2006, 603 s.).

[8] I crediti sorti nel corso dell'esercizio ad opera del curatore sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 221, comma 1, lettera a), CCII, con il rilievo operativo che ha la circostanza per cui se i terzi in bonis fossero pagati con moneta concorsuale si guarderebbero bene dall'intrattenere rapporti contrattuali con la curatela o comunque di darle credito, impedendo di fatto la prosecuzione dell'attività economica. Tuttavia, ai fini della questione in esame, è opportuno evidenziare che, oltre ai debiti sorti in pendenza di esercizio, sono da ritenersi prededucibili anche quelli già scaduti al momento della dichiarazione di insolvenza ma riferiti a contratti in corso di esecuzione in cui il curatore sia subentrato. Il pagamento del debito derivante da una prestazione anteriore all'ammissione alla procedura deve essere quindi valutato nel contesto dell'operatività del contratto cui si riferisce e non determina il cristallizzarsi di una situazione debitoria in funzione della progressiva esecuzione bilaterale del rapporto che prosegue.

ISSN 2036-7821

caso di affitto o vendita dell'azienda non si tratterà di una prosecuzione ma di un subentro nei contratti a norma dell'art. 2558, c.c., da parte dell'imprenditore cessionario.

Il comma 10 dell'art. 211, CCII, a differenza del passato, sancisce che il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa può proseguire i contratti in corso ma "*non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto*". Il nuovo art.124, comma 4, c.c.p., tuttavia, con l'autorizzazione del giudice delegato, opportunamente consente, oltre la prosecuzione dei rapporti in corso (come in passato), anche di stipulare il relativo contratto pubblico, laddove l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di insolvenza,[9] nonché ad gli accordi quadro già stipulati dall'impresa poi divenuta insolvente.[10] Resta ferma l'impossibilità di partecipare a nuove gare. L'autorizzazione giudiziale deve comunque intervenire entro il termine di sessanta giorni decorrenti dall'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione (e non dall'apertura alla procedura *ex* art.18, comma 2 c.c.p.)[11] ed in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la stazione appaltante può procedere ad interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile. In tal caso l'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato (art. 124, commi 2 e 3, c.c.p).

Salvo non si ritenga che l'art.97, comma 2, c.p.p.[12] si applichi, oltre che all'ipotesi di partecipazione alle gare pubbliche, anche ai casi di contratti in corso, come in via

[9] Difatti, "si tratta di una situazione in cui la partecipazione e l'aggiudicazione sono avvenute quando l'imprenditore era ancora in bonis, del tutto legittimamente, e manca soltanto l'aspetto formale della stipulazione. Merita tutela l'aspettativa della curatela alla stipula, in vista della tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, sotto sorveglianza del curatore e del giudice delegato per verificare la sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto" (Relazione illustrativa sub art.124 c.c.p.).

[10] Al fine così di rispondere - precisa sempre la relazione illustrativa della disposizione - "al dubbio se il curatore potesse stipulare contratti applicativi dell'accordo quadro, oppure se l'accordo quadro stipulato rimanesse comunque valido, ma "sospeso" fino al subentro di un nuovo soggetto acquirente dell'azienda o cessionario del contratto."

[11] Che dunque è opportuno, recte doveroso (visto anche l' art. 323, comma 1, lett. d), CCII) che sia lo stesso debitore insolvente ad affrettarsi a farla dichiarare ,ove via sia il rischio di perdere una 'si' tale posta attiva.

[12] Art.97, comma 2, c.c.p.:. "Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante

ISSN 2036-7821

estensiva potrebbe ritenersi (a stare anche alle intenzioni del legislatore),[13]non ci pare, invece, che il curatore autorizzato all'esercizio possa giovarsi di tale opzione ove si tratti di un debitore insolvente mandante in un'associazione od un raggruppamento temporaneo di imprese, visto che, come noto, il contratto di mandato in tal caso potrebbe proseguire anche con la liquidazione giudiziaria *ex* art.183, comma 3, CCII , a differenza che in ipotesi di liquidazione del mandatario, come vedremo meglio più avanti. Ciò in quanto nulla prevede al riguardo l'art.124, c.c.p., mentre l'art. 94, comma 5, lett.d), c.c.p., in virtù del rinvio operato dall'art.68, comma 13, c.c.p., sancisce in ogni caso l'automatica esclusione in caso di liquidazione giudiziaria, impedita soltanto in caso di concordato preventivo e solo "*se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 95, commi 3 e 4,* CCII". Esclusione che non consente neppure la salvaguardia del contratto, inteso come valore attivo della massa, in virtù di una sostituzione c.d interna, permessa, invece, dai vecchi commi 17 e 18 (e 19 *bis* e *ter*) dell'art.48 del previgente codice degli appalti (oggi sostituito dal citato art. 68, che nulla contempla al riguardo). In questo modo diventa critica anche l'ipotesi di "cessione del contratto" in virtù di una c.d. *sostituzione esterna* (da realizzarsi a mezzo procedura competitiva) in quanto l'art. 120, comma 1, lett.d), n.2 c.c.p., fa salvo quanto previsto dall'art. 124 c.c.p. [14] Anche se nella dinamica degli interessi in gioco non è possibile immaginare un depauperamento dei valori attivi in pregiudizio alla massa, visto che si tratta di interessi officiosi che non rispondono a logiche meramente privatistiche ma di diritto pubblico dell'economia, e quindi l'interpretazione dovrà essere orientata necessariamente nella direzione della cedibilità della posizione contrattuale ad opera della procedura.

Quanto alla cessazione dell'esercizio concorsuale dell'impresa va detto che l'istituto esige non solo la sussistenza ma anche la *permanenza* delle condizioni che assicurino ai creditori prospettive di soddisfazione ed assenza di pregiudizio. Perciò, il

---

ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata." E' comunque evidente che, rispetto alle analoghe previsioni dei commi 17 e 18 dell'art. 48 D.lgs.50/2016 (tra l'altro, queste si' riguardanti anche lo scenario dei rapporti in corso di esecuzione), nel trascritto art.97 il raggio di sindacabilità da parte della P.A. appare decisamente più ampio.

[13] Così, infatti, sembra esprimersi la relazione illustrativa all'art.97 c.c.p.: "Posto che, sotto il profilo sostanziale, le disposizioni ivi contenute "corrispondono" e "superano" quanto previsto ai commi 17 e 18 dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, tenuto conto delle incertezze applicative che avevano indotto la giurisprudenza ad intervenire a più riprese sulle antevigenti disposizioni, è sembrato corretto, a fini sistematici e di chiarificazione, allocare in questa parte del codice la disciplina della c.d. "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento, che, sebbene successiva al verificarsi dell'evento passibile di conseguenze espulsive, in realtà si pone a monte delle iniziative della stazione appaltante e previene l'adozione di misure espulsive."

[14] Ciò a differenza di quanto accadeva con l'omologo art.106, comma 1, lett.d), n.2 del previgente codice degli appalti. Negli stessi termini già: A.PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.

ISSN 2036-7821

legislatore - in uno ai meccanismi di verifica - ha predisposto anche le modalità alternative attraverso cui si può addivenire a tale cessazione particolarmente rilevanti nel caso di appalti pubblici per le relative implicazioni. [15]

Il nuovo codice dei contratti, all'art. 158 comma 2, prevede peraltro una eccezione di acquisibilità, a mezzo di una procedura negoziata senza indizione di gara, "*di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe*".[16]

Il caso infine dell'affitto (o della vendita) dell'azienda in cui siano compresi contratti pubblici di appalto o forniture di servizi non pone particolari problemi e d'altra parte le norme del codice della crisi sono rimaste sostanzialmente inalterate.

L'affitto endoconcorsuale riguarda comunque la fase di amministrazione dei beni del debitore, risolvendo sostanzialmente i problemi della organizzazione e della custodia

[15] Innanzitutto la scelta è rimessa alla valutazione e quindi alla iniziativa del comitato dei creditori, in occasione dell'attività informativa concepita dal legislatore. L'art. 211, comma 5 CCII, dispone testualmente "se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio il giudice delegato ne ordina la cessazione". Si deve ritenere che la valutazione in questo caso sia di esclusivo appannaggio del comitato ed il giudice delegato non possa che prenderne atto. A ciò deve aggiungersi come la continuazione dell'attività di impresa implichi scelte previsionali e di merito tali da incidere in maniera sensibile sulla tutela degli interessi dei creditori ai quali come contrappeso viene riconosciuta la possibilità di valutare l'opportunità di una tale vicenda. Il sistema è dotato anche di una regola di chiusura che assicura la possibilità di interruzione della procedura anche al Tribunale, quale organo di suprema vigilanza legittimato ad intervenire anche quando il comitato dei creditori non si esprima in termini negativi sulla continuazione. Difatti, a norma del comma 7, dell'art. 211 CCII, "in qualsiasi momento" il Tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio, "con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori", quindi anche contro il loro parere. Non può escludersi infatti che il comitato dei creditori, quale organo esponenziale del relativo ceto, rappresenti un interesse parziale della vicenda che all'esame complessivo del Tribunale appaia meritevole invece di una valutazione diversa nel senso della non prosecuzione dell'impresa. Peraltro non è escluso che, ricorrendone presupposti e condizioni, il giudice delegato su proposta del curatore e con l'assenso del comitato, possa riavviare l'esercizio dopo la cessazione decretata dal tribunale. Una ulteriore ipotesi di cessazione, questa volta dotata di un carattere fisiologico, è data dalla circolazione concorsuale dell'azienda o dallo spirare del termine previsto. Anche in questo caso si è dinanzi ad una ipotesi di cessazione dell'esercizio ed anche in questa ipotesi la vicenda deve essere corroborata da una informazione contabile appropriata ,come richiede l'art. 211 comma 6, CCII, secondo il quale "ogni semestre o comunque alla conclusione del periodo di esercizio il curatore deve presentare un rendiconto della attività". Il riferimento al periodo dipende dal fatto che possono esserci diversi periodi di gestione anche staccati tra loro.

[16] L'art. 158 c.c.p. (Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando) prevede che "1. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini si tiene conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure , se del caso, extraeuropei. 2. Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono ricorrere a una procedura negoziata senza indizione di gara nei seguenti casi… i) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessi definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe".

ISSN 2036-7821

quando *appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa*, in funzione quindi della sua conservazione in funzione del *miglior soddisfacimento dei creditori,* che resta l'obiettivo prioritario[17]. Il contratto può essere proposto solo dal curatore e può essere autorizzato anche limitatamente a specifici rami. Per ramo si intende una frazione del complesso aziendale destinata originariamente all'esercizio di un settore della sua attività, che, integrando autonomamente un idoneo, autonomo e compiuto strumento d'impresa dotato di attitudine alla destinazione imprenditoriale, va trattato, nella dinamica giuridica della circolazione, sostanzialmente come un'azienda [18].

L'istituto, tuttavia al di là del procedimento autorizzatorio e di selezione, esige, al fine di evitare che una gestione sciagurata, possa far perdere all'azienda ogni valore di avviamento e deteriorarla nella sua struttura e nella sua funzionalità, che il contratto venga stipulato adottando una serie di altre *misure di sicurezza,* sia nella scelta dell'affittuario sia nella previsione di un contenuto contrattuale minimo obbligatorio ovvero clausole e condizioni finalizzate ad una corretta e proficua utilizzazione dell'istituto. Alcune di queste sono direttamente previste dall'art. 212 ,CCII, a guisa di clausole legali [19]. La scelta dell'affittuario deve tenere conto della *attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali* [20]. L'affitto impone la continuazione della stessa impresa esercitata dal debitore, tenuto conto che il trasferimento non è definitivo e che alla scadenza del contratto l'affittuario dovrà restituire il complesso. Inoltre, a norma dell'art. 2562, c.c., (che rinvia al 1561,c.c.,) l'affittuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue e senza modificarne la destinazione[21].

---

[17] M. PARRINELLO, L'affitto di azienda e codice della crisi: gli interessi protetti ed il procedimento di formazione del contratto, in Riv .dir. comm., 2019, 512 s., che ricorda come l'obiettivo si ponga all'apice della scala degli interessi tutelati e che gli altri bisogni devono trovare un adattamento.

[18] Sul concetto di ramo mi permetto di rinviare a F. FIMMANÒ, Centri Commerciali e "rami d'azienda",in Giur. comm., 2021, I, 1056 s. In tema cfr. pure Cass. 17 febbraio 2020, n. 3888, in Giur. comm., 2022, II, 496 s. con nota di F. GALLUZZO, Sul discrimen tra affitto di ramo di azienda e locazione di immobile con perdinenze: il caso dei centri commerciali; e in dottrina F. MARTORANO, L'azienda, in Tratt. dir. comm. BUONOCORE, diretto da R. COSTI, sez. I. t.3, Torino, 2010, 286, s Viceversa il contratto con il quale vengono trasferiti tutti i beni e le attività di un'azienda, che sostanzialmente coincidono con quelli al servizio dell'unica attività fino a quel momento esercitata dalla società cedente, la quale, intervenuta la cessione, non svolge altra attività d'impresa e si pone in liquidazione, non ha ad oggetto un ramo d'azienda bensì l'intera azienda (Trib. Roma, Sez. Imp., 20 aprile 2020, in Foro it., 2020, 6, I, 2162). Discorso diverso va fatto per le norme di cui all'art. 2112 c.c., specie in tema di ramo, in quanto fortemente condizionate dal legislatore comunitario in senso estensivoi.

[19] A. GALLONE – M. RAVINALE, L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare, Milano, 2008, 13 s. .

[20] C.P. FRANZI – S.G. FOLESANI, L'affitto d'azienda nel fallimento, in Sanzo (a cura di), Procedure concorsuali e rapporti pendenti, Bologna, 2009, 237 s.

[21] La norma è dettata per l'usufrutto d'azienda, ma viene estesa anche all'affitto argomentando dall'art. 2652 c.c., e soprattutto dalla specificità del contratto rispetto alla locazione di bene anche produttivo. Fra le voci del conguaglio può avere particolare rilievo l'incremento dell'avviamento, il cui metodo di calcolo è controverso (G.E. Colombo, L'azienda e il mercato, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, 283).

ISSN 2036-7821

Riguardo ai rapporti giuridici *pendenti*, in virtù dell'art. 2558, comma 3, c.c., l'affittuario, come più in generale il cessionario, *di regola* succede nella posizione di parte dei rapporti contrattuali stipulati per l'esercizio dell'attività, purchè si tratti di contratti non personali, a prestazioni corrispettive e non completamente eseguiti da entrambe le parti (nell'accezione per l'appalto vista sopra) [22]. Tale successione deve essere considerata un effetto naturale ed avviene indipendentemente dalla conoscenza effettiva o potenziale che l'affittuario abbia della esistenza e del contenuto di tali contratti, a meno che non sia stata esclusa convenzionalmente od il rapporto si sia risolto prima della stipula dell'affitto. Comunque nel nostro caso l'art. 2558, c.c. va coordinato con la disciplina dei rapporti in corso di esecuzione e con le norme del codice civile in tema di affitto (artt. 1615 ss.). Tale sistema normativo può incidere su quanto previsto dal primo comma dell'art. 2558, c.c., per i contratti che non abbiamo carattere personale, tenuto conto che il contratto viene stipulato in un momento in cui si sono già verificati gli effetti della sentenza dichiarativa di insolvenza sui contratti preesistenti[23]. Per i contratti che sopravvivono a carico della massa, resta dubbio se sia applicabile il secondo comma dell'art. 2558, che prevede l'esercizio del diritto di recesso per giusta causa da parte del contraente ceduto (senza peraltro che sorga un diritto al risarcimento del danno) ed in ogni caso la sussistenza effettiva della giusta causa è soggetta al sindacato dell'autorità giudiziaria.[24]

2. La sorte dei contratti pubblici nel concordato preventivo.

Nel contesto dei contratti pubblici è soprattutto la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale che intercetta la fenomenologia più caratterizzante, in quanto l'impresa, sia pure in stato di crisi, può assicurare il

[22] F. FIMMANÒ, Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante, 2000, Milano, 71 s. ove ampi riferimenti, e P.F. CENSONI, La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda, in Giur. Comm., I, 2003, 333 s.

[23] Si è sottolineato che le norme sugli effetti della circolazione sono un vero e proprio microsistema «che deve essere riguardato unitariamente e come unità disciplinare ricostruito senza riserve» (M. CIAN, La circolazione dell'azienda e la continuità dei rapporti d'impresa: complessità del patrimonio e articolazione delle risposte normative, in Nuove leggi civ. comm., 2017, 954).

[24] Se la giusta causa di cui parla la norma viene ricondotta alle capacità patrimoniali o alle qualità dell'acquirente, e se la responsabilità dell'affittante viene fondata su una culpa in eligendo, allora si può affermare che la disposizione non sarebbe applicabile in sede concorsuale, sia per il fatto che la stipula del contratto presuppone l'intervento del giudice delegato, sia per la esistenza di un complesso sistema di controllo e di impugnazione dei provvedimenti del giudice delegato e del curatore (P.F. Censoni, op. cit., 340). In ogni caso, va evidenziato che l'attribuzione in sede concorsuale al contraente ceduto del potere di recesso di cui all'art. 2558, secondo comma, c.c. avrebbe come conseguenza la nascita di una obbligazione risarcitoria in capo alla curatela, da soddisfare in prededuzione. Ne deriva che, in pendenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso, la curatela non potrebbe procedere alla esecuzione di riparti parziali, senza avere prima preventivamente proceduto alla predisposizione degli opportuni accantonamenti.

ISSN 2036-7821

mantenimento di una operatività funzionale al superamento dello stato di difficoltà, offrendo ai propri creditori una proposta, ora disciplinata dalla norma di cui all'art. 95 CCII che attribuisce alla fattispecie una peculiare autonomia.

Il legislatore - come noto - introdusse già nel 2012 una specifica disciplina per i contratti pubblici attivi, passivi [25] associativi [26] nel concordato. Qualche anno dopo fu novellato il codice degli appalti [27] che pure essendo *un corpus* normativo sopravvenuto alla novella fallimentare non conteneva alcuna regolamentazione transitoria [28] e soprattutto non contemplava un adeguato coordinamento con le norme della legge fallimentare [29].

Il codice della crisi - a sua volta - è intervenuto in materia, anche sulla base degli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati nelle more, con una serie di novità da leggere ora anche in relazione alla (successiva [30]) recente introduzione del Codice

[25] F. FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" nel concordato preventivo, in La nuova miniriforma della legge fallimentare, a cura di SANDULLI – D'ATTORRE, Torino, 2016; Id., I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, Napoli, 2016, 119 s.; P. PIZZA, Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione, in ilfallimentarista.it, 2012, 3. La distinzione tra contratti attivi e contratti passivi trae fondamento dall'art. 3 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440: è passivo il contratto che comporta un esborso da parte della P.A. ed invece è attivo il contratto dal quale deriva un introito per la P.A. Associativi sono i rapporti di questa natura tendenzialmente plurilaterali e non di scambio come i Raggruppamenti e le Associazioni temporanee di imprese, i gruppi europei di interesse economico, i consorzi, le società di scopo e le società consortili.

[26] Tra i contratti pendenti di cui può essere autorizzato lo scioglimento per la giurisprudenza di merito rientra anche – con riferimento al singolo rapporto sociale – il contratto di consorzio costituito in forma societaria (Trib. Modena 18 gennaio 2016, in Fallimento, 2016, 374).

[27] Il codice degli appalti introdotto dal D. lgs. n. 50/2016 che sostituiva a tutti gli effetti l'abrogato D.lgs. n. 163/2006 (come modificato dall'art. 4, comma 6, della legge n. 214 del 2011) fu emanato in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, con l'obiettivo tra l'altro di estendere il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, anche alle imprese che, benché caratterizzate da una situazione di crisi, sia essa reversibile o meno, utilizzassero gli strumenti previsti dagli ordinamenti nazionali, diretti alla conservazione in tutto o in parte dell'attività aziendali (cfr. al riguardo: A. PEZZANO – M. RATTI, Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni, in Fallimento, 2016, 757 s.; L. IMPARATO, La crisi di impresa nel nuovo codice degli appalti pubblici, in ilcaso.it, 23 gennaio 2017; M. PALLADINO, I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti, in Dir. Fall., 2017, 481 s.) e per l'ovvia esigenza di garantire l'affidabilità economica dell'esecutore contrattuale dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2661 in Foro amm. CDS, 2013, 5, 1399, conferma Tar Puglia, Bari,, n. 546, del 5 aprile 2011, in Foro amm. TAR, 2011, 4, 1373). Si è evidenziato come le due discipline sono state, di fatto, destinate a convivere per un certo periodo (M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, in fallimentiesocietà.it, 2016).

[28] Le regole dettate dagli artt. 48, commi 17 e 18, e 80, comma 5, lett. b), riproducevano sostanzialmente le disposizioni del precedente codice di cui gli artt. 37, comma 18 e 19, e 38, comma 1, lett. a).

[29] Cfr. in tema A. M. PERRINO, Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito, in Foro it., 2016, VI, che ricordava come: le procedure concorsuali venissero menzionate in modo diverso nelle varie norme; l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese non fosse neppure richiamata, facendola rientrare nel più ampio alveo delle "procedura di insolvenza concorsuale"; e ci fosse persino il riferimento ad una non meglio precisata amministrazione controllata.

[30] In tema da ultimi cfr.: D. LATELLA, Concordato in continuità cit., 4 s.; Id., Il nuovo Codice degli Appalti cit. ult.loc.; A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.; G. VIOTTI, La prosecuzione dei contratti di appalto pubblico da parte dell'impresa in concordato preventivo, in Fallimento,

ISSN 2036-7821

dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n.36/2023, che è andato a soppiantare anche tutte le disposizioni dell'art. 372 CCII e segnatamente gli ivi rimodulati artt. 48, 80 e 110 D.lgs. n.50/2016, sostituiti , rispettivamente, dagli artt. 68 e 97 (quanto all'art.48, sebbene, come visto, non in modo del tutto convincente), 94 e 124 c.c.p.

Anche nel nuovo contesto la norma centrale permane l'art. 95 CCII [31], che nel riaffermare la regola generale della continuazione dei contratti in corso di esecuzione "*stipulati con pubbliche amministrazioni*" nel concordato in continuità, sancisce che non «*si risolvono per effetto dell'apertura della procedura* e che sono inefficaci patti contrari [32].

Il fatto che già nella vecchia legge fosse stata dettata una apposita norma voleva dire, *a contrario*, che nel concordato *senza continuità* questo tipo di rapporti non proseguivano (al fine di evitare problemi alla P.A. ed ai relativi interessi collettivi sottesi) e che invece nel concordato con continuità proseguivano *sempre*, senza che fosse possibile l'operatività di clausole risolutive (tipiche di questi contratti o almeno di quelli del passato) e che solo il debitore poteva chiedere di essere autorizzato a sciogliere [33]. Analogamente nei concordati c.d. *liquidatori* mantenevano efficacia le

---

2019, 5 s. Sul regime successivo alla precedente novella al codice degli appalti: F. FIMMANÒ, Concordato preventivo in continuità e contratti «stipulati o da stipulare» con la pubblica amministrazione, in Riv. not., 2018, 451 s.; G. FAUCEGLIA, Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici, in Dir. fall., 2017, I, 473 s.; M. PALLADINO, op.cit, 500 s.; L. D'ORAZIO, Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche, in Procedure concorsuali e diritto pubblico. Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, a cura di D'Orazio e Monferrante, Milano, 2017, 386 s.; E. BORGHI - G. CARLINI, Crisi d'impresa e contratti pubblici. Il favor normativo per la continuità aziendale, in Riv. trim. appalti, 2016, 193 s.; V. DE SENSI, Appalto pubblico e crisi d'impresa, in Dir. fall., 2015, I, 623 s.; G.P. MACAGNO, continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in fallimento, 2014, 670 s.; R. CIPPITANI, concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici, in urb. e appalti, 2014, 422 s.

[31] Norma che riproduce, con una sua autonomia, il terzo comma, primo periodo, dell'art. 186 bis l. fall.

[32] Si è rilevato all'indomani della precedente riforma che il comma 3 dell'art. 186 bis, l. fall., ampliava opportunamente la disciplina sui contratti pendenti contenuta nell'art. 169 bis, proprio allo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività nell'interesse preminente della debitrice (anche in contrasto con l'interesse dei creditori). Ed infatti, da un lato l'imprenditore in concordato con continuità poteva sciogliersi dai contratti e poteva sospenderne gli effetti (art. 169 bis, comma 1) e, dall'altro, il terzo contraente era obbligato ad attendere le decisioni del debitore non potendosi sciogliere dal contratto in quanto non solo la procedura non è causa di risoluzione del contratto, ma sono inefficaci eventuali clausole contrattuali contrarie (M. ARATO, Il concordato con continuità aziendale, in ilfallimentarista.it, 8).

[33] L'art. 186-bis l.fall. prevedeva che se, al deposito del ricorso, ferma l'applicazione dell'art. 169-bis l.fall. prev., fossero pendenti contratti pubblici già stipulati, allora questi non si risolvevano per effetto dell'apertura della procedura e che in caso di ammissione al concordato preventivo, non era impedita la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 avesse attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento; peraltro, la medesima disposizione si applicava anche al caso in cui l'impresa fosse stata ammessa a concordato senza continuità aziendale, là dove il professionista attestasse che la continuazione era necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio; e ancora che, in seguito al deposito della domanda di concordato preventivo, invece, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici doveva essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato (comma così sostituito dall'art. 2, comma 4, lett. b), n. 2, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv., con modif., dalla L. 14 giugno 2019, n. 55); con specifico riguardo, poi, all'ipotesi in cui l'impresa fosse stata ammessa al concordato preventivo e non avesse ancora contrattato con la pubblica amministrazione, la norma non impediva la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti

ISSN 2036-7821

clausole risolutive. E la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, a sua volta, di affermare che le norme in esame fossero da considerarsi di stretta interpretazione [34].

Principi che adesso si sono consolidati nel coordinamento tra la disciplina della crisi e quella dei contratti pubblici [35] che, come già accennato, contiene, tra le altre, anche le norme abrogatrici del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il codice della crisi sancisce in ogni caso che l'ammissione al concordato preventivo "non impedisce" la continuazione dei "contratti pubblici" laddove un professionista indipendente ne attesti la conformità al piano e la *ragionevole capacità di adempimento*, proprio al fine di garantire, innanzitutto nell'interesse pubblico, l'affidabilità del soggetto.[36]

L'attestazione riguarda dunque sia l'essenzialità del contratto pubblico *de quo* per la realizzazione del piano (sulla base dell'interesse di tutti i creditori del soggetto proponente), sia l'affidabilità ovvero la ragionevole capacità di adempimento del

---

pubblici, quando l'impresa presentasse in gara una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto" (art. 186-bis, comma 5). Una ulteriore disposizione (abrogata dall'art. 2, comma 4, lett. b), n. 2-bis, D.L. 18 aprile 2019, n. 32, conv., con modif., dalla L. 14 giugno 2019, n. 55) prevedeva che l'impresa dovesse produrre anche la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si fosse impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisse nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non fosse per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

[34] T.A.R. Aosta Valle d'Aosta sez. I, 18 aprile 2013, n. 23, in Foro amm. TAR, 2013, 4, 1097.

[35] Ciò a cominciare, come vedremo, dall'art. 94, comma 5, lett. d), del codice dei contratti pubblici, rispetto alle cause di esclusione automatica del contraente che riafferma il principio generale secondo cui «... l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...» è escluso per legge dalla procedura di appalto, in qualsiasi momento si accerti la sussistenza delle relative condizioni, fatte salve le norme in materia di concordato con continuità aziendale (commi da 1 a 5 dell'art. 95, CCII) e con la specificazione che «l'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186 bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e dell'articolo 95, commi 3 e 4» del CCII, ossia le autorizzazioni giudiziali citate.

[36] Si tratta del comma 2 dell'art. 95 CCII; norma che riproduce il terzo periodo del terzo comma de vecchio l'art. 186 bis, l. fall. Si è rilevato in giurisprudenza che tutta la disciplina dell'evidenza pubblica è funzionale a selezionare un contraente che dimostri di possedere idonei requisiti morali, di affidabilità economica e di capacità tecnica. Gli imprenditori chiamati ad eseguire contratti nell'interesse della P.A. sono sottoposti ad un severo scrutinio in ordine alla sussistenza delle condizioni personali, tecniche e finanziarie al fine di garantire un esatto adempimento delle prestazioni dedotte nel contratto. L'importanza dell'interesse pubblico da perseguire mediante l'esecuzione del contratto giustifica l'introduzione di condizioni di ammissione alle procedure di gara ben più pregnanti rispetto a quelle necessarie per svolgere la medesima attività sul libero mercato. In tale prospettiva, il codice dei contratti pubblici conferisce valore preminente all'affidabilità economica dell'impresa aggiudicataria di commesse pubbliche, rispetto al diverso e contrastante obiettivo di promozione del risanamento delle imprese in stato di crisi e di insolvenza, includendo non solo il periodo occorrente per la chiusura del procedimento di concordato preventivo (che culmina con l'omologa), ma anche il periodo di esecuzione dello stesso (così T.A.R. Napoli Campania sez. I, 8 febbraio 2012, n. 651, in Foro amm. TAR, 2012, 2, 523).

ISSN 2036-7821

debitore prendendo espressamente in esame gli strumenti e le risorse in grado di adoperare specificamente per l'esecuzione delle prestazioni concretamente previste dal contratto (sulla base dell'interesse della pubblica amministrazione al corretto adempimento del rapporto). [37]

L'attestazione di conformità si risolve in un *giudizio di coerenza* della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati[38]. Con riferimento invece all'attestazione sulla "ragionevole capacità di adempimento", questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettiche, alla "capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante, tenuto anche conto dei presupposti e delle condizioni la cui ricorrenza renderebbe legittima la risoluzione in danno di cui all'art. 108 del codice degli appalti"[39]. Le attestazioni non erano menzionate dal previgente codice degli appalti né lo sono da quello novellato, non perché siano state abrogate ma in quanto si tratta di attività endoconcorsuale (cioè interna agli organi della procedura) e vanno presentate al giudice delegato che deve autorizzare la continuazione dei contratti.

L'*incipit* dell'art. 95 CCII con il riferimento a «*quanto previsto dall'art. 97*», comporta che resta in ogni caso ferma, anche nel caso dei «contratti pubblici», la possibilità per il debitore di chiedere al tribunale (o, dopo l'ammissione al concordato, al giudice delegato) l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, ovvero, in alternativa, la loro sospensione per non oltre sessanta giorni, prorogabili per una sola volta, non rilevando la natura pubblicistica della controparte contrattuale. Il tutto, fermo restando la necessità di liquidare in favore della stazione appaltante un «indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento[40], che configura una sorta di recesso senza giusta causa[41]. La

[37] Nel caso di concordato con continuità aziendale qualora nella relazione venisse attestato che il subappalto dei contratti in essere (anche con la p.a.) fosse conforme al piano e funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori a norma del vecchio art. 186 bis, co. 2, lett. b), l. fall., ma non venisse altresì attestato che l'impresa subappaltatrice fosse in possesso della ragionevole capacità di adempimento degli stessi, come richiesto dalla suddetta norma al comma 3 per l'impresa in concordato, dovevano ritenersi sussistenti le condizioni volute dalla legge solo per i contratti privati, per i quali è chiesta l'autorizzazione al subappalto. Nella fattispecie, il Tribunale aveva autorizzato la società a subappaltare i contratti privati, invitando la ricorrente ad integrare la documentazione mancante in relazione al contratto pubblico, unendo il parere della p.a. sulla proposta di subappalto, ove richiesto dal bando di gara, o la prova del silenzio-assenso al subentro (Trib. Vicenza, 7 febbraio 2013, inedito).

[38] L. QUATTROCCHIO - R. RANALLI, Concordato in continuita` e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice, in Ilfallimentarista.it, 2012, 11.

[39] Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, in Fallimento, 2018, 611 con nota di F. FIMMANÒ I contratti pubblici nel concordato preventivo; L. SADILE, Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici, in ilcaso.it, 2014, 5.

[40] La necessaria determinazione dell'indennizzo, da soddisfarsi come credito anteriore al concordato, va effettuata dal debitore (sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno) fin dal momento della presentazione del ricorso. Si è rilevata l'incoerenza del lessico adottato dal legislatore nella misura in cui opera una equivalenza tra due elementi giuridici tra loro divergenti. Il termine ''indennizzo'' vale

ISSN 2036-7821

ratio della diversità rispetto all'art. 97, è da individuare nel fatto che nel contratto con la P.A. l'interesse del contraente *in bonis* coincide con quello pubblico alla regolare esecuzione del contratto. [42]

Allo stesso modo la locuzione «…*non impedisce la continuazione di contratti pubblici*» evidenzia che rimangono comunque intatti tutti *gli altri rimedi giuridici* che l'ordinamento mette a disposizione della parte pubblica del contratto, per cui la P.A. può comunque impedire la continuazione del rapporto, laddove sussistano i presupposti per l'esercizio dei poteri previsti dalla legge. La stazione appaltante ha la possibilità di esercitare il diritto di "recesso" dal contratto e quella di "risoluzione" per "grave inadempimento" alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni a norma del codice dei contratti pubblici. [43]

Il giudice prima di autorizzare lo scioglimento deve sentire la pubblica amministrazione contraente[44], tenuto conto che la cessazione improvvisa di alcuni

---

ad indicare un valore monetario che prescinde da un eventuale danno subìto e quindi non sarebbe un pagamento dovuto a titolo di risarcimento (V. PETTIROSSI, Sorte dei «contratti pendenti» nella disciplina del concordato preventivo, in Dir. Fall., 2016,I, 127). La decisione sul quantum dell'indennizzo appare strettamente collegata all'an dell'autorizzazione concessa dal tribunale (o dal giudice delegato), il quale è comunque chiamato a vagliare le richieste del debitore contemperando i vantaggi che deriverebbero per la massa e, specularmente, il pregiudizio che subirebbe il contraente per effetto dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (in tal senso App. Milano, 4 febbraio 2015, in Giur. it., 2015, 1147, ed il relativo commento di M. PALLADINO, I contratti in corso di esecuzione nel Concordato Preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario).

[41] E' stato evidenziato in dottrina che non può parlarsi nella fattispecie di vero e proprio ''inadempimento'', stante la sussistenza di espressa autorizzazione da parte del tribunale, pertanto l'equivalenza tra indennizzo e risarcimento del danno sarebbe un'equivalenza ''priva di senso'' (F. P. CENSONI, La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo, in ilcaso.it, 2013, 20). In realtà dal nostro punto di vista, come detto, si tratta di un inadempimento a tutti gli effetti, l'autorizzazione giudiziale riguarda il profilo concordatario, ma non i rapporti col terzo contraente che vede interrotto il rapporto senza giusta causa e senza che ce ne fosse la facoltà. Più in generale riguardo all'indennizzo: F. FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" nel concordato preventivo cit. , 2016, 105.

[42] M. Conforto, La sorte dei contratti pendenti nel concordato preventivo: riflessioni sulla disciplina prevista dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Contr. impr., 2022, 147 s.

[43] Proprio su questa scia si posiziona, sebbene rispetto ad un rapporto ancora in fase di gara, la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2023, n. 7905, in Ilcaso.it, 2023, in cui è stato anche chiarito che, a lume del principio di tassatività dei casi di esclusione della partecipazione alle gare pubbliche, l'accesso alla procedura di amministrazione straordinaria, non essendo inclusa tra le procedure escluse dal D.lgs. n. 163/2006 (come neppure dall'attuale codice dei contratti pubblici), non è ostativa alla partecipazione a tali gare, fermo comunque (appunto) il diritto della stazione appaltante di autonomamente valutare se comunque l'impresa appaltatrice possieda i requisiti, anche rispetto a pregressi fatti ostativi, ritenuti indispensabili per perseguire al meglio gli interessi pubblicistici alla solerte ed efficiente realizzazione dell'opera. In dottrina, cfr. M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, cit., che ipotizza la possibilità di neutralizzare il rischio della risoluzione contrattuale con la formulazione di istanza di sospensione degli effetti del contratto.

[44] Una certa giurisprudenza aveva già evidenziato che anche se il vecchio art. 169 bis l. fall., nella sua formulazione letterale, non prevedeva espressamente che il Tribunale, prima di decidere dovesse disporre l'audizione della controparte contrattuale interessata, "la necessità di tale incombente apparisse incontestabile" in considerazione, da un lato, dell'incidenza che il provvedimento in parola fosse idoneo ad esplicare sulla

ISSN 2036-7821

tipi di contratto (si pensi alla gestione di reti o di servizi necessari) può generare problemi all'interesse pubblico della collettività la cui cura è sottesa alla stipulazione, specie in virtù della necessità di procedimenti competitivi per la individuazione del sostituto. [45]

Sul piano generale è evidente una *giurisdizionalizzazione* della fattispecie nel senso che al giudice, come d'altra parte accade per l'intera disciplina della crisi, acquista nuovamente un ruolo centrale ed invece di introdurre elementi e competenze esterne tipo l'Anac si lascia all'autorità giudiziaria la valutazione, il contemperamento e il giudizio in relazione ai diversi e compositi interessi in gioco.

3. Il completamento dei lavori in caso di crisi.

Il nuovo codice dei contratti pubblici, all'art. 124 comma 5, disciplina il tema del completamento dei lavori in caso di insolvenza di uno dei contraenti, sancendo che «*... per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo….. si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice*» e nel diverso caso in cui la domanda di accesso al concordato preventivo sia stata depositata dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, allora «*la stipulazione del contratto deve essere autorizzata nel termine previsto dal precedente comma 4, ai sensi dell'articolo 95, commi 3 e 4, del codice della crisi*» [46]. Il termine

posizione del contraente in bonis e, dall'altro lato, in virtù dalla circostanza che uno dei principi ispiratori della recente riforma della materia fallimentare è quello di garantire il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. Pertanto, ogniqualvolta si sia in presenza di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive (come accade nel caso dello scioglimento e della sospensione di un contratto in corso con una società in concordato), il contraddittorio andrebbe esteso al contraente in bonis, in quanto destinatario degli effetti della decisione, nel rispetto di un modello procedimentale conforme ai principi costituzionali del giusto processo (App. Milano, 8 Agosto 2013, in Ildirittodegliaffari.it, 2013; nello stesso senso Trib. Novara, 27 marzo 2013, in ilcaso.it, 2013). Nel senso del contraddittorio prima della novella del 2015: Trib. Monza, 21 gennaio 2013, cit; Trib. Piacenza (decr.), 5 aprile 2013, in ilcaso.it, 2013; Trib. Udine 25 settembre 2013, in ilcaso.it, 2013; App. Venezia 20 novembre 2013 cit.; B. INZITARI – V. RUGGIERO, Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?, in Dir. fall., 2014, I, 14 s., La novella ha attuato, da questo punto di vista, la Raccomandazione del 12 marzo 2014 della Commissione UE, in vista della revisione del Reg. n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera, ove si invitano gli stati membri a garantire, in occasione di omologazione del piano di ristrutturazione, il contraddittorio con tutti i creditori potenzialmente coinvolti (al riguardo U. MACRÌ, Un commento a prima lettura, in Fallimento, 2014, 398 s.)..

[45] Tant'è che già l'art. 140 del vecchio codice degli appalti di cui al D.lgs. n. 163/2006, con riferimento ai lavori pubblici, sanciva per accelerare la soluzione che "Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso….. possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario".

[46] Si è osservato che risulterà di difficile applicazione pratica questa prescrizione in quanto il comma 5 dell'art. 124, c.c.p. si riferisce alla situazione in cui "Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale", ma "l'autorizzazione alla

ISSN 2036-7821

da rispettare affinché l'impresa in concordato possa attuare l'autorizzazione giudiziale mediante sottoscrizione del contratto pubblico è quello di sessanta giorni (previsto per la liquidazione giudiziale) entro cui il tribunale presso cui pende la domanda di concordato preventivo possa delibare sulla richiesta di autorizzazione alla stipula del contratto aggiudicato, tenendo conto dell'eventuale esercizio dei poteri di autotutela della pubblica amministrazione [47]. Il debitore deve essere particolarmente tempestivo nel dar vita alla procedura, ove sia aggiudicatario di appalto non ancora perfezionato con la stipula del contratto, poichè a differenza di quanto accade in caso di liquidazione giudiziaria, occorre nelle more anche l'attestazione speciale su conformità al piano e capacità di adempimento, oltre che il parere del commissario giudiziale e l'autorizzazione del giudice.

A norma della seconda parte del comma 2 dell'art. 95 CCII, della continuazione può beneficiare, in presenza delle condizioni di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti purchè in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto [48]. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Si discute in questo caso se occorra l'attestazione, almeno nella parte in cui riguarda la ragionevole capacità di affidamento (visto che il vecchio D. lgs. n. 163 del 2006, stabiliva che la cessione aveva effetto nei confronti della P.A. solo dopo che il cessionario avesse comunicato alla stazione appaltante, attraverso idonea documentazione, la sussistenza dei *requisiti di qualificazione* e la stazione appaltante avesse accertato l'insussistenza dei

---

stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'articolo 18, comma 2, del codice dei contratti; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo...". Si legga, allora, anche l'art. 18, al comma 2, c.c.p., secondo cui: "Divenuta efficace l'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 17, comma 5 e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto ha luogo entro i successivi 60 giorni anche in pendenza di contenzioso". Insomma, il termine da rispettare affinché l'intero impianto vada a regime - e, dunque, l'impresa in concordato possa attuare l'autorizzazione giudiziale mediante sottoscrizione del contratto pubblico - si basa su una strettoia costituita dai sessanta giorni di tempo affinché il tribunale presso cui pende la domanda di concordato possa delibare sulla richiesta di autorizzazione alla stipula del contratto aggiudicato, tenendo conto dell'eventuale esercizio dei poteri di autotutela della P.A. - per i quali bisognerebbe stabilire se abbiano portata ostativa, sospensiva o interruttiva rispetto al termine bimestrale di che trattasi -, nonché della sussistenza di ipotetiche eccezioni all'applicazione di detto termine, come elencate nell'art. 18 del nuovo codice dei contratti pubblici, sempre al comma 2 (D. Latella, op. ult. cit.). In particolare, rappresenterebbero eccezioni all'applicazione del termine bimestrale (art. 18, comma 2): "a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2; b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire; c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto".

[47] In particolare, costituirebbero eccezioni all'applicazione del termine bimestrale (art. 18, comma 2, del progetto di Codice): «a) per le ipotesi previste dal comma 4 del presente articolo e dall'articolo 55, comma 2; b) nel caso di un diverso termine previsto nel bando o nell'invito a offrire; c) nell'ipotesi di differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante o dell'ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto».

[48] Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, in Urb. e app., 4, 2014, 417.

ISSN 2036-7821

presupposti per opporsi al subentro). In realtà riteniamo che nello spirito del sistema l'attestatore dovrà verificare proprio quei requisiti in funzione del diverso destinatario e del diverso interesse della massa. Le disposizioni si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesti che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda.

Dal coordinamento delle norme emerge che nella fase del concordato in bianco i contratti già stipulati rimangono *sospesi* fino all'intervenuta autorizzazione del tribunale, ed in mancanza possono comunque essere efficaci purchè ci sia la successiva ratifica dell'organo giudiziale. Nella fase *post ammissione* invece, i contratti proseguono, se accompagnati dalla detta attestazione professionale, senza la necessità dell'autorizzazione giudiziale. [49]

Occorre in ogni caso tracciare anche uno spartiacque tra due discipline diverse ovvero quella riguardante i veri e propri contratti pendenti e quella concernente la relativa assegnazione. Questa seconda fase termina solo con la stipula del contratto con la P.A., prima della quale si è sempre nell'ambito della disciplina della partecipazione alla gara. Solo laddove l'esecuzione del contratto richieda un *quid pluris* rispetto alle verifiche e le autorizzazioni già predisposte e raccolte nella fase di partecipazione, occorrerà seguire l'*iter* previsto dalla disciplina riguardante la prosecuzione, come nello specifico caso in cui si concorra a procedure di assegnazione nella fase di concordato in bianco e si dia esecuzione al contratto nella fase *post-ammissione*. Allo stesso modo va individuato un ulteriore spartiacque nella fase *post-omologa* in cui non occorre più alcuna autorizzazione del giudice a partecipare a procedure di affidamento relative a concessioni ed appalti di lavori, di forniture e servizi, nonché ad essere affidatario di subappalti e ad eseguire i contratti già stipulati, anche perché il giudice non avrebbe più alcuna legittimazione per farlo [50].

In ogni caso, il primo comma dell'art. 124 c.c.p. in vigore, sancisce espressamente la regola dello *scorrimento di graduatoria*, diretta ad operare in caso di liquidazione giudiziaria[51], di liquidazione coatta amministrativa e concordato preventivo, o di

[49] Secondo la giurisprudenza l'autorizzazione è da intendersi immanente nel provvedimento di ammissione da parte del tribunale, il cui compito è anche quello di effettuare un accertamento analitico sull'attestazione sotto il profilo della sua legittimità, ovvero della sua analisi motivazionale tecnico-logica-giuridica coerente e corretta (Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit.). Chiaramente senza neppure il previo parere dell'Anac, già eliminato ad opera del **D.Lgs. 56/2017 in vigore dal 20 maggio 2017**.

[50] In tal senso anche Trib. Trento 30 gennaio 2017, in ilfallimentarista.it (la procedura di concordato preventivo si esaurisce con il decreto di omologa, il quale segna inoltre il passaggio, dal punto di vista dell'imprenditore, dal regime di spossessamento attenuato proprio della procedura al riacquisto della piena capacità di agire, e, dall'angolo visuale degli organi della procedura, dal potere di consentire o meno il compimento di atti di straordinaria amministrazione ad una funzione di mera vigilanza sulla corretta esecuzione del concordato).

[51] **Per la giurisprudenza di legittimità il contratto di appalto, anche di opera pubblica, si scioglie con l'apertura della liquidazione giudiziale ma con "effetto ex nunc"** e quindi **al curatore spetta il corrispettivo**

ISSN 2036-7821

risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 122 c.c.p. ovvero di recesso dal rapporto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-*ter*, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice antimafia e misure di prevenzione), ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto. Le stazioni appaltanti, come visto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile.

Dal coordinamento complessivo delle disposizioni (e comunque dall'*incipit Fatto salvo quanto previsto dai commi 4 e 5"* dell'articolo *de quo*) risulta tuttavia che le previsioni di cui di cui a tali commi tendono a prevalere sul predetto scorrimento, se tempestivamente adottate le relative scelte e decisioni da parte, rispettivamente, del debitore e A.G.O., essendo comunque l'interesse alla solerte conclusione dell'opera pubblica il primo precetto enunciato dall'art.1 c.c.p.[52]. Considerato anche che l'art.124 c.c.p. tace sul punto (a differenza dell'ultimo capoverso del secondo comma dell'art.95 CCII), vi è da supporre che tale tempestività sarà invocata con ancora più rigore nel caso di contratti da eseguire rispetto a concordati meramente liquidatori.

Il codice prevede una specifica disciplina *per le cessioni dei contratti pubblici* sancendo (comma 1, lett. d, n. 2, art. 120), che all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, *anche* a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza[53], un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice degli appalti. Stesso principio è sancito in tema di concessioni (art. 189). [54]

---

maturato per le prestazioni eseguite dall'appaltatore (poi dichiarato insolvente) sino all'intervenuto scioglimento, così come altrettanto ferma è la **possibilità per il committente di rifiutare legittimamente il pagamento delle opere appaltate per la parte ineseguita o non eseguita a regola d'arte (**Cass., 30 settembre 2021, n.26573, con nota di B. Armeli, Contratto pubblico di appalto: fallimento dell'appaltatore, richiesta di corrispettivo del curatore ed eccezione di inadempimento dell'appaltante, in Ilfallimentarista.it, fasc., 5, 2022).

[52] E probabilmente i sessanta giorni di cui all'art.18, comma 2, c.c.p. , richiamati anche dall'art.124, commi 4 e 5, c.c.p. rispetto allo specifico caso di avvenuta aggiudicazione senza ancora stipula del contratto, potrebbero divenire il generale, per quanto indicativo, termine che, con decorrenza dal verificarsi dell'evento (presentazione della domanda di concordato), l'impresa in crisi dovrà considerare per conseguire, ad attestazione speciale redatta, la necessaria autorizzazione giudiziale.

[53] Il riferimento apparentemente generico va invece chiaramente circoscritto alle ipotesi normativamente contemplate permanendo il divieto previsto dall'art. 119, comma 1, secondo cui: "I soggetti affidatari dei contratti eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, e le forniture compresi nel contratto. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 120, comma 1, lettera d), la cessione del contratto è nulla. È altresì nullo l'accordo con cui a terzi sia affidata l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente e dei contratti ad alta intensità di manodopera".

[54] Norme dettate in conformità al contenuto dell'art. 72, comma 1, lett. d-ii, della direttiva 2014/14/UE, e dell'art. 43, comma 1, lett. d-ii, della direttiva 2014/23/UE. Anche se quest'ultima allo scopo di non rischiare di incidere

ISSN 2036-7821

Lo stesso sistema vale per *le concessioni*, in quanto a norma dell'art. 189, comma 1, lett. d, n. 2, c.c.p., al concessionario iniziale succede, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni[55], fusioni, acquisizioni o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore. [56]
Si tratta di una vera e propria ipotesi di cessione del contratto *a carattere eccezionale*, in deroga agli artt. 119, comma 1 c.c.p. (che infatti la prevede espressamente) e 122, comma 1, lett. a, c.c.p., giustificata proprio dalle superiori esigenze del sistema e che non è soggetta né a veto, né ad autorizzazione da parte del contraente pubblico, a differenza di quanto avveniva col codice degli appalti del 2006, che consentiva la circolazione del rapporto solo unitamente all'azienda ed in caso di trasformazione, fusione o scissione.

4. Le procedure di assegnazione di appalti pubblici e la partecipazione di imprese in concordato.
L'imprenditore in concordato, a differenza di quello in liquidazione, può partecipare sin dall'inizio a gare pubbliche per l'assegnazione di appalti, nonostante l'art. 124 c.c.p. stranamente taccia (a differenza di quanto accadeva col previgente art.110) visto quanto sanciscono i commi 4 e 5 dell'art.95 CCII, e comunque il richiamo senza riserve ad opera dell'art.94, co.5, lett. d), c.c.p.
Successivamente al deposito della domanda di concordato in continuità, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la detta conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto (art. 95 commi 3 e 4, CCII).

---

sull'imparzialità, trasparenza e concorrenza, non impone la necessità di autorizzazione del concedente, ritenendo sufficiente, come in caso di contratto appalto, che il soggetto possegga i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente; che non vi siano altre modifiche sostanziali al contratto e che la cessione non abbia finalità elusive della normativa pubblica di settore.

[55] Il termine rilevazione è estremamente discutibile sul piano giuridico ed è riferito a scorpori o estrazioni patrimoniali derivante da linguaggio economico.

[56] Il corrispondente vecchio art. 51 disciplinava – invece - la cessione ed altri tipi di operazioni straordinarie, assoggettando, prima del perfezionamento del negozio, la verifica di ogni requisito da parte della stazione appaltante. Invece, in sede di esecuzione del contratto, la cessione poteva ritenersi efficace solo dopo che la stazione appaltante fosse stata ufficialmente resa edotta e nei sessanta giorni successivi non si fosse opposta, tra l'altro limitando la possibilità in sede concorsuale solo al peculiare caso di affitto o acquisto a cura di cooperativa di soci lavoratori,

ISSN 2036-7821

Scompare nel codice della crisi - ed ora anche dal codice degli appalti (v., prima, art.110 , commi 4 e 5, rispetto all'impresa ancora non ammessa al concordato, ed ora, invece, il silente, sul punto, art.124) - la necessità[57] prevista dalla vecchia legge fallimentare della dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si sia impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare *all'impresa ausiliata* nel caso in cui questa vada in liquidazione giudiziaria nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. [58]

Dal combinato disposto delle norme in vigore risulta che le imprese che hanno presentato un'istanza di concordato preventivo *senza continuità aziendale* non possono partecipare ad alcuna procedura per l'assegnazione di contratti pubblici dal momento della presentazione dell'istanza[59] fino al momento in cui cessa lo stato di concordato preventivo [60] . Per le altre imprese, invece, successivamente al deposito

[57] Ma non la facoltà di supportare al meglio la propria partecipazione alla gara pubblica - visto anche l' art.96, comma 6, c.c.p. - ricorrendo, dunque, all'ausilio conseguibile con un contratto di avvalimento ex art. 104 c.c.p.

[58] La dichiarazione andava fatta anche in applicazione del vecchio codice degli appalti, relativo all'istituto del c.d. "avvalimento" e quindi mettendo a disposizione del concorrente tutte le risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto, e non solo quelle risorse delle quali il concorrente sia carente. Al riguardo M. CASAVECCHIA, I contratti pubblici di appalto: in particolare quelli di servizi e fornitura. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. "Codice degli appalti pubblici) e il problema dei contratti relativi a servizi, forniture e altre ipotesi spurie, in Nds, n. 21 del 2013, 22 s.; ID., "I contratti pubblici di appalto. I soggetti che possono essere appaltatori. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. Codice degli appalti pubblici) in materia di lavori pubblici", in Nds, n. 13 del 2012, 32 s. Si trattava di una disposizione destinata ad essere applicata in un momento successivo al decreto di ammissione al concordato preventivo e che veniva letta in combinato disposto con l'art. 38, comma 1, lett. a), del vecchio codice degli appalti del 2006, che non a caso è stato modificato una prima volta proprio dall'art. 33 del D.l. n. 83 del 2012 mediante l'aggiunta di un inciso secondo cui "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni" (al riguardo F. FIMMANÒ, Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità, in Dir. fall., 2014, I, 222).

[59] La giurisprudenza, infatti, ha ritenuto che l'espressione "…nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione della [situazione di concordato preventivo]" che si rinviene nell'art. 38, comma 1, lett. a), vada interpretata nel senso che il procedimento di concordato preventivo può dirsi in corso a partire dal momento in cui viene presentata la domanda di concordato (così Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, 2155; TAR Puglia, Bari, 5 aprile 2011, n. 546).

[60] Sul punto la giurisprudenza amministrativa si è divisa, ritenendo alcuni giudici che "lo stato di concordato preventivo" termini con l'omologa del concordato da parte del giudice (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 19 aprile 2012); sostenendo altri che tale stato cessa soltanto quando il concordato è stato portato a completa esecuzione, e, dunque, nel momento in cui viene emesso il decreto che autorizza la chiusura della procedura (così TAR Campania, Napoli, Sez, I, 25 gennaio 2012, n. 651. La giurisprudenza ha ritenuto che nel concordato al divieto generale di cui all'art. 168, di pagare i creditori anteriori consegua l'applicabilità della disciplina

ISSN 2036-7821

del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve invece essere autorizzata dal tribunale [61], acquisito il parere del commissario giudiziale - se nominato - *sulla convenienza per il ceto creditorio*[62], ed in mancanza di tale nomina, provvede direttamente il tribunale[63]. La giurisprudenza afferma che in questo caso il ricorso deve essere accompagnato da una adeguata *disclosure* sulle linee guida del piano. [64]

---

eccezionale di cui al comma 2, lett. b), art. 5, d.m. 24 ottobre 2007, il quale consente il rilascio del DURC anche in «caso di sospensione dei pagamenti (contributivi) a seguito di disposizioni legislative» (Trib. Cosenza, 19 dicembre 2012, in Il Caso.it, 2013 ed in F. FIMMANÒ, I contratti nel concordato preventivo, in Giust. civ., 2016, 162 s.).

[61] Anche la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che "nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato con continuità aziendale l'impresa, che abbia fatto domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, conserva la facoltà di partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti" (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 09/06/2016, n. 494). In tema cfr. G.P. MACAGNO, Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in ilcaso.it, 2013, 14 s.

[62] Secondo una diversa giurisprudenza la società che ha presentato domanda di concordato preventivo con riserva che intenda partecipare ad una procedura ristretta di affidamento di lavori edili, non potrebbe invocare la disciplina prevista dell'art. 186-bis, commi 4 e 5, l.fall. (ed ora dal codice), essendo l'ambito di operatività della norma limitato al periodo compreso tra il deposito della domanda di concordato pieno e l'ammissione alla procedura, con l'esclusione pertanto della possibilità di farvi ricorso nell'ambito del concordato con riserva. Secondo questa impostazione il previgente codice degli appalti, all'art. 110, stabiliva che l'impresa che avesse presentato domanda di concordato in bianco potesse proseguire nella sola esecuzione dei contratti già stipulati, precisazione, questa, da leggersi come volontà di precludere alle imprese in concordato con riserva la partecipazione alle gare di appalto, a tutela del buon fine dell'opera nell'interesse della stazione appaltante; analoghe considerazioni debbono valere anche con riferimento all'istanza prenotativa (Trib. Roma 20 ottobre 2017, in ilcaso.it).

[63] Comma inserito dall'art. 13, comma 11 bis della legge 21 febbraio 2014, in vigore dal 22 febbraio successivo, di conversione del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145. L'autorizzazione di cui al IV comma dell'art. 186 bis l.f. è prevista per la partecipazione dell'imprenditore - che ha proposto domanda di concordato in bianco - a procedure di affidamento di contratti pubblici e non per la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti (Trib. Mantova 10 settembre 2015, in ilcaso.it, in Fallimento, 2015, 1351).

[64] Più in generale la giurisprudenza ha rilevato che per vedere applicata la normativa in esame il debitore dovrà fornire una adeguata disclosure volta a produrre tutti gli elementi di valutazione al tribunale per consentire il sindacato dell'autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente in bonis (Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit, 728; Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013; Trib. Terni, 27 dicembre 2013; Trib. Venezia, 27 marzo 2014; Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014; Trib. Cassino, 29 ottobre 2014; App. Milano, 4 febbraio 2015, tutte in ilcaso.it. In tema: M. ARLENGHI, nota a Tribunale Milano, 19 marzo 2013, Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione a sensi dell'art. 169-bis legge fallim., in Riv. dott. comm., 2013, 3, 681; F.FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" cit., 2016). Non sussisteva nella fattispecie la necessità di avvalimento di requisiti di altro operatore (comma 3, lettera a; comma 4, primo periodo), tuttavia qualora ricorrano i casi previsti dall'art. 110 comma 5, lettere a) e/o b), l'ANAC può intervenire con facoltà di chiedere il detto avvalimento. Al riguardo: L. D'ORAZIO, Continuità aziendale e gare per l'affidamento dei contratti pubblici, in Fallimento, 2017, 754; A. Napoleone, Sub artt. 107-110 D.Lgs. n. 50/2016, in F. Garella - M. Mariani (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 289; P. Oreto, Il nuovo codice degli appalti, Palermo, 2016, 236; O. CAGNASSO - M. QUARANTA, Appalto privato e pubblico, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Milano, 2016, 1542

ISSN 2036-7821

Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

Nella *fase post-ammissione* la partecipazione è possibile previa attestazione di conformità al piano [65] e di ragionevole capacità di adempimento del contratto. Nei casi in cui l'impresa non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali[66], è possibile la partecipazione, previa eventuale autorizzazione del giudice delegato qualora il piano non sia sufficientemente dettagliato in ordine alla partecipazione della specifica gara.

Il vecchio codice degli appalti già aveva attenuato i requisiti, cui poi si è adeguato il codice della crisi, visto che l'*avvalimento* veniva preteso solo in due casi specifici e comunque su richiesta facoltativa dell'Anac; inoltre, il comma 3, dell'art. 95 CCII, nulla dice circa l'attestazione del professionista, richiamata dal comma 4. L'istituto, disciplinato dall'art. 110 del vecchio codice degli appalti, riproduceva la figura precedente anche se era previsto l'intervento dell'Anac e veniva equiparato a quello della "supplenza", seppure con specifico riferimento alle sole fattispecie ostative all'esecuzione dell'appalto emerse successivamente al perfezionamento del contratto, fra le quali la liquidazione giudiziaria [67]. In ogni caso in ipotesi di concordato preventivo in continuità aziendale , l'art.124, comma 5, del nuovo codice dei contratti pubblici, a differenza del previgente art.110, commi 4 e 5, non richiede più l'avvalimento, né i futuri allegati tecnici dell'Autorità anticorruzione avranno

[65] La partecipazione e deve essere quindi espressamente prevista nel piano concordatario e comunque deve risultare una espressa previsione delle caratteristiche dell'appalto o della fornitura, dei limiti e delle tipologie rispetto a dimensioni, volumi, flussi e redditività.

[66] L'art. 110 del previgente codice dei contratti pubblici è stato integralmente riscritto dall'art. 372, co. 1, lett. c), del Codice della crisi d'impresa prevedendo anche l'ipotesi che l'impresa non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'Anac individua con apposite linee guida e contemplando l'eventuale intervento dell'Autorità con facoltà, previo confronto sullo specifico punto con il giudice delegato, di subordinare la partecipazione alla necessità di avvalimento di requisiti di altro operatore. Ma il nuovo codice nulla dice al riguardo e comunque in futuro non ci saranno più linee guida vincolanti ma solo allegati tecnici, venendo meno il sostanziale potere normativo dell'Autorità. In verità, destava perplessità il conferimento di poteri di amministrazione attiva a un soggetto il cui mandato dovrebbe attenere esclusivamente a compiti di regolazione e vigilanza nella materia dei contratti e non di poteri impositivi di un obbligo con delicati conflitti di competenze con le funzioni svolte dal giudice delegato, che sovraintende la gestione delle procedure di crisi, con ripercussioni sulla solidità del piano di concordato e sulla garanzia della sua attuazione. A differenza della figura generale dell'avvalimento ora disciplinata dall'art. 104 c.c.p., connotata dalla facoltatività, la species dell'avvalimento rinforzato contemplata dal vecchio art. 110 era invece contraddistinta dall'obbligatorietà.

[67] L. SADILE, op.cit., 9.

ISSN 2036-7821

efficacia normativa come le precedenti linee guida, pure previste nella disposizione di cui all'art. 372, co. 1, lett. c), CCII, ma superate dal nuovo codice dei contratti. [68]
Il codice della crisi richiede come *quid pluris* rispetto a quella disciplinante i rapporti con la P.A., come visto, la relazione di un professionista, e ciò senza dubbio a tutela del ceto creditorio, che in caso di giudizio negativo, si vedrebbe gravato da ulteriori perdite e costi prededucibili, oltre che da voci di danno dovute alla risoluzione per grave inadempimento, anch'esse prededucibili. [69]

5. Il caso dei raggruppamenti e delle associazioni temporanee di imprese nel concordato preventivo.
L'impresa in concordato preventivo riunita in raggruppamento o associazione temporanea di imprese, nel codice della crisi, a differenza di quella in liquidazione giudiziaria [70], può sempre concorrere a gare di appalto pubblico *ex* art.95, comma 5, CCII, purchè autorizzata dal giudice previo deposito della più volte citata attestazione del professionista indipendente.

[68] La norma dispone che "per i contratti in corso di esecuzione, alle imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 44, comma 1, del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, si applicano i commi 1 e 2 dell'articolo 95 dello stesso codice".

[69] La vecchia legge fallimentare esigeva l'avvalimento a tutela evidentemente non solo dell'interesse della P.A. ad un'esecuzione celere e senza soluzione di continuità, ma anche dell'impresa stessa e soprattutto del suo ceto creditorio, in modo da non esporlo a richieste di risarcimento danni, sempre di natura prededucibile. L'istituto dell'avvalimento previsto per la procedure concorsuali, definito anche rinforzato o rafforzato, chiaramente diverso da quello ordinario (il legislatore comunitario ha disciplinato il solo avvalimento facoltativo all'art. 63, della direttiva n. 2014/24/UE) perché - a differenza di quest'ultimo - era obbligatorio per l'impresa in crisi ove questa intenda partecipare alla gara d'appalto. L'art. 110, comma 5 del previgente codice degli appalti non richiamava l'applicazione della norma sull'avvalimento ordinario, ma è certo che i requisiti ulteriori previsti in via tassativa dall'art. 89 per l'ausiliario dovevano essere posseduti, a maggior ragione, da quello prescelto per l'avvalimento rafforzato. Inoltre, era previsto il subentro da parte dell'ausiliario nel contratto pubblico, mentre in quello standard, il contratto era in ogni caso eseguito dall'impresa affidataria, che, ferma la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante poteva solo assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (cfr. in tema di responsabilità cfr. D. BUZZELLI, La responsabilità solidale nell'avvalimento, in Contr. Impresa, 2018, 571). Chiaramente la possibilità di subentro consentiva nel caso di avvalimento rafforzato di evitare il rischio di aggravamento del danno, tanto per la stazione appaltante che per l'ausiliario, che, a prescindere dagli eventuali diritti di regresso nei confronti dell'impresa che se ne avvaleva, aveva infatti tutto l'interesse a controllare la buona esecuzione del rapporto e a subentrarvi il prima possibile, proprio per evitare penali per il ritardo.

[70] Secondo la giurisprudenza di legittimità in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, la liquidazione giudiziaria della capogruppo, costituita mandataria dell'altra, ai sensi dell'art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 406 del 1991, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 183 CCII, sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza (Cass., 17 Gennaio 2017, n. 97, in ilcaso.it).

ISSN 2036-7821

Rispetto agli interessi in gioco i raggruppamenti rispondono a una logica pro-concorrenziale, favorendo l'accesso al mercato dell'affidamento dei contratti pubblici attraverso il cumulo dei requisiti, in modo da ampliare la platea dei concorrenti; tuttavia, soddisfano, al contempo, anche l'interesse della stazione appaltante alla migliore realizzazione dell'appalto, valorizzando l'unione delle risorse, delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie delle imprese, con l'ampliamento delle garanzie per il committente, essendo tutte le imprese associate responsabili a vario titolo verso quest'ultimo.

Sul tema della previgente disciplina che ammetteva le sole imprese mandanti, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale nel 2020 nel senso della infondatezza della questione inerente alla impossibilità per la mandataria di partecipare a gara pubblica in caso di concordato con continuità [71] sulla base dei principi in linea con la regola generale di esclusione dalle gare di chi è sottoposto a procedure concorsuali, prevista dalla disciplina dei contratti pubblici [72] con un rafforzamento dei caratteri e degli interessi pubblicistici sottesi. La mandataria, infatti, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante (con funzioni essenzialmente di garanzia) per l'esecuzione di tutte le prestazioni, anche di quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti, ove previste dal bando di gara, oltre a dover rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali. Da questo angolo visuale, la partecipazione alla gara della mandataria in concordato preventivo con continuità si potrebbe rivelare pregiudizievole non soltanto per la stazione appaltante, esposta al rischio di insolvenza dell'unico debitore solidale, ma anche per i creditori dell'impresa in concordato, a fronte della sopravvenienza di crediti prededucibili sorti da inadempimenti di soggetti diversi dal debitore. Le mandanti, invece, assumono "una responsabilità solidale (tra esse e con la mandataria) soltanto nei raggruppamenti di tipo orizzontale, dove le prestazioni di tutte le imprese riunite sono omogenee e si distinguono esclusivamente sul piano quantitativo"[73].

Per effetto dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, come già accennato , l'art. 372 del CCII non ha più alcuna vigenza e l'art. 95, comma 5, CCII

[71] In tal caso, la Corte ha stabilito che "è infondata, in riferimento ai principi di ragionevolezza e uguaglianza, nonché gli artt. 41 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art.186-bis,comma 6, della legge fallimentare, anche in combinato disposto con l'art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. n.163 del 2006, nella parte in cui esclude dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, per l'aggiudicazione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi o forniture, l'impresa sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese" (C .Cost. 7 maggio 2020 n. 85 ed al riguardo cfr. G. BRANCADORO, Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici, in Giur. cost., 2020, 1115).

[72] Cfr. art. 94 comma 5 lettera d), c.c.p.

[73] D. Latella, op.cit., che evidenzia come il ruolo della mandataria di un R.t.i. orizzontale rimane comunque peculiare, in quanto la natura anche processuale del suo potere rappresentativo agevola la stazione appaltante nel far valere in ogni sede, anche giudiziale, le ragioni derivanti dall'esecuzione del contratto, ferma rimanendo la sua facoltà di agire direttamente nei confronti delle mandanti (ex art. 48, comma 15, D.lgs. n. 50 del 2016).

ISSN 2036-7821

non presenta più il divieto di partecipazione a gare pubbliche in associazione o raggruppamento temporaneo per le imprese mandatarie in concordato preventivo, prima anche previsto dall'art.186 *bis*, comma 6, l.fall., che, come visto, aveva resistito anche al vaglio di costituzionalità.

Come abbiamo già visto, l'art.. 97 del nuovo codice dei contratti dispone che, fermo restando quanto previsto dal comma 5 dell'art. 124, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti (fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata), in sede di presentazione dell'offerta, comunicando alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato. Oppure se prova l'impossibilità di adottare queste misure necessarie prima di quella data; o ancora se ha adottato e comunicato le misure prima dell'aggiudicazione[74], se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta. Se la stazione appaltante ritiene che tali misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è comunque escluso con decisione motivata. Queste regole si applicano anche ai consorzi ordinari, a quelli fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono [75].

[74] La possibilità dell'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale di partecipare al raggruppamento soltanto in qualità di mandante e l'eventuale dichiarazione di affiancamento, sono possibili, perché in tal modo laddove l'impresa venga dichiarata insolvente nel corso della gara o dopo la stipulazione non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto, risulterebbe già individuato il soggetto che ne prenderà il posto, da ciò derivando che l'esecuzione del contratto pubblico risulta comunque assicurata. La tutela della sfera dell'autonomia privata non è assoluta, in quanto «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, secondo comma, Cost.» (Corte Cost., sentenze n. 56 del 2015, n. 247 e n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009; e n. 203 del 2016).

[75] Il codice degli appalti previgente sanciva, al comma 17 dell'art.48, nel caso in cui la procedura concorsuale colpisse l'impresa mandataria «(...) la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purchè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto». Il successivo comma 18 disciplinava invece l'ipotesi in cui una delle procedure connesse all'insolvenza colpisse una delle imprese mandanti. In tal caso, era espressamente previsto che «(...) il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purchè questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire». Cons. Stato sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245, ha evidenziato che "tali norme dispongono che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di

ISSN 2036-7821

Visto che ora l'impresa in crisi può partecipare al raggruppamento anche come mandataria, desta ancora più perplessità[76] 'inciso finale della disposizione che continua a condizionare tale possibilità al fatto che sia comunque necessario "*che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale*" [77]. A nostro avviso questa considerazione del legislatore si riferisce al fatto che se il raggruppamento ha altre imprese partecipanti in crisi occorre valutare il tipo di procedura cui sono assoggettate ed i relativi effetti, senza automatismi. L'interpretazione diversa secondo cui solo una delle imprese raggruppate può essere in procedura e le successive che vadano in crisi no, infatti non avrebbe molto senso perché introdurrebbe una sorta di regola settoriale speciale secondo cui "*prior in tempore, potior in iure*" che non troverebbe giustificazioni di sistema rispetto ai principi di uguaglianza costituzionale.

Per completezza va detto che l'art. 196, del nuovo codice dei contratti pubblici, dopo aver contemplato che per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (*leasing)* al comma 6 sancisce che "*uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi*".

---

contrattare con la Pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo) ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia". Al fine di evitare l'esclusione di raggruppamenti in cui si potesse escludere il solo operatore colpito da una procedura concorsuale, il comma 19 ammetteva il recesso dell'operatore dall'associazione, purchè fossero mantenuti i requisiti di qualificazione da parte dei soggetti rimanenti e che il fenomeno della riduzione non fosse finalizzato ad evitare la mancanza di un requisito alla partecipazione. La suprema corte ha avuto modo di affermare che in tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento della capogruppo, costituita mandataria dell'altra, ai sensi dell'art. 23, comma 8, del d.lgs. n. 406 del 1991, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 78 l.fall., sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza (Cass., 17 Gennaio 2017, in ilCaso.it, 17155, 2017).

[76] Si interroga negli stessi termini , A. PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.

[77] Per la giurisprudenza in tal caso la dichiarazione di "affiancamento", poteva provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento (T.A.R. Abruzzo Pescara, Sez. I, 3 ottobre 2017, n. 268, inedita).

ISSN 2036-7821

6. Il concordato in bianco.

Le problematiche riguardanti la sorte dei contratti pubblici non ancora stipulati, la continuazione di quelli in corso di esecuzione e la partecipazione a nuove gare pubbliche in caso di *concordato con riserva* [78] hanno avuto una lunga e sofferta evoluzione sia normativa che giurisprudenziale [79] ed appaiono risolti con l'entrata in vigore del codice, dopo che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2021 aveva offerto un assetto sistematico riferito alle previgenti disposizioni della legge fallimentare. [80]

A seguito della novella del 2012 si aprì un contrasto tra chi affermava che la possibilità di partecipare alle procedure di assegnazione richiedesse la definitiva ammissione del debitore al concordato con continuità, non essendo sufficiente la mera presentazione del ricorso (soprattutto se in forma "prenotativa") [81] e chi invece sosteneva che le esigenze di *favor partecipationis* e le finalità delle norme volte a preservare la capacità dell'impresa in crisi di soddisfare al meglio i propri creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti, consentissero la partecipazione, purchè il ricorso fosse "semi-pieno" in quanto *debitamente documentato*[82].

La seconda opzione è stata recepita dal comma 3 dell'art. 95 CCII [83], che ha espressamente previsto che successivamente al deposito della domanda «la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere

[78] In tema cfr. F. S. FILOCAMO, sub 186-bis, in M. Ferro (a cura di), La legge fallimentare.Commentario teorico - pratico, Padova, 2014, 2712.

[79] Sulle posizioni della giurisprudenza amministrativa C.L. APPIO, Concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici, in Riv. dir. banc., 2022, 271 s.

[80] Cons. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9 (B. ARMELI, Domanda di concordato preventivo "in bianco" e gare pubbliche: le condizioni per evitare l'esclusione. Lettura della normativa vigente alla luce dell'Adunanza plenaria n. 9/2021, in Appalti & Contratti, 7-8/2021, 19 s). Per il Consiglio di Stato la conclusione «che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula "partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", contenuta nell'art. 186-bis, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale ab initio che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi». In tema cfr. anche E. CAMPAGNANO, La crisi d'impresa e la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. il concordato con riserva al vaglio dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in Contr. Impr., 2022, 165 s.

[81] Cons. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101, in Urb. e app., 2014, p. 417; T.A.R. Valle d'Aosta, 18 aprile 2013, in Red. amm. TAR, 2013, 4; T.A.R. Roma, 4 giugno 2014. Nello stesso senso, in dottrina, V. DE SENSI, Appalto pubblico e crisi d'impresa, in Dir. fall., 2016, I, 627.

[82] T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 7 marzo 2013, in ilcaso.it; Cons. Stato, 27 dicembre 2013, n. 6272, in Fallimento, 2014, 667; Cons. Stato, 3 luglio 2014, n. 3344, in Urbanistica e appalti, 2014, 1327; Cons. Stato, 3 febbraio 2016, n. 426; T.A.R. Sardegna, 9 giugno 2016, n. 494; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 09 giugno 2016, n. 494. In dottrina v., per tutti, G.P. MACAGNO, Continuita` aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi, in Fallimento, 2014, 677.

[83] Introdotto dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 9.

ISSN 2036-7821

autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato»[84]. La possibilità di presentare domanda di concordato in bianco è stata mantenuta e regolata espressamente nel codice della crisi[85] sancendo, quanto al contenuto del ricorso, il potere del commissario nominato di riferire al tribunale "su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi", al fine di indurre l'attivazione del *sub* procedimento di apertura della liquidazione giudiziale. [86]

In linea con la disciplina della crisi il nuovo art. 94 del codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica "cause di esclusione automatica", sancisce che è altresì escluso «lettera d*) l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa ... e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 95, commi 3 e 4 ... a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali*» [87].

---

[84] Sulla compatibilità tra la partecipazione alla procedura di gara e l'intervenuta presentazione della domanda di concordato "in bianco" era altresì intervenuta l'ANAC con Determinazione n. 5, 8 aprile 2015, in G.U., n. 97 del 28 aprile 2015 che ha modificato la Determinazione n. 3, 23 aprile 2014, in Anticorruzione.it. L'Autorità rilevava che in altre parole, argomentando a contrario rispetto alla previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), che identificava, tra le altre, esclusivamente nella pendenza del concordato liquidatorio la causa ostativa alla partecipazione a gara, e quindi al rilascio dell'attestazione di qualificazione (in forza del rinvio operato dall'art. 78 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove non si potesse ravvisare la pendenza di un concordato liquidatorio, come nel caso in cui pendesse quello «in bianco» con effetti prenotativi di continuità aziendale, l'impresa non poteva ritenersi carente del requisito prescritto dalla lettera a) della citata disposizione. Peraltro a stessa giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344), ha affermato che laddove fossero rispettate le condizioni e soddisfatti gli adempimenti previsti dal quarto comma dell'art. 186-bis cit., la domanda in sé non comportasse né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione né la risoluzione di diritto dei contratti in corso, vista la finalità dell'istituto di incentivare le imprese ad anticipare la denuncia della situazione di crisi, comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno. La permanenza della validità e dell'efficacia dell'attestazione di qualificazione è risolutivamente condizionata alla decisione del giudice che dovesse dichiarare inammissibile la proposta di concordato con continuità aziendale. A presidio della legittima partecipazione dell'impresa alla gara, inoltre, l'ordinamento ha previsto l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale ad hoc sotto forma di autorizzazione.

[85] Artt. 40 e 44, comma 1, D.Lgs. n. 14/2019. In tema: P. SEGALERBA, Gli effetti del concordato cosiddetto "in bianco" sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: i principi comunitari nel confronto con l'evoluzione giurisprudenziale ed alla luce delle novità introdotte dal decreto "Sblocca cantieri" e dalla riforma della crisi di impresa, nota a C. Giust. UE, 28 marzo 2019, C-101/1, in Riv. trim. appalti, 2020, 300 s.

[86] Trib. Milano, del 5 ottobre 2022 (in Ilfallimentarista.it, 2023), ha affermato che la possibilità di applicare l'art. 44 CCII sulla domanda con riserva non può riguardare il concordato minore.

[87] Al contrario il vecchio codice degli appalti all'art. 80, comma 5, escludeva dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che si trovasse «in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110», ed all'art. 110, comma 3, consentiva la partecipazione alle nuove procedure di affidamento solamente all'«impresa ammessa al

ISSN 2036-7821

Una parte della giurisprudenza, alla luce della evoluzione legislativa[88], aveva ritenuto giustamente che il mero silenzio del vecchio art. 110 in ordine alla partecipazione a gare da parte delle imprese in concordato in continuità nella fase in bianco non potesse *interpretarsi quale abrogazione implicita* della disposizione di cui al quarto comma dell'art. 186 *bis* [89] (ora terzo comma dell'art. 95 CCII), in quanto avrebbe spazzato via con un colpo di spugna, oltretutto senza dirlo espressamente, un percorso evolutivo[90], il cui risultato è stato frutto delle esigenze economiche, produttive e sociali, nonché della necessaria tutela delle varie categorie di soggetti coinvolte in una crisi d'impresa. [91]

In caso di ricorso in bianco, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve dunque essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del

---

concordato con continuità aziendale» e al «curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio». Secondo Cons. Stato, 16 agosto 2016, n. 3639, in ilcaso.it, il quarto comma dell'art. 186-bis, l. fall., aveva «valenza innovativa e non meramente ricognitiva», con la conseguenza che, nella vigenza del quadro normativo delineato dal D.L. n. 83/2012, la pendenza di un procedimento per l'ammissione alla procedura concordataria al momento di partecipazione alla gara, ovvero in quello in cui era disposta l'aggiudicazione dell'appalto, avrebbe costituito una preclusione tout court all'affidamento.

[88] Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit..

[89] Peraltro aggiungiamo che il vecchio art. 110, comma 4, prevedeva, in evidente ed al tempo stesso parziale modifica dell'art. 186-bis, comma 5, l. fall., che solo l'impresa già ammessa al concordato in continuità non dovesse necessariamente ricorrere all'avvalimento, tantomeno "rinforzato", per partecipare ad una procedura di affidamento.

[90] A tal fine si richiama la pronuncia del T.A.R. Trento 24 maggio 2017, che, affrontando in particolare la questione se fosse necessario sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, giungendo alla condivisibile soluzione negativa afferma il principio che "non debba ritenersi mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) ed in particolare dell'art. 110, comma 3 e 4" e che "deve ragionevolmente ritenersi che la citata disposizione del nuovo codice (186 bis comma 4) si riferisca pur sempre alla fase antecedente l'omologazione, ed in particolare a quella precedente dell'ammissione, come del resto pure letteralmente si esprime, laddove la previsione sia dell'autorizzazione del giudice delegato sia del parere ANAC è riferita ad un'impresa "ammessa" al concordato, e dunque non ancora omologato", ribadendo a chiare lettere che "proprio sulla base di quest'ultima considerazione, è evidente che per ottenere il risultato sperato, all'impresa deve essere consentito di operare sul mercato come qualsiasi altro operatore economico".

[91] In questo senso anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa. Cons. Stato 3 luglio 2014, n. 3344, in Riv. giur. edilizia, 2014, 5, I, 1081; Cons. Stato 3 febbraio 2016, n. 426; Cons. Stato 16 agosto 2016, n. 3639, in ilfallimentarista.it, 30 agosto 2016. In senso restrittivo L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 753 (secondo cui con l'art. 110 del D. lgs. n. 50/2016 la soluzione più corretta sarebbe stata quella della esclusione dalla gare per le imprese che avevano presentato solo la domanda di concordato con riserva, in quanto la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, alla lettera vv, indicava tra i criteri direttivi la "previsione che l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale potesse partecipare alle procedure di affidamento"; l'art. 110, comma 3, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016 disponeva che "l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'Anac poteva :a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti ..."; l'art. 110, comma 4 stabiliva che "L'impresa...che ha presentato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, sesto comma, ...può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'Anac"; l'art. 5 legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 lettera vv: prevedeva che " l'impresa...che ha presentato domanda di concordato a norma dell'art. 161, sesto comma...possa eseguire i contratti già stipulati"). Nello stesso senso G. FAUCEGLIA, Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici, in Dir. Fall., 2017, 472 s.

ISSN 2036-7821

commissario giudiziale – se nominato - sulla convenienza per il ceto creditorio[92], ed in mancanza di tale nomina, provvede direttamente il Tribunale [93]. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha evidenziato la rilevanza dell'attività di vigilanza svolta dal Tribunale tanto per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la procedura ad evidenza pubblica, quanto laddove la domanda di concordato sia successiva a quella di partecipazione alla gara. Secondo la Plenaria, in base al canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza deve essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione che dovrà essere trasmessa con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso. L'informazione della presentazione di un'istanza di concordato in bianco dovrà poi essere tempestivamente comunicata alla stazione appaltante, che potrà, sulla base di quanto chiarito dalla Plenaria, valutare discrezionalmente l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore. L'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve dunque intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale». Da ultimo, la Plenaria ha precisato che è in ogni caso rimesso alle stazioni appaltanti valutare caso per caso se un'autorizzazione tardiva, ma giunta in tempo utile per la stipulazione del contratto possa avere efficacia integrativa o sanante, spostando di fatto il termine utile per l'autorizzazione giudiziaria sino alla stipulazione del contratto.

Il ricorso deve essere accompagnato da una *disclosure* particolarmente adeguata rispetto alle linee guida del piano[94]. In ogni caso l'istanza di autorizzazione dovrà

[92] Secondo una diversa giurisprudenza la società che aveva presentato domanda di concordato preventivo con riserva che intendeva partecipare ad una procedura ristretta di affidamento di lavori edili, non avrebbe potuto invocare la disciplina prevista dell'art. 186-bis, commi 4 e 5, l.fall., essendo l'ambito di operatività della norma limitato al periodo compreso tra il deposito della domanda di concordato pieno e l'ammissione alla procedura, con l'esclusione pertanto della possibilità di farvi ricorso nell'ambito del concordato con riserva (Trib. Roma 20 ottobre 2017, in ilcaso.it).

[93] L'autorizzazione riguarda la partecipazione dell'imprenditore - che ha proposto domanda di concordato in bianco - a procedure di affidamento di contratti pubblici e non la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti (Trib. Mantova 10 settembre 2015, in ilcaso.it, in Fallimento, 2015, 1351).

[94] Più in generale la giurisprudenza ha rilevato che per vedere applicata la normativa in esame il debitore dovrà fornire una adeguata disclosure volta a produrre tutti gli elementi di valutazione al tribunale per consentire il sindacato dell'autorità giudiziaria ed il diritto di difesa del contraente in bonis (Trib. Rovigo, 6 marzo 2014, cit, 728; Trib. Mantova, 27 settembre 2012; Trib. Monza, 21 gennaio 2013; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013; Trib. Terni, 27 dicembre 2013; Trib. Venezia, 27 marzo 2014; Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014; Trib. Cassino, 29 ottobre 2014; App. Milano, 4 febbraio 2015, tutte in ilcaso.it. In tema: M. ARLENGHI, nota a Tribunale Milano, 19 marzo 2013, Scioglimento e sospensione dei contratti bancari in corso di esecuzione a sensi dell'art. 169-bis legge fallim., in Riv. dott. comm., 2013, 3, 681; F.FIMMANÒ, I rapporti contrattuali "pendenti" cit.). L'art. 110 comma 6 del codice del 2016 prevedeva che l'Anac potesse intervenire con facoltà di chiedere l'avvalimento. Al riguardo: L. D'ORAZIO, op.cit., 754; A. NAPOLEONE, Sub artt. 107-110 D.Lgs. n. 50/2016, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 289; P. ORETO, Il nuovo codice degli appalti, Palermo, 2016, 236; O.

ISSN 2036-7821

essere analiticamente motivata dal debitore e corredata dalla dettagliata indicazione dei caratteri della proposta concordataria al fine di permettere al giudice una valutazione *pienamente informata* sulla compatibilità della esecuzione del contratto con il piano da depositare successivamente, con riferimento al miglior soddisfacimento possibile dei creditori ed alle ragionevoli capacità di adempimento alle obbligazioni da assumere.

A nostro avviso dunque non v'è mai stata alcuna incompatibilità formale in "astratto" tra il concordato «*in bianco*» e le procedure di affidamento e può viceversa determinarsi una incompatibilità in concreto. I *chiari ed inconfutabili effetti prenotativi* di concordato con continuità aziendale, che richiedono una *disclousure* approfondita, il parere del commissario - se nominato - ed il provvedimento autorizzativo del tribunale, servono proprio ad evitare criticità e pericoli. Resta il fatto che a questo punto non si tratterà di un vero e proprio concordato in bianco ma piuttosto di una domanda *semi-piena*. L'autorizzazione giudiziale e la relazione dell'esperto previste dal vecchio art. 186-*bis*, comma 4 e 5, l. fall., su cui si poteva assumere la «... *conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*» non costituiscono ora requisiti *alternativi* tra loro, ma cumulativi [95] per il caso in cui l'impresa concordataria intenda partecipare a una gara. [96]

Il codice della crisi come visto ha sancito all'art. 95, commi 3 e 4, che «... *successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato*» e che «*l'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto*».[97] L'art. 95 comma 2 CCII, dal canto suo, prevede che «*Il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento*», analogamente a quanto succede nel caso di concordato liquidatorio purchè la prosecuzione dei contratti sia attestata quale «*necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio*». Laddove, al contrario, l'impresa vuole partecipare a nuove gare e abbia depositato la domanda di concordato, diventa necessaria l'autorizzazione del tribunale, oppure, dopo il decreto di apertura della

---

CAGNASSO - M. QUARANTA, Appalto privato e pubblico, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, diretto da O. CAGNASSO - L. PANZANI, Milano, 2016, 1542

[95] In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2022, n. 8685 e già Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2018, n.5966;

[96] Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69 sulla vigenza di norme superate.

[97] Di conseguenza il codice della crisi ha disposto all'art. 372 la modifica degli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110, comma 4, del vecchio codice degli appalti, prevedendo il rinvio al nuovo art. 95. Modifica oggi superata dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

ISSN 2036-7821

procedura, quella del giudice delegato, fermo il parere del commissario se già nominato (art. 95, comma 3, CCII).
Orbene l'inciso «*ove predisposto*» contenuto nelle norme viene evidentemente riferito al piano concordatario "riservato" nel caso di accesso al concordato con *prosecuzione* di contratti pubblici, al tempo in corso di esecuzione (comma 2) o in quello di accesso al concordato con richiesta partecipazione a gare di *nuova* indizione (comma 3). Con la conseguenza che in mancanza della possibilità che il ricorso per concordato preventivo possa depositarsi senza piano e proposta (se non, appunto, perché si verta nell'ipotesi oggi disciplinata dall'art. 44 CCII), il detto inciso riguarderà necessariamente il nuovo concordato con riserva o "in bianco", che viene quindi espressamente incluso dalla legge tra le vie di accesso alla contrattazione pubblica. [98]
In tutti i casi la *querelle* è stata messa definitivamente a sopire con l'avvento dell'art.124 c.c.p.

7. Il certificato unico di regolarità contributiva ed il pagamento di crediti concorsuali.
A questo punto va affrontato il tema del pagamento delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali da parte delle imprese in crisi in particolare ai fini del rilascio del c.d. D.u.r.c. e degli effetti sulla prosecuzione dei contratti pubblici e della partecipazione alle gare, anche se non ci sono state significative modificazioni ad opera dei due nuovi codici. [99]
La giurisprudenza ha avuto modo, già da tempo, di affermare che nel concordato preventivo al divieto generale di pagare i creditori anteriori, consegue l'applicabilità della disciplina eccezionale di cui al comma 2, lett. b, art. 5 D.M. 24 ottobre 2007, che consentiva il rilascio agli Istituti previdenziali [100] del Documento unico di regolarità contributiva anche in "*caso di sospensione dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative*" [101]. Tale ultima norma è stata interamente sostituita dall'art. 3 del D.m. 30

[98] In tal senso: D. LATELLA, Il nuovo Codice degli Appalti cit., 2023, n. 3.
[99] In particolare il sistema risultante dagli artt.11, 94 e 95 del nuovo codice dei contratti risulta sostanzialmente analogo a quello contemplato dagli artt.30 e 80 del vecchio codice degli appalti. Negli stessi termini A.PEZZANO, Nuovo codice degli appalti pubblici e diritto della crisi: primissimi accenni, cit.
[100] La giurisprudenza amministrativa ha statuito che i poteri di verifica e di certificazione della regolarità contributiva è demandata esclusivamente agli istituti previdenziali (cfr. tra gli altri Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato 12 marzo 2015, n. 1321, in giustizia-amministrativa.it).
[101] Trib. Cosenza 19 dicembre 2012, in ilcaso.it, 2013; Trib. Firenze, 21 dicembre 2015, n. 9764, in fallimentiesocietà.it; Trib. Pavia 20 dicembre 2014, in ilfallimentarista.it; Trib. Roma 5 dicembre 2014, in osservatoriooci.org; Trib. Savona 24 settembre 2014, in ilcaso.it; Trib. Firenze 21 dicembre 2015, in ilcaso.it; Trib. Treviso 15 febbraio 2016, in fallimentiesocietà.it. D'altra parte la legge non impose la modifica delle lettere g) ed i) dell'art. 38 del D. Lgs. 163/06, riferite rispettivamente alla regolarità fiscale e contributiva dal momento che l'art. 186 bis in esame (comma 2- lett.c), contemplando la facoltà di prevedere nel piano concordatario una moratoria, tra gli altri, dei debiti muniti di privilegio (tali devono ritenersi senz'altro anche quelli nei confronti del fisco e degli enti di previdenza ed assistenza), ha inciso in via generale sulla scadenza dei debiti in esame. Con riferimento alla posizione fiscale l'operatività della corrispondente causa di esclusione è venuta meno automaticamente: ai sensi del comma 2 - III periodo - dell'art.38, l'inesigibilità del debito non consente infatti di

ISSN 2036-7821

gennaio 2015, che al secondo comma – con identica formulazione – ha sancito la sussistenza del requisito di regolarità contributiva anche nel caso di "*sospensione di pagamenti in forza di disposizioni legislative*".

Il rilascio del D.u.r.c. positivo[102] non può essere evidentemente subordinato alla regolarizzazione della posizione contributiva della società in concordato presso i vari enti previdenziali tramite il pagamento dei debiti pregressi, perchè ove ricorresse effettivamente il pagamento, questo sarebbe lesivo della *par conditio creditorum* [103].

In senso contrario, non vale il riferimento all'art.100 CCII che concerne il pagamento dei crediti pregressi afferenti a prestazioni di beni e servizi essenziali, categoria cui non sono riconducibili i crediti previdenziali, non potendo escludersi, in linea generale, che anche per i crediti privilegiati sia possibile prevedere un soddisfacimento non integrale [104]. Né i crediti previdenziali sono attratti dalla

---

ritenere definitivamente accertata la violazione degli obblighi fiscali. Lo stesso si potrebbe dire in via analogica dei debiti contributivi. Per essi peraltro il D.m. 24 ottobre 2007 - art. 5, comma 2, lett.b) – ha sancito la regolarità contributiva nei casi di sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (al riguardo cfr. L. SADILE, Il concordato preventivo, cit., 3).

[102] Il documento unico di regolarità contributiva (D.u.r.c.) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso. Per il Consiglio di Stato rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento circa la regolarità del D.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; ed invero, in materia di contratti pubblici, il D.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al D.u.r.c. chiesto dall'impresa e non anche al D.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (Cons. Stato, 25 maggio 2016, in ilcaso.it; Cons. Stato, ord. 21 ottobre 2015, n. 4799, in ildirittoammnistrativo.it, aveva rimesso all'adunanza plenaria la controversa giurisdizione in materia di DURC, anche in relazione al coinvolgimento di posizioni di diritto soggettivo afferenti il sottostante rapporto lavorativo oppure di interessi legittimi pretensivi.

[103] In caso di concordato con continuità aziendale l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del corso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge. In caso di esercizio provvisorio, la regolarità sussiste con riferimento agli obblighi contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio a condizione che risultino essere stati insinuati. Quest'ultimo profilo è stato ribadito anche nelle circolari INPS n. 2835 del 24 aprile 2015 e del Ministero del Lavoro n. 19 dell'8 giugno 2015, che in particolare con nota del 21 luglio 2015 ha disposto "in via definitiva, l'obbligo di rilascio del DURC alle imprese che abbiano conseguito l'omologazione del concordato preventivo, anche laddove il relativo piano non contempli l'integrale soddisfazione dei crediti di INPS e INAIL muniti di privilegio".

[104] Per la giurisprudenza nella fattispecie sussisteva la doverosità del rilascio del DURC da parte dell'INPS (Trib. Cassino, 27 maggio 2016, Ilcaso.it, 2016).

ISSN 2036-7821

disciplina dell'appalto che non è un contratto di durata, in quanto la prestazione dell'appaltatore, anche se può richiedere il compimento di una attività prolungata, non è frazionabile nel tempo, cosicché il corrispettivo spettante al medesimo, se l'opera viene completata e consegnata dopo la presentazione del ricorso, non è soggetto alla falcidia concorsuale e va pagato integralmente in prededuzione. [105]

In ogni caso gli Istituti dovranno sempre certificare la regolarità contributiva dell'impresa *in concordato con continuità*, purché chiaramente tutti i debiti in prededuzione, contratti successivamente, vengano via via onorati alla relativa scadenza [106].

Per ragioni diverse, tuttavia, anche nelle procedure di natura liquidatoria senza aziende in esercizio, il D.u.r.c. dovrebbe essere rilasciato all'impresa assoggettata alla procedura concorsuale, visto comunque il divieto di effettuare pagamenti spontanei *preferenziali* per i debiti pregressi, al di fuori del concorso, ivi compreso se creditore è l'Erario, la pubblica amministrazione od un Ente di previdenza. Dal mancato pagamento comunque non possono derivare effetti di tipo sanzionatorio, anche se previsti da norme *giuspubblicistiche* [107].

---

[105] In tal senso Trib. Genova 26 febbraio 2018, in Fallimento, 2018, 1032 s. con nota di F. CASA, I contratti di durata e l'appalto nel concordato preventivo. In tema cfr. anche V. PETTIROSSI, Sorte dei contratti prendenti nella disciplina del concordato preventivo, in Dir. fall., I, 2016, 109 e già F. FIMMANÒ, Gli effetti del concordato sui rapporti in corso di esecuzione, in Fallimento, 2006, 1057.

[106] Stessa cosa vale per le imprese in liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa.

[107] Il nuovo codice dei contratti prevede l'esclusione automatica, all'art. 94 comma 6, dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.p.r. 602\73 1973. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. La norma non si applica quando l'operatore ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. E' contemplata inoltre l'esclusione non automatica, a norma dell'art. 95 comma 2, c.c.p., qualora la stazione appaltante ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle derivanti dalla notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo o di liquidazione degli uffici o di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto. Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore concorre. In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore. In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro.

ISSN 2036-7821

In caso di inadempimento nel versamento dei contributi, il comma 6 dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, prevede l'obbligo della trattenuta dal certificato di pagamento di quanto dovrà essere direttamente versato agli enti previdenziali e assicurativi e contempla la possibilità per la stazione appaltante di pagare direttamente le retribuzioni dovute al personale dipendente in caso di reiterato inadempimento dell'affidatario ovvero del subappaltatore [108]. L'art. 6 del D.M. 30 gennaio 2015 sanciva la regolarità contributiva per le società in concordato preventivo con continuità aziendale, solo se nel piano era prevista *"l'integrale soddisfazione dei crediti"* degli istituti previdenziali, ma così facendo andava ad incidere sull'ordine dei privilegi. Tuttavia l'Inps aveva già previsto il rilascio del Durc se l'impresa aveva ottenuto il decreto di omologazione, anche laddove il piano non contemplasse l'integrale soddisfazione dei crediti Inps ed Inail muniti di privilegio[109]. Il D.M. 23 febbraio 2016, infine, che ha modificato l'art. 6 comma 2, ma

---

Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro del 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. La violazione grave si considera non definitivamente accertata, e pertanto valutabile dalla stazione appaltante per l'esclusione, quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati. Le violazioni non rilevano se è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore non passata in giudicato, sino all'eventuale riforma della stessa o sino a che la violazione risulti definitivamente accertata, ovvero se sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa. La norma sull'esclusione non automatica non si applica quando l'operatore ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della P.a.. In relazione all'esclusione automatica e non, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il Durc acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali.

[108] La consegna del certificato di regolarità contributiva costituisce condizione di esigibilità del credito vantato dall'appaltatore nei confronti della stazione appaltante e lo stesso vale per le quietanze delle buste paga dei dipendenti, senza le quali la stazione appaltante procede al pagamento diretto degli stessi. A norma dell'art. 11 comma 6, c.c.p., "in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al primo periodo, il responsabile unico del progetto invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine di cui al terzo periodo, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto".

[109] Messaggio Inps del 6 agosto 2015 n. 5223, in www.inps.it/Messaggi/Messaggio%20numero%205223%20del%

ISSN 2036-7821

solo per le ipotesi di liquidazione giudiziale e liquidazione coatta amministrativa con esercizio provvisorio, ha già posto l'impresa in condizione di "regolarità" anche per i debiti "scaduti anteriormente" alla data di autorizzazione dell'esercizio provvisorio[110].

L'art. 63 CCII prevede ora l'obbligo di utilizzo dell'istituto per il pagamento parziale "*dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori*", sicché il Durc deve essere rilasciato anche per il pagamento solo *parziale* di tali contributi. Gli articoli 94 comma 6 e 95 comma 2, c.c.p., prevedono, dal canto loro, la "sanatoria" del Durc, se l'operatore economico paghi o si impegni a pagare le imposte o i contributi, purché il pagamento o l'impegno siano formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Problema connesso è quello degli strumenti giudiziari utilizzabili dal debitore per ottenere il Durc laddove l'amministrazione lo rifiuti, nei casi in cui non sia sufficiente che il tribunale abbia dato il sostanziale avallo al rilascio[111]. Al riguardo a fronte di una giurisprudenza lavoristica che ha accolto in passato ricorsi in via d'urgenza[112] una iniziale giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice della crisi ha escluso - in modo assai opinabile - la possibilità, in via cautelare a norma del nuovo art. 54 CCII [113] , di ottenere un ordine dell'ente previdenziale alla consegna dello

---

2006-08-2015.htm.

[110] Si è evidenziato che ove non si voglia lasciare nelle secche il concordato con riserva, quindi, o si autorizza il pagamento dei debiti previdenziali con i finanziamenti indifferibili e urgenti ex art 182 quinquiens, comma 3 (F.S. FILOCAMO, La continuità contrattuale, in L. D'ORAZIO - F.S. FILOCAMO - A. PALETTA (a cura di), Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali, Milano, 2015, 376), oppure si ritiene che il durc possa essere rilasciato anche alle imprese in concordato ex art. 186 bis pure se persistono debiti previdenziali anteriori al deposito ed anche alle imprese che hanno presentato domanda di concordato con riserva (Trib. Cassino 25 maggio 2016; L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 759).

[111] Nel senso della sussistenza del diritto al Durc nel concordato anche in caso di irregolarità nei pagamenti: Trib. Cosenza 19 dicembre 2012 in ilcaso.it; negli stessi termini, Trib. Pavia 20 dicembre 2014, in ilfallimentarista.it; Trib. Roma 5 dicembre 2014, in osservatorio-oci.org; Trib. Savona 24 settembre 2014, in ilcaso.it; Contra: Trib. Milano 22 febbraio 2013 in Ilcaso.it, Trib. Reggio nell'Emilia 12 marzo 2019, inedito; Trib. Milano 29 aprile 2013 che ha autorizza il pagamento ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall. dei contributi, in quanto funzionale al rilascio del DURC. Nel senso del mero ed incidentale nulla osta invece: Trib.Roma 5 dicembre 2014, in fallimentiesocietà.it; Trib. Bergamo 18 agosto 2021, in dejure.it; Trib. Bergamo 8 settembre 2021, ivi.

[112] Cfr. Trib. Firenze 21 dicembre 2015, in Ilcaso.it; Trib. Treviso 15 febbraio 2016, in fallimentiesocietà.it. Contra Trib. Roma 3 maggio 2019 in Ilcaso.it.

[113] L'art. 54, comma 1, CCII amplia la portata applicativa delle misure cautelari, oggi non più limitate ad operare - come accadeva in forza dell'art. 15, comma 8, l.fall. - nel solo ambito del procedimento di apertura di una liquidazione giudiziale, ma diretta ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Si è correttamente rilevato che nel nuovo sistema "nel contesto della crisi, il provvedimento cautelare non mira a garantire l'efficacia e l'utilità di una successiva decisione di merito, inteso quale provvedimento di natura contenziosa: ciò spiega, del resto, quell'inciso che si legge nell'art. 54, primo comma, CCII, là dove si esclude l'applicazione dell'art. 669- octies, primo, commi 2 e 3, e l'art. 669-bis,comma 1, c. p.c. La misura cautelare, piuttosto, mira a garantire che possa giungersi ad una sentenza

ISSN 2036-7821

stesso[114]. Fortunatamente, un indirizzo più meditato ha portato a riconsiderare la questione, ammettendo, dunque, proprio perciò la possibilità di conseguire l'emissione dell'ordine *de quo* a cura del ben più "competente" giudice concorsuale.[115] A prescindere dalle non condivisibili questioni processuali, nel merito è stato evidenziato che nell'ipotesi di domanda di concordato in continuità aziendale verrebbe in rilievo il citato disposto di cui all'art. 5, comma 1, del D.M. 30 gennaio 2015 [116] sull'integrale soddisfazione dei crediti. In realtà la norma, già contraddetta e sconfessata dal trattamento delle procedure affini al concordato in continuità[117] e dalla possibilità di falcidia di tutti i crediti erariali[118] anche in virtù di *cram down*

di omologazione, attraverso la conservazione di un determinato assetto patrimoniale, così come disegnata dalla proposta e dal piano, in relazione alla quale soltanto l'omologa potrebbe sopraggiungere" (così efficacemente L. BACCAGLINI – M. RATTI, Concordato preventivo e strumentalità delle misure cautelari alla prova del DURC in Fallimento, 2023, 71). E ciò a differenza del passato in cui effettivamente il provvedimento cautelare in sede di istruttoria prefallimentare era funzionale alla sentenza dichiarativa e non poteva andare oltre gli effetti della stessa (F. FIMMANÒ, I provvedimenti cautelari a tutela dell'impresa in crisi, in Dir. fall., 2011, 417 s.; Id., Diritto delle imprese e tutela cautelare, Milano, 2012. Sul nuovo sistema si veda pure riguardo M. Fabiani, Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. proc., 2019, 854). Il rapporto di strumentalità della misura riguarda non solo l'omologazione in sé ma soprattutto la effettiva realizzazione del piano.

[114] Trib. Barcellona Pozzo di Gotto (10 ottobre 2022, in Fallimento, 2023, 65 s. con nota di L. BACCAGLINI – M. RATTI, op.cit.,67 s.) ha affermato l'imprescindibile strumentalità delle misure cautelari di cui all'art. 54, comma 1, c.c.i. - posto altresì che a queste non segue alcun procedimento di merito - deve declinarsi nel senso che le stesse non possono che consistere in provvedimenti ad effetti confermabili con il provvedimento che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, ovvero ancora in quegli ulteriori effetti che non si collegano automaticamente a tali pronunce ma che sono propri di atti che da essa derivano e che sono interni al susseguente procedimento concorsuale. Nello stesso senso Tribunale di Catania, 25.07.2022 in www.dirittodellacrisi.it (seppure riferito a una richiesta in corso di composizione negoziata ove non si può ottenere in sede cautelare più di quanto potrebbe ottenere all'esito del giudizio di merito) La giurisprudenza citata ha peraltro evidenziato che al Giudice ordinario sarebbe precluso di entrare nella sfera riservata all'agire amministrativo e di ordinare alla pubblica Amministrazione di compiere una determinata attività amministrativa.

Questione oggetto di pronuncia anche da parte della Suprema Corte, che ha statuito che: "il giudizio di accertamento circa la regolarità contributiva, intrapreso per il mancato rilascio del cd. DURC, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, al quale è, tuttavia, precluso emanare una pronuncia di condanna dell'ente previdenziale alla consegna dello stesso, sia pure in presenza di una richiesta in tal senso del privato, stante il divieto posto dall'art. 4 della l. n. 2248 del 1865, all. E." (Cassazione civile sez. lav., 03/03/2021, n.5825).

[115] Trib. Lucca 17 maggio 2023, in DirittodellaCrisi.it.

[116] Norma avente natura speciale rispetto a quella di carattere generale di cui all'art. 3 cit. (cfr. Trib. La Spezia, 18 luglio 2022 in www.dirittodellacrisi.it; cfr. anche Trib. Firenze 21 dicembre 2015.

[117] Nella liquidazione giudiziale con esercizio dell'impresa e nell'amministrazione straordinaria, il DURC viene rilasciato anche solo in presenza del provvedimento di ammissione allo stato passivo (cfr. al riguardo R. Bellè, Trasferimento di azienda in esercizio provvisorio fallimentare e derogabilità delle tutele eurounitarie: la Suprema Corte ancora sulla natura liquidatoria quale criterio dirimente, in Fallimento, 2022, 29; A.C. MARROLLO - A. PEZZANO, La continuità aziendale nell'esercizio provvisorio: presupposti e connessioni, in AA.VV. (a cura di L. D'Orazio - L. Monteferrante), Procedure concorsuali e diritto pubblico - Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, Milano, 2017.

[118] La giurisprudenza di merito ha rilevato che "il D.M. 4 agosto 2009, normativa secondaria che conteneva molte disposizioni di dettaglio rispetto alla norma generale dell'art. 182-ter l.fall. (...) risultava già implicitamente ovvero tacitamente abrogata, ai sensi dell'art. 15 co. 2 delle c.d. Preleggi (disposizioni sulla legge in generale) per effetto della entrata in vigore della legge n. 232/2016 che ha sostituito l'art. 182-terl.fall. (...). Tale abrogazione si è

ISSN 2036-7821

fiscale e previdenziale[119], risulta ormai del tutto incompatibile con l'art. 88 CCII e perdipiù contraria ai principi generali del codice della crisi [120] salvo che per i debiti contributivi sorti durante la procedura[121].

Dunque il Durc deve essere rilasciato sin dalla pubblicazione del concordato con riserva nonché nel concordato in continuità, anche se la soddisfazione per i creditori erariali è parziale[122], sussistendo una presunzione legale di regolarità contributiva in ragione del preminente interesse concorsuale alla continuità in funzione della salvaguardia aziendale.

Con riguardo ai contratti di appalto, sia pubblici che privati, il rilascio della certificazione da parte degli istituti previdenziali è sia condizione di ammissione alla gara[123], sia presupposto di esigibilità del credito dell'appaltatore nei confronti del committente. Passando infatti ai subappaltatori, l'art. 119, comma 11, c.c.p., prevede (in luogo della sospensione del pagamento da parte della stazione appaltante del regime risalente al codice del 2006[124]) *il pagamento diretto*, specificamente quando il

---

determinata per effetto sia della sostanziale innovazione dell'istituto della transazione fiscale e contributiva essendo ora consentita - ricorrendo le condizioni di cui all'art. 160 co. 2 e 182-ter co. 1 l.fall. - la falcidia, la dilazione e, a fortiori, l'integrale degradazione dei crediti privilegiati 'incapienti', sia della sopravvenuta incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti - l'antinomia ovvero il conflitto tra le disposizioni risolvendosi in favore della applicabilità/prevalenza dell'art. 182-ter l.fall. (nella formulazione introdotta dalla L. 232/2016) rispetto al D.M. 4.8.2009 in ragione non solo della posteriorità della prima secondo il criterio cronologico, ma anche e segnatamente del diverso grado gerarchico. La prima disposizione essendo fonte di rango primario avendo natura legislativa e carattere generale rispetto al D.M. che è invece fonte di grado secondario ed ha natura regolamentare" (Trib. Roma 28 giugno 2021, in dirittobancario.it, con nota di L. ROMANZI - G. PICARDO, Transazione fiscale: trattamento del debito previdenziale e rilascio del Durc).

[119] La Cassazione ha messo in evidenza che le disposizioni del DM 4.8.2009, che secondo taluno andrebbero a integrare il vecchio art. 182-ter l.f. divenendo norme imperative, non sono coerenti con la ratio generale del concordato preventivo (punto 3.5.2. della sentenza): "rendendo, di fatto, il concordato medesimo ostaggio della volontà delle agenzie fiscali e degli enti gestori delle forme di previdenza ed assistenza obbligatorie: si giungerebbe, così, ad un disvalore per tale procedura concorsuale che, invece, viene complessivamente incentivata dal legislatore" (Cass. 21 giugno 2018, n. 16364, Rel. Campese).

[120] In tema cfr. già M.RATTI, Il Durc, in AA.VV. (a cura di L. D'Orazio - L. Monteferrante), Procedure concorsuali e diritto pubblico - Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori, Milano, 2017; A. Farolfi, Appunti in tema di DURC e concordato preventivo in continuità, in www.ilcaso.it.

[121] In tal senso Trib. La Spezia 18 luglio 2022, in DirittodellaCrisi.it; Trib. Venezia 17 giugno 2019 e Trib. Livorno 16 agosto 2018, in dejure.it.

[122] Si è affermato che "alla luce della norma di cui all'art. 182-terL.F.(con le modifiche apportate dalla legge 169/2007 e dalla legge 232/2016), è sempre consentito al proponente il concordato di formulare una proposta di pagamento dilazionato ovvero parziale del debito contributivo, ragion per cui, in definitiva, non può configurarsi, allo stato, una legittima pretesa degli enti previdenziali al pagamento integrale del debito pregresso ovvero alla sanatoria delle irregolarità contributive quale condizione necessaria per il rilascio del DURC" (Trib. Roma 8 novembre 2019, in ilcaso.it).

[123] Per il supremo consesso amministrativo la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale di gravità, che obbliga la stazione appaltante ad estromettere il concorrente dalla procedura evidenziale, senza poterne sindacare, nel merito, il contenuto (Cons. Stato 19 febbraio 2019, n. 1141).

[124] Invece l'art.119 è sostanzialmente analogo all'art. 105, comma 13 (e all'art. 174, comma 7 nelle concessioni) del codice degli appalti del 2015. La Suprema Corte aveva affermato che la sanzione della sospensione del pagamento prevista dal vecchio art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, costituiva una garanzia per le ragioni del

ISSN 2036-7821

subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; in caso di inadempimento dell'appaltatore o, infine, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente. In virtù di questa delegazione "legislativa" di pagamento, la stazione appaltante adempie l'obbligazione nei confronti dell'appaltatore, estinguendo il debito che questi ha a sua volta contratto con il subappaltatore, *liberando il primo anche dalla responsabilità solidale per gli obblighi contributivi e retributivi*. Tuttavia, in caso di assoggettamento dell'appaltatore (o del concessionario) alla liquidazione giudiziale od al concordato preventivo, i pagamenti dovranno avvenire secondo le regola della graduazione, prevalendo in detti casi le norme concorsuali[125]. D'altra parte, anche la recente normativa istitutiva del cd "Fondo Salva Opere", di cui all'art. 47, commi 1-*bis*/*septies*, D.L. n. 34/2019, conv. con modificazioni dalla L. n. 58/2019, sembra indirizzare in tal senso, tentando un contemperamento degli interessi: se, da un lato, tale normativa speciale tende a favorire l'ultimazione delle opere pubbliche, offrendo ai subappaltatori l'aspettativa del pagamento, in ipotesi di insolvenza dell'appaltatore (sino al 70% e nei limiti delle dotazioni del Fondo), dall'altro, attribuisce al Fondo - e per esso del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - un diritto di surroga sempre e solo secondo le regole concorsuali, con la sola attribuzione di antergazione rispetto al residuo credito del subappaltatore "*nei riparti ai creditori effettuati nel corso della procedura concorsuale*").cfr. comma 1-*ter* dell'art.47 cit.).[126]

---

subappaltatore, precludendo la riscossione del credito all'appaltatore e, per esso, al curatore fallimentare, che esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del soggetto sottoposto alla procedura (Cass. 5 marzo 2012, n. 3402).

[125] Trib. Verona 18 maggio 2022, in DirittodellaCrisi.it.. Analogamente non compete la prededuzione al subappaltatore in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, poiché " il meccanismo delineato dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3 - che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore - deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione "(Cass., Sez. Un., 2 marzo 2020, nn. 5685/6, con nota di S. Leuzzi, Il credito del subappaltatore di opere pubbliche nel fallimento , in Il Fallimento, 2020, 468 ss.). Riguardo ai pagamenti diretti dei subappaltatori avvenuti, in periodo sospetto, prima della dichiarazione di fallimento, si è ricordato che sia la delegazione attiva di pagamento, sia l'accollo non allo scoperto, costituiscono mezzi anormali di pagamento, e sono pertanto passibili di revocatoria. Ci si può tuttavia domandare se l'anomalia delle modalità del pagamento, sulla quale tale disposizione fonda la presunzione di conoscenza dell'insolvenza "da parte dell'accipiens, sia predicabile anche quando si tratta, come nella specie, di una forma di pagamento prevista per legge, e, in ogni caso, la fattispecie sarà di norma riconducibile all'esenzione prevista dalla legge" (M. ATTANASIO, Procedure concorsuali e appalti pubblici, 16, che richiama Cass., 17 gennaio 2003, n. 649; Cass., 15 luglio 2011, n. 15691; Cass., 23 dicembre 2015, n. 25928, nonché, per l'accollo, Cass., 25 luglio 2006, n. 16973 e Cass., 4 maggio 2012, n. 6795).

[126] Cfr. sul punto, A. PEZZANO - M. RATTI, Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti pendenti: l'appalto,cit.

ISSN 2036-7821

Invero, già l'art. 118 del vecchio codice degli appalti, al comma 3 *bis*[127], disponeva che era consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla procedura [128]. Il problema, tuttavia, nasce nella determinazione dell'importo dovuto al subappaltatore, in quanto gli stati di avanzamento redatti dal direttore dei lavori riguardano le opere via via realizzate, ma non anche quelle poste in esecuzione dal singolo subappaltatore, il quale dovrebbe quantificare e giustificare al committente il valore di quanto realizzato con tutte le difficoltà del caso [129].

[127] In ambito concordatario, ove l'istanza di pagamento diretto formulata dalla stazione appaltante riguardasse crediti concorsualizzati ed anteriori al deposito del ricorso a norma del vecchio art. 161, comma 6, l. fall., secondo la giurisprudenza, non trovava applicazione l'art. 118, comma 3 bis codice appalti (peraltro ormai abrogato per effetto di quello successivo del 2015), bensì l'art. 182 quinquies l. fall. che costituiva norma speciale, consentendo al solo debitore in concordato con continuità di chiedere l'autorizzazione ad eseguire il suddetto pagamento, purché fosse presentata un'attestazione rafforzata relativa a due concorrenti requisiti: a) che il pagamento attenesse a prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione della attività di impresa; b) e che questi fossero funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (Trib. Ravenna 30 giugno 2016, in Ilfallimentarista.it, 2016).

[128]Il pagamento "diretto" che era una eccezione nel codice dei contratti pubblici 163/2006 (se la stazione appaltante lo prevedeva in sede di bando di gara ex art. 118 comma 3; in pendenza di concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 118, comma 3 bis), diviene la "regola". Il testo modificato al comma 3 e con l'inserimento del comma 3 bis, entrambi in vigore dal 22 febbraio 2014. Il comma 3 dispone che nel bando di gara la stazione appaltante deve indicare che provvede a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori…, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite (sull'argomento, anche per una rassegna di giurisprudenza in tema, cfr. D. FINARDI, Lo strano caso dell'art. 118 codice appalti: natura chirografa o nuova prededuzione nelle procedure concorsuali?, in Fallimento, 2015, 443 s.).Nello stesso senso va l'art. 13 comma 10 del D.L. 145/13 e della relativa legge di conversione che ha legittimato le stazioni appaltanti, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, a procedere nel pagamento diretto del subappaltatore per i contratti d'appalto in corso d'esecuzione.

[129] L. D'ORAZIO, Continuità aziendale cit., 760 (il quale giustamente rileva che se il subappaltatore ha realizzato opere difformi da quelle previste oppure ha effettuato solo parziali opere, e l'appaltatore si è rifiuta to di pagare sollevando una eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., pare difficile ritenere che la stazione appaltante sia, comunque, obbligata al pagamento diretto, tanto più che in tal caso l'appaltatore potrebbe non

ISSN 2036-7821

8. Concordato in continuità, appalto pubblico ed affitto d'azienda.

Una ultima questione riguarda l'applicabilità delle norme sul concordato in continuità ai contratti pubblici in caso *di affitto d'azienda*, posto che l'art. 95 CCII, fa riferimento solamente alla cessione o *al conferimento della stessa* in una società di nuova costituzione, e visto che gli artt. 38 e 51 della "vecchia" normativa sugli appalti hanno fatto ritenere ad una certa giurisprudenza che anche in caso di affitto di azienda la dichiarazione in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici riguardasse anche quelli della società affittante, ciò in quanto l'affitto potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti. [130]

L'ampia dizione di cui al nuovo articolo 120 del codice dei contratti pubblici, sotto la rubrica "Modifica dei contratti in corso di esecuzione" [131] (e dall'art. 189 per le concessioni "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia [132]), combinata con il disposto di cui all'art. 2558 c.c., fa propendere per l'applicazione del subentro da parte dell'affittuario alla partecipazione ed alla esecuzione dei contratti con la P.A.[133]

Orbene, a parte che storicamente il termine *cessione* anche, nella legislazione lavoristica, è stato inteso nel senso più ampio di circolazione, la norma, a nostro

---

fornire gli elementi utili alla determinazione delle opere già realizzate dal subappaltatore, anche perché non è procedimentalizzato il rapporto tra stazione appaltante, appaltatore e subappaltatore. In caso di accesso dell'appaltatore al concordato preventivo, la norma consente il pagamento integrale delle prestazioni del subappaltatore eseguite dopo il deposito della domanda di concordato oppure con l'autorizzazione ex art. 182 quinquies, commi 3 e 5, l.fall., per le prestazioni anteriori). Al riguardo cfr altresì M. ALÒ, sub art. 105 D.Lgs. 50/2016, in F. GARELLA - M. MARIANI (a cura di), Il codice dei contratti pubblici, Torino, 2016, 274.

[130] Cons. di Stato 5 novembre 2014, n. 5470. L'unica deroga era consentita dall'art. 116 comma 4 (vicende soggettive dell'esecutore del contratto), che però riguardava la fase dell'esecuzione del contratto ed era limitata alla cessione ed all'affitto di azienda in favore di cooperative costituite o da costituire in favore di almeno tre quarti dei soci cooperatori.

[131] Secondo cui "1. Fermo quanto previsto dall'articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che, nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate:…d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze:…2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124". La norma riproduce l'abrogato art. 106 del codice del 2016, comma 1, lettera d), numero 2).

[132] A norma dell'art. 189 "1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione nei casi seguenti: d) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23/UE".

[133] In tal senso Trib. Bolzano 9 gennaio 2018, cit.

ISSN 2036-7821

avviso, parlando di conferimento, implicitamente già comprende in sè l'ipotesi del conferimento in natura del *godimento* dell'azienda, fattispecie sostanzialmente identica a quella dell'affitto. [134]

Il problema non va confuso col tema più generale del *concordato in continuità* in caso di affitto. Infatti in caso di circolazione dell'azienda *prevalgono sempre* , in tema di contratti siano essi pubblici o privati, le norme di cui agli artt. 2558 e 2112 c.c., esattamente come avviene nella liquidazione giudiziale in caso di circolazione endoconcorsuale e a differenza di quanto accade, come visto, per l'esercizio dell'impresa ad opera del curatore[135] (non è, infatti, ipotizzabile che all'affittuario dell'azienda del fallito possano applicarsi le norme di cui all'art. 172 ss., CCII). [136]

Nella prospettiva concernente la sorte dei rapporti contrattuali (non pubblici) il noto dibattito sull'alveo applicativo delle norme speciali, infatti, non ha molto senso visto che comunque non si applicano alla circolazione dell'azienda[137]. Viceversa per i contratti pubblici, in cui la continuazione è *l'eccezione* e non la regola, la questione della continuità non è di poco conto. Occorre, come noto, distinguere il concordato *diretto*, da quello *indiretto* realizzato a mezzo circolazione dell'azienda e ancora il concordato nel cui piano sia previsto *un affitto preesistente*[138]. In questo terzo caso l'unico effetto sui contratti (non pubblici) sarà quello di poter applicare l'97 CCII, all'affitto stesso e non certo ai contratti passati all'affittuario[139].

Analogamente, se il piano prevede la circolazione dell'azienda, solo se questa passa a terzi dopo che il debitore ha chiesto ed ottenuto lo scioglimento di taluni contratti, agli stessi potrà applicarsi la normativa in parola, a prescindere della sua

---

[134] Già F. FIMMANÒ, La crisi delle società di calcio e l'affitto dell'azienda sportiva, in Dir. fall.,n. 1, 2006, 3 s.

[135] Secondo altra impostazione invece sarebbe coerente l'applicazione anche all'ipotesi di affitto con la declinazione normativa della continuità aziendale in senso oggettivo, piuttosto che soggettivo, rilevando, ai fini individuativi della fattispecie, che l'impresa sia in esercizio, essendo poi indifferente la permanenza dell'azienda in capo al debitore o ad un soggetto terzo (così A. PATTI, Il pagamento di debiti anteriori cit., 196).

[136] Già prima delle norme: F. FIMMANÒ, Gli effetti del concordato preventivo sui contratti cit., 1051 s

[137] F. DI MARZIO, Affitto d'azienda e concordato in continuità, in ilfallimetarista.it, 2013, afferma che: "continuità aziendale e affitto di azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità aziendale non può esservi affitto di azienda; dove vi è affitto di azienda non può esservi continuità aziendale". Se si volesse rimanere sul piano tecnico-giuridico è sicuramente così, tuttavia, come si vedrà più avanti il legislatore introduce il concetto in relazione alla diversa locuzione di azienda in esercizio ed a questo si riferisce la continutà così come nell'Amministrazione straordinaria.

[138] Cfr. già in tema: F. FIMMANÒ, L'affitto di azienda programmato e stipulato dall'imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo, in Fallimento, 2012, 1359 s.; M. FABIANI, La programmazione della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie, in Fallimento, 2012, 908.

[139] Si è evidenziato che poiché la stipula del contratto di affitto di azienda non esclude la continuazione dell'attività di impresa in capo al suo titolare, qualora venga proposta domanda di concordato preventivo, il contratto in questione deve essere considerato un contratto in corso di esecuzione disciplinato dall'articolo 169 bis l. fall. (Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in ilcaso.it, 2013).

ISSN 2036-7821

configurazione formale o meno di concordato con continuità [140] ed a prescindere dalla prevista o prevedibile cessione dell'azienda a titolo definitivo[141].

[140] Un parte della giurisprudenza ha ritenuto che possa essere inclusa nell'ambito della continuità aziendale la fattispecie dell'azienda affittata prima della presentazione della domanda di concordato e ciò in quanto l'esplicita previsione normativa della continuità indiretta comporta che il legislatore abbia dato rilevanza alla continuità in senso oggettivo, la quale non può considerarsi esclusa dal fatto che l'azienda sia stata affittata ad altro imprenditore prima della domanda di concordato (Trib. Udine, 5 maggio 2016, in fallimentiesocietà.it). Secondo altra giurisprudenza il concordato non sarebbe in continuità neppure quando l'affitto ha luogo dopo il deposito della domanda (Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in ilcaso.it, 2013), con la conseguenza che non vi sarebbe l'onere di redigere piano e relazione del professionista con lo specifico contenuto dell'art. 186, comma 2, lett. a e b). Altra ancora ritiene invece che ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non potrebbe trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186 bis (Trib. Patti 12 novembre 2013, in ilcaso.it, 2013). Una parte della dottrina, invece, parla genericamente di incompatibilità fra affitto e concordato con continuità aziendale, ma senza distinguere tra affitto post e pre domanda (D. GALLETTI, La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto di azienda, in ilfallimentarista.it, 2013, 3 s.). Si è poi affermato che il concordato possa definirsi ''con continuità aziendale'' anche quando l'affitto sia anteriore al deposito della domanda (A. PATTI, Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato fra prosecuzione e scioglimento, in Fallimento, 2013, 269 s., che si basa sulla sostanza economica del fenomeno).

[141] Per una certa giurisprudenza deve essere comunque disposta la procedura competitiva (prevista dal vecchio art. 163 bis l. fall.) nel caso in cui il debitore abbia stipulato un contratto che abbia la finalità del trasferimento non immediato del ramo d'azienda, ipotesi che si rinviene nel caso in cui sussista un contratto di affitto con soggetto il quale nel piano di concordato preventivo figuri quale cessionario del ramo d'azienda in un contratto da stipularsi entro data certa (Trib. Vicenza, 3 maggio 2016, in fallimentiesocietà.it).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il fondamento normativo o consensuale dell'*in house providing*. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR

di Marco Tiberii

(Professore ordinario di diritto amministrativo al Dipartimento
di economia dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.)

Sommario

1. Il difficile rapporto tra il principio di auto-organizzazione e concorrenza. – 2. Il controllo analogo e i presupposti dell'in house providing nella giurisprudenza. – 3. L'in house (verticale e pluripartecipato) nel diritto comunitario. – 4. Il quadro normativo previgente nell'ordinamento interno. – 5. Le modifiche introdotte dal nuovo codice. - 6. Le società in house convenzionali.

Abstract

The «principle of self-organisation» in the assignment, management and provision of public contracts, recognized by art. 7 of the new code, approved with the legislative de-cree 31.3.2023 n. 36, appears as the natural reflection of the so-called institutional auto-nomy of the States of the European Union, which retain all the areas not expressly trans-ferred to the Community, but finds its counterweight in the respect due to the principle of competition and economic freedom of movement.

In this context, the present work deals with identifying the innovations introduced by the new code, including the dequotation of the motivation, as well as the repeal of the provision (ex art. 192) relating to the introduction of the register in which they register all the contracting authorities that operate through direct in-house assignments. Finally, the conventional in-house companies introduced by art. 10 of the legislative decree no. 77/2021, converted by l. no. 8/2021, during the implementation of the P.N.R.R., provided for the right to use agreements with in-house companies for the assignment procedures and the more rapid implementation of the planned public investments.

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

ISSN 2036-7821

1. Il difficile rapporto tra il principio di auto-organizzazione e concorrenza.

Il «*principio dell'auto-organizzazione*» nell'affidamento, gestione ed erogazione degli appalti pubblici, riconosciuto dall'art. 7 del nuovo codice, approvato con il d.lgs. 31.3.2023 n. 36, appare come il naturale riflesso della cd. autonomia istituzionale[1] degli Stati dell'Unione Europea, che conservano tutti gli ambiti non espressamente trasferiti alla Comunità, ma trova nel rispetto dovuto al principio della concorrenza e delle libertà economiche di movimento, dettate dal T.F.U.E.[2] per la formazione del mercato unico, il suo contrappeso.

In altri termini, come è stato sottolineato il punto critico della questione è verificare dove arriva il mercato con le sue leggi e le libertà finalizzate al rispetto della concorrenza da un lato e dove, invece, il primo lascia spazio al potere d'organizzazione della pubblica amministrazione, che è stato definito come «*ciò che non è mercato*»[3].

Certamente tra gli scopi dell'Unione Europea vi è quello di realizzare all'interno di uno spazio aperto senza frontiere, mediante la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali, «*un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*» (ex art. 119 T.F.U.E.)[4].

---

[1] Sul principio di autonomia istituzionale si rinvia a M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 979 e ss, G. DELLA CA-NANEA, *Beyond the State: the europeanization and globalization of procedural administrative law*, in *European Public Law*, 2003, 563; A. MASSERA, *I principi generali*, a cura di M.CHITI E G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, 2007, Milano, I, p287 e ss.; PÈREZ TREMPS, L. VIOLINI, *La Costituzione Europea e l'organizzazione territoriale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2004, 1431; F. MERLONI, A. PIOGGIA, *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Berlino, 2018. Naturalmente tale regola è passibile di eccezioni, quando l'autonomia organizzativa di uno stato impedisce la corretta applicazione della normativa comunitaria. In tal caso, infatti, occorre agire sulla base dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà di cui agli artt. 5, par. 3 e 4 TUE e del protocollo addizionale n. 2.

[2] Si cfr. in merito gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. sulle libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. In generale, in tema di concorrenza e appalti pubblici si cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2024; M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)*, in a cura di M. Clarich, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2012, p201 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento, Dir. Amm.*, 2013; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici, Dir. Amm.*, 2010, 325-354; M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza, Astrid*, 2015; [2] M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*, n. 2/2008, p297 e ss.; S. ARROWSMITH, *Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, Cambridge, 2012.

[3] Si cfr. in merito R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, a cura di H. Bonura, M. Cassano, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119; nonché R. CARANTA, *The In house Providing: The Law as It Stands in The EU*, a cura di M. Comba, S. Treumer, *The In -House Providing in Europan Law*, Copenhagen 2010, 13.

[4] Sul nuovo modello di disciplina dei mercati che si è venuto affermando in questi anni si cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica, La nuova costituzione economica, a* cura di S. Cassese, Roma-Bari, 2021, 389 ss.; F. BASSANINI - G. NAPOLITANO - L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021; G. NAPOLITANO, Impresa *(regolazione amministrativa della)*, ad vocem, *Enc. dir.*, 626 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Industria, ad vocem, ibidem*, 654 ss.; nonché M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della), ad vocem, ibidem*, 292 ss.

ISSN 2036-7821

In tale prospettiva, come noto, rileva la competenza esclusiva affidata allo Sato italiano dall'art. 117, co. 2, lett., e), della tutela della concorrenza, che deve essere declinata sia in senso negativo, cioè come compito volto a contrastare tutte quelle condotte che ostacolano illecitamente la concorrenza, si veda ad es. la disciplina *antitrust*, sia in senso positivo come rivolta a promuovere il mercato, rendendolo accessibile a tutti gli operatori economici.

Lo Stato, tuttavia, non si limita a svolgere la funzione regolatoria, ma entra anche all'interno del mercato, espletando funzioni che hanno natura imprenditoriale e diretta rilevanza economica.

In tal senso, infatti, quest'ultimo non svolge soltanto l'attività imperativa in senso stretto e/o quella contrattuale, ma sempre più spesso si occupa anche di altre attività, erogando i servizi pubblici in favore della collettività, che possono rivestire quando possiedono rilevanza economica le forme dell'attività "*d'impresa*" oppure quando, invece, non hanno tale carattere sono prestati a carico del bilancio dello Stato.

Come è stato, dunque, evidenziato le norme dei Trattati comunitari con riferimento ai servizi d'interesse economico generale (SIEG) introducono una deroga alle regole della concorrenza e del mercato, atteso il ruolo fondamentale che essi rivestono per la promozione della coesione sociale e territoriale[5].

Tale deroga è, tuttavia, ammissibile soltanto quando il rispetto delle regole della concorrenza impedisca alle imprese incaricate della gestione di un servizio economico d'interesse generale il raggiungimento della missione loro affidata ex art. 106 T.F.U.E.[6].

In questi casi, dunque, lo Stato è legittimato a intervenire perché si verifica quello che

[5] Si cfr. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, *giustizia-amminnistrativa.it*, 2020. Sul tema si cfr. anche G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto alla concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in www.federalismi.it, 2010, dove l'autore rileva che: «Le norme comunitarie impongono agli stati membri di abolire i diritti speciali ed esclusivi e di dichiarare libera l'attività precedentemente riservata. In questo modo, l'armonizzazione comunitaria investe direttamente la disciplina dell'ingresso sul mercato. Al regime concessorio, che presuppone il trasferimento di una prerogativa dello Stato, si sostituisce il sistema autorizzatorio, più adatto al controllo di una libera attività economica privata. Inoltre, il rilascio delle autorizzazioni non può essere subordinato a valutazioni discrezionali. Per questa ragione il regime della licenza individuale, che presuppone il rilascio caso per caso di un atto amministrativo di assenso, è progressivamente sostituito dall'adozione di un atto di autorizzazione generale, che abilita gli operatori ad entrare sul mercato sulla base di una mera dichiarazione di conformità alle condizioni previste». In generale, sul tema della coesione si cfr. R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Roma, 2000; S. CIMINI, M. D'ORSOGNA, *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2011, nonché L. PORTALURI, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie*, in *federalismi*.it, n. 22/2016; Si cfr. altresì R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; nonché E. BALBONI, *Il principio di coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, a cura di U. De Siervo, *La difficile Costituzione europea*, Bologna 2001, 19 ss.

[6] Si cfr. in merito M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2020, 53; nonché M. MATTALIA, *Operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 486.

ISSN 2036-7821

si definisce un fallimento del mercato[7], tale che il servizio può essere considerato necessario per l'interesse della comunità e affidato a imprese pubbliche o private con obbligo di espletamento a determinate condizioni.
Emerge, dunque, anche sotto questo profilo l'applicazione del principio di sussidiarietà, lo Stato interviene soltanto quando il mercato non è idoneo a svolgere quel determinato servizio d'interesse pubblico autonomamente.
Il rispetto del «*principio di neutralità*» di cui all'art. 345 del T.F.U.E., d'altronde, non consente d'imporre agli Stati membri di ricorrere al modello dell'esternalizzazione ovvero d'affidarsi a operatori economici che operano nel mercato (cd. *outsourcing*), ma riconosce la libertà delle pp. aa. di procedere a erogare le prestazioni anche direttamente, mediante proprie strutture[8].
Tuttavia, il potere d'organizzare in modo autonomo l'esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi, rappresenta comunque una deroga generale al principio di concorrenza di cui agli artt. 49, 56 e 106 del T.F.U.E.
Pertanto, il potere di auto-produzione è ammesso nelle ipotesi in cui non si configuri una fattispecie inquadrabile nell'ambito della categoria degli appalti pubblici, sottoposti alla disciplina comunitaria e alle consequenziali procedure di evidenza pubblica.

2. Il controllo analogo e l'in house providing nella giurisprudenza.
La giurisprudenza ha evidenziato che perché si possa configurare un contratto[9] non è sufficiente che esso sia stato sottoscritto tra due soggetti giurid icamente e

[7] Per un'analisi dei "fallimenti" del mercato si rinvia a L. MINERVINI–A. VIELLA, *I fallimenti di mercato*, a cura di A. URICCHIO, V. PERAGINE, M. AULENTA, *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Roma, 2018, 77; nonchè F. SCLAFANI, *Nuovi modelli di tutela del consumatore nell'evoluzione del mercato dell'energia: elementi di rischio e esigenze di protezione*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *Ancora sulla transizione nel settore dell'energia. Gli aiuti di Stato la tutela del consumatore*, Padova, 2019, 101. L'Autore considera acquisito il primato del diritto della concorrenza sulla regolazione economica dei mercati, per cui «la regolazione è utile solo là dove non arriva la concorrenza, quindi opera come rimedio o antidoto ai fallimenti del mercato perché l'interesse generale non assicurato dal mercato è la giustificazione ma anche il limite dell'intervento regolatorio il quale presuppone la presenza di operatori dominanti, esternalità, asimmetrie informative o esigenze di universalità del servizio (per questo si dice che la regolazione economica si colloca tra i fallimenti del mercato e i fallimenti dello Stato e che la migliore regolazione è quella che crea le premesse per fare a meno di se stessa)» richiamato da J. SPORTOLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art. 10 d.l. 77/2021, Federalismi.it*., n. 31/2022, 113.

[8] Si cfr. Cort. Cost., n. 439 del 2008.

[9] In generale, in tema di contratti si cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir*., Agg. VI, Milano, 2002, 90; R. DIPACE, I *contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, a cura di G. Alpa, *Appalto pubblico ed appalto privato*, Napoli, 2010; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, 2014, Torino; G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, Federalismi.it*, 2015, n. 6; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. Cafagno- A. Botto- G. Fidone- G. Bottino, 2013, Milano, 119.

ISSN 2036-7821

formalmente distinti, ma è necessario che esso intervenga tra parti che risultino anche sostanzialmente diverse ossia non rappresentino un unico centro decisionale[10].
Sin con le decisioni rese nella causa C-360/98 Arnhem[11] e la successiva Causa C-108-98 Ri. San[12], la Corte di Giustizia ha indicato quali sono gli elementi essenziali che consentono di escludere l'esistenza di un rapporto di alterità soggettiva.
In particolare, si è individuato nella presenza di un potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'ente controllante nei confronti del soggetto controllato il presupposto fondamentale per procedere all'affidamento diretto, senza avvalersi dei contratti stipulati seguendo le procedure di evidenza pubblica, richieste dalla normativa prevista in materia di appalti.
Su tali basi l'istituto *dell'in house providing*[13] è stato poi formalizzato per la prima volta nella sentenza del 18 novembre 1999 ovvero nel caso "*cd. Teckal*"[14], causa C-107/98[15].
In quest'ultima pronunzia si è, dunque, chiarito che si può evitare il ricorso alle procedure di evidenza pubblica per la stipula di contratti quando si può affermare che un ente pubblico eserciti su un altro soggetto un «*controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano*».
In tale ipotesi si verificherebbe, infatti, un'ipotesi di «*delegazione interorganica*», l'ente *in house* rappresenterebbe una sorta di *longa manus* dell'amministrazione, tale da non poter essere considerato un soggetto terzo rispetto all'ente aggiudicatore, ma al contrario come un ufficio dello stesso[16].
In questo caso, pur trattandosi di soggetti giuridicamente distinti, l'affidatario è sottoposto a un «*controllo analogo*» ossia della stessa tipologia di quello che l'ente pubblico espleta in virtù del principio gerarchico sui propri uffici.
In merito, si è precisato che questo non consiste soltanto nell'esercizio dei poteri spettanti al titolare della partecipazione maggioritaria o totalitaria, che di regola esercita sull'assemblea della società un'influenza dominante, ma richiede che: «*l'ente*

[10] Si cfr. Cass., sez. un, 9 luglio 2014, n. 15594.
[11] Si cfr. Corte di giustizia del 10.11.1998.
[12] Si cfr. Corte di giustizia del 9.9.1999.
[13] Si cfr., in tema di controllo sulle società *in house* G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. Comm.*, 3/2020, 457.
[14] Con la sentenza 18 novembre 1999 C-107/1998 Teckal si afferma che: «relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte», atteso che invece: «può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi».
[15] In questa pronunzia si è chiarito che il ricorso al mercato può essere escluso quando vi sia una partecipazione pubblica totalitaria, l'ente sia sottoposto al cd. controllo analogo (requisito strutturale) e svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (requisito funzionale-operativo).
[16] Il modello in oggetto è considerato ammissibile, come alternativa alle regole della concorrenza, che invece richiedono di esternalizzare le attività, in presenza di tre presupposti: a) che il soggetto affidatario sia completamente di proprietà pubblica; b) che eroghi nei confronti dell'ente pubblico proprietario la parte più importante della propria attività; c) che sia sottoposto ad un controllo analogo.

ISSN 2036-7821

pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica».

Si è, dunque, chiarito[17] che per giustificare il ricorso *all'in house* non è sufficiente che gli enti esercitino i poteri conferiti dalla legge alla maggioranza degli azionisti.

Inoltre, la società controllata non deve sviluppare una vocazione commerciale, che potrebbe renderla autonoma rispetto al controllo esercitato dalle autorità pubbliche.

La mancanza della vocazione imprenditoriale sembra palese, quando la portata geografica delle attività è circoscritta all'ambito territoriale delle amministrazioni aggiudicatrici e le attività previste nell'oggetto dello scopo societario dello statuto è limitato a quanto richiesto in favore dei medesimi enti[18].

3. L'in house (verticale e pluripartecipato) nel diritto comunitario.

L'istituto in esame ha trovato il riconoscimento con la Direttiva n. 24 2014[19], dove al considerando n. 32 si conferma che gli appalti pubblici a persone giuridiche controllate non sono soggette all'applicazione della sua disciplina ove «*l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*».

Inoltre, si richiede il carattere della prevalenza delle prestazioni erogate, in favore dell'amministrazione aggiudicatrice e delle altre controllate da tale ente, per una soglia superiore all'80% delle proprie attività.

La partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata[20] è esclusa, poiché in questo caso il mancato espletamento della gara si tradurrebbe in un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Tale limitazione, tuttavia, non si applica nei casi in cui la partecipazione di operatori privati al capitale della persona giuridica controllata sia prescritta da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, sempre che non comporti un controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle

[17] Causa C-340/04, Carbotermo spa e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESPO Spa, Racc. 2006, I-04137; sul punto si cfr. anche Causa C-573/07, Sea par. 63 dove la Corte ha esaminato nel dettaglio i poteri di cui godevano le amministrazioni aggiudicatrici.

[18] In tal senso, si è rilevato che il controllo analogo era presente nel caso esaminato nelle cause Coditel e Sea, dove si afferma che la società *in house* può stabilire rapporti commerciali con le imprese private soltanto quando ciò risulta marginale rispetto all'attività principale di gestione dei servizi pubblici (punti 79-80), ad es. se l'attività è il servizio di raccolta di rifiuti, ciò può risultare compatibile con la vendita al mercato di talune categorie specifiche di rifiuti e non invece nella causa Parking Brixen.

[19] In generale sulla direttiva in oggetto si cfr. C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessione. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Gior. dir. amm.*, 12/2014, 1135.

[20] Si cfr. in tal senso l'art. 12, co.1. lett. A), della direttiva n. 24 del 2014.

ISSN 2036-7821

decisioni della persona giuridica controllata[21].
In questo modo, si è dunque eliminato o quanto meno ridimensionato il requisito della cd. partecipazione pubblica totalitaria, che era stato richiesto dalle prime pronunzie in argomento come presupposto necessario, ma non sufficiente[22].
Inoltre, la medesima disposizione prevede la figura dell'*in house* «*pluri-partecipato*»[23], quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e sussistono anche gli altri presupposti[24].
Modello questo pluripartecipato considerato, pertanto, ammissibile quando: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; b) queste ultime sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli

[21] Cfr. sul punto il considerando n. 32 della direttiva n. 24 del 2014, secondo cui: «si dovrebbe inoltre chiarire che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati. Occorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni». Per un commento generale delle direttive in commento si cfr. altresì C. CONTESSA – D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Riv. it. dir. pubbl. com*., n. 5/2015, 1127; G. D'ANGELO, *Riflessioni a margine della direttiva 2014/23/UE,* in *Riv. Reg*., 2014, 228; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2015, 1095.

[22] Con le pronunzie sul caso Teckal e Stadt Halle la Corte di giustizia aveva come noto escluso di poter ricondurre le società miste nella sfera di applicazione dell'*in house providing* precisando al riguardo che qualora anche una piccola quota del capitale fosse stato in mano privata, sarebbe stato assente uno dei requisiti fondamentali per proceder con l'affidamento diretto. La stessa Ad. Plenaria del Cons. di stato, con sentenza del 3 marzo 2008, n. 1, aveva confermato che ai fini della applicabilità dell'affidamento diretto ad una società *in house* era necessario il requisito del carattere totalitario della partecipazione pubblica.

[23] E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, *Contratto e impresa*, n. 4/2022, 115, dove l'autore considera tale tipo di *in house* c.d. frazionato o pluripartecipato presente «laddove vi sia un controllo congiunto da parte di più enti affidanti (art.5, co.4)». In tema di *in house* si cfr. altresì G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *www.federalismi.it.*; G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *www.federalismi.it*, 4/2021, 276.

[24] Naturalmente devono sussistere anche gli altri presupposti sopra richiamati, la norma richiede, infatti, anche in questo caso che: «b) l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

ISSN 2036-7821

obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'ente controllato; c) la persona giuridica non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

4. Il quadro normativo previgente nell'ordinamento interno.

Nell'ordinamento interno l'istituto dell'*in house providing* è stato sempre considerato come un'eccezione alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, diversamente dal diritto comunitario dove la scelta tra l'esternalizzazione del servizio o l'autoproduzione sembra rappresentare, in presenza dei presupposti suindicati, un'opzione alternativa quasi indifferente.

La Corte costituzionale, del resto, con la pronunzia n. 166 del 2019 ha evidenziato l'importanza della tutela della concorrenza, affermando che: «le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali».

In tal senso, la precedente versione dei Codice dei Contratti pubblici all'art. 5 conteneva una descrizione analitica dei presupposti prescritti per ricorrere, eccezionalmente, al modello dell'*in house*, recependo tutti i requisiti richiesti a livello comunitario, del controllo analogo e della partecipazione pubblica quasi totalitaria sotto il profilo strutturale e l'espletamento dell'attività prevalente in favore dell'ente controllante sotto il profilo funzionale[25].

Inoltre, nel successivo art. 192 si prevedeva l'istituzione di un elenco nel quale inserire tutti gli enti che operavano mediante queste società con affidamenti diretti.

In particolare, quest'ultima norma prescriveva che le amministrazioni aggiudicatrici fornissero una «*motivazione rinforzata*» in merito alla scelta di non ricorrere al mercato e, dunque, alla convenienza dell'offerta economica proposta dalla società *in house* per l'affidamento diretto del servizio, nonché ai benefici ottenibili in questo modo per la collettività[26].

---

[25] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, *Contratto e impresa*, n. 4/2022, 1151, dove l'autore rileva che l'art. 5 ha codificato tutti i requisiti richiesti per l'applicazione dell'istituto in esame in questo modo: «a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo, a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento nei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, le quali non comportino controllo o potere di veto, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinate sulla persona giuridica controllata».

[26] Il nuovo codice del resto recepisce il principio del «nesso tra "risultato" e "concorrenza", la seconda in funzione del primo, è già rafforzato dalla dizione del co. 1, dove si specifica che non si persegue "un risultato purché sia", ma un risultato "virtuoso", che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività, etc. Una diversa impostazione (secondo cui la P.A. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la

ISSN 2036-7821

L'iscrizione negli elenchi suddetti rappresentava una condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo gli enti anche manifestare le ragioni d'interesse pubblico ovvero i benefici per la collettività in termini di maggior soddisfacimento degli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e utilizzo migliore delle risorse pubbliche[27].

La legittimità dell'onere motivazionale aggravato, rispetto alla normativa comunitaria, era sottoposta[28] alla valutazione della Corte di giustizia al fine di verificare se la procedura di cui all'art. 192 risultava compatibile con la disciplina comunitaria dettata dall'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE.

L'impostazione interna veniva ritenuta[29] legittima sulla base del considerando n. 5, laddove si prevede che: «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi, che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»[30].

Similmente, tale conclusione trovava conferma nell'art. 2, par. 1, laddove si ribadisce: «*il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire*

gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche». La codificazione del risultato conferma che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività, così Cons. st., relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma 7 dicembre 2022.

[27] Questo genere di valutazione era richiesta sin dall'art. 34, co. 20, l. n. 221 del 2012 in relazione ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, la disciplina successiva ha esteso tale onere nei confronti di tutti i servizi pubblici disponibili sul mercato in regime di concorrenza. Naturalmente ciò imponeva che l'offerta garantisse almeno l'espletamento del servizio allo stesso costo del mercato, del resto tale valutazione oltre ad essere sindacabile dal giudice amministrativo sotto il profilo della legittimità (cfr. Cons. st., sez. VI, ord. 1 aprile 2005, n. 1610), può anche assumere rilievo nei giudizi di responsabilità amministrativa (Corte dei Conti, sez. giur. Toscana, 23 settembre 2005, n. 292; Cass. SS.UU., 29 settembre 2003, 14488).

[28] In tal senso, Consiglio di st., Sez. V, ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138; 14 gennaio 2019, n. 293 e 15 gennaio 2019, n. 296, che ha sollevato anche il dubbio che l'art. 4 TUSPP (d.lgs. n. 175/2016) nella parte in cui consente alla p.a. di avere una partecipazione in una società *in house* soltanto se esercita il controllo analogo sia in contrasto con il medesimo art. 12.

[29] Così Cort. Giust. con sentenza 6 febbraio 2020, pronunciata nelle cause riunite C-89/2019 e C-91/2019, ha ritenuto che: «l'art. 12 della direttiva 2014/24 non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto *in house*", all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

[30] Sul tema si cfr. C. GUARINI, *Euro-Balkan Law and Economics Review*, n.1/2019, 78.

ISSN 2036-7821

l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi»[31].

La medesima norma, inoltre, era sottoposta[32] anche al vaglio del giudice delle leggi per una presunta violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega[33], atteso che quest'ultima[34] all'art. 1, lett. a) ed eee), prevedeva il divieto di livelli di regolazione superiori a quelli necessari e prescritti dalle norme comunitarie (cd. divieto di *gold plating*)[35].

La questione[36] veniva dichiarata infondata, poiché il suddetto onere motivazionale, concernente le ragioni del mancato ricorso al mercato, era considerato coerente con lo spirito della norma, la quale attraverso un'interpretazione restrittiva della disciplina tendeva, in una logica pro-concorrenziale, a evitare usi abusivi e distorti degli affidamenti diretti.

In tal senso, infatti, si precisava che lo scopo del divieto di *gold plating* è di «impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini».

Pertanto, nonostante la previsione di oneri motivazionali particolarmente onerosi l'istituto dell'*in house* ha continuato ad avere un'applicazione molto diffusa durante il periodo di vigenza del precedente codice, neppure le disposizioni successivamente introdotte dal d.lgs. n. 157/2016, che hanno imposto per la costituzione delle società a partecipazione pubblica o la conservazione delle quote il rispetto del cd. vincolo finalistico ovvero l'aderenza dell'ente partecipante allo scopo istituzionale, hanno invertito tale rotta[37].

5. *Le modifiche introdotte dal nuovo codice.*

Il nuovo codice, introdotto con il d.lgs. 31.3.2023, n. 36, conferma, dunque, sulla base

---

[31] La norma suindicata prosegue chiarendo che: «Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

[32] Si cfr. Tar Liguria, Sez. II, ord., 15 novembre 2018, n. 886.

[33] L. 28 gennaio 2016, n. 11.

[34] Legge delega n. 11 del 2016

[35] Si cfr. C.GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co.2, del d.lgs. n. 50 del 2016 tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 8.

[36] Si cfr. Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, che richiama la pronunzia della Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause C-89/19, C-91/19, Rieco S.p.a.

[37] Sul punto si cfr. I. CAVALLINI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, *Azienditalia*, n. 11/2022, cui: «come emerge dai dati desunti dalla relazione 2021 della Corte dei Conti, sezione delle autonomie (Deliberazione n.15/21). Sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti, per la maggior parte di servizi pubblici e soprattutto da parte dei Comuni; solo il 5% degli affidamenti a società controllate è avvenuto con gara; su 18.251 commesse, corrispondente a un impegno annuale di poco più di 11 miliardi di euro, gli affidamenti diretti costituiscono il 64%, per oltre il 79% degli impegni di spesa».

ISSN 2036-7821

del principio dell'auto-organizzazione[38], la possibilità che le pubbliche amministrazioni gestiscano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso tre forme diverse: a) l'auto-produzione; b) l'esternalizzazione; c) la cooperazione.

L'art. 7, co. 2, infatti, dispone che le stazioni appaltanti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3.

Emergono, dunque, alcune differenze rispetto alla precedente disciplina.

In primo luogo, si può rilevare che il legislatore ha optato per una formulazione della norma molto essenziale, nella quale manca sia il riferimento all'applicazione della fattispecie in tutti i settori degli appalti ordinari e speciali[39], nonché tutte precedenti indicazioni relative alla corretta individuazione dei presupposti necessari per l'affidamento diretto alle società *in house* (co. 1 e 2 ex art. 5), nonchè per il riconoscimento del cd. controllo analogo.

Similmente, non vi è più alcun cenno alle diverse ipotesi delle altre numerose forme dell'*in house* congiunto, indiretto[40] e/o a cascata[41] e dell'*in house* cd. capovolto[42].

---

[38] Come è stato evidenziato da L. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici, In principio*, in *Urb. e app.*, n.1/2023, il nuovo codice «ha l'enorme merito di fornire una precisazione legislativa dei principi, non solo una loro enunciazione generica e così astratta da rappresentare null'altro che clausole generali. Finalmente, disponiamo di enunciati normativi non solo suscettibili di diretta applicazione, ma in grado – come proprio dei principi – di comporre le singole fattispecie puntuali, di entrare a far parte delle regole del caso e, quindi, di ordinare il sistema. Anzi, di ordinare le regole puntuali a sistema, di dare quindi vita ad un sistema». L'autore, inoltre, valorizza l'importanza di avere il nuovo codice dato una gerarchia ai principi, mettendo al primo posto il principio del risultato.

[39] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1151, dove l'autore rileva che l'art. 5 del codice previgente espressamente richiamava l'applicazione dell'istituto sia alla materia delle concessioni, sia agli appalti nei settori ordinari e speciali.

[40] Si cfr. G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali, Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, n.5/2014, 3, dove l'autore ritiene che alla luce della disciplina previgente erano possibili diverse tipologie d'intrecci all'interno della stessa compagine pubblica riconducibile al medesimo ente, paragonando l'istituto alla figura dei rapporti intragruppo. Al riguardo, si evidenzia la possibilità di esercitare il controllo analogo in maniera indiretta, ovvero per il tramite di un'entità controllata, posizione questa confermata dalla Corte di giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 Carbotermo e Consorzio Alisei 39, che aveva ritenuto di non potersi escludere anche il cd. controllo indiretto ovvero esercitato da un soggetto a sua volta partecipato dalla p.a. formandosi in un certo senso "*una sorta di matriosca di controllate*".

[41] Ipotesi questa equivalente alla prima che viene considerata direttamente disciplinata dall'art. 5 co. 2 del codice previgente, così E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1155, che in merito evidenzia che: «nell'*in house* a cascata l'ente affidante esercita un controllo analogo su un soggetto che, a propria volta, è in rapporto di controllo analogo con l'ente affidatario, con la conseguenza che, pur non sussistendo una relazione diretta tra ente affidante e affidatario, è in ogni caso sull'organismo *in house* ed anche se tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house* non sussiste una relazione diretta è comunque ammesso l'affidamento senza gara».

[42] Sul punto si cfr. G. CARULLO, *op. cit.*, 4, dove l'autore rileva che: «le norme hanno reso possibile quello che potrebbe definirsi un rapporto *in house* "inverso": il legislatore con scelta sicuramente condivisibile, ha espressamente riconosciuto la possibilità di configurare affidamenti diretti da parte della partecipata, all'amministrazione controllante. Il che non può stupire più di tanto. Laddove si resti nell'ambito di rapporti

ISSN 2036-7821

Inoltre, è stata eliminata la previsione (ex art. 192) relativa all'introduzione dell'albo in cui dovevano necessariamente iscriversi tutte le amministrazioni aggiudicatrici che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house*.
Il nuovo quadro normativo nel complesso pone, dunque, al centro il «*principio dell'auto-organizzazione*», che viene definito dalla norma come la potestà delle pubbliche amministrazioni di regolare in modo autonomo l'esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi, mediante tre forme diverse ovvero l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione, nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione Europea.
Ne deriva, un'impostazione che sembra più simile a quella del diritto comunitario, nella misura in cui la scelta tra autoproduzione e esternalizzazione appare adesso quasi paritaria[43], superandosi alcuni dei dubbi di legittimità che erano stati formulati.
Tuttavia, come è stato evidenziato[44], si tratta di una parità solo tendenziale, considerato che mentre il ricorso al mercato non richiede alcuna motivazione, la scelta dell'affidamento diretto a una società *in house* comporta ancora l'onere di una motivazione puntuale.
In particolare, la norma distingue un'ipotesi generale in cui nella motivazione si deve dar «conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche» e una seconda circoscritta soltanto alle prestazioni strumentali, laddove si rende sufficiente individuare i «*vantaggi in termini di economicità, di celerità, o di perseguimento d'interessi strategici*»[45].
In entrambe le ipotesi, dunque, resta esclusa la necessità di prevedere una motivazione espressamente rivolta all'individuazione «delle ragioni del mancato ricorso al mercato», prescritto nella versione abrogata dell'art. 192[46], ovvero al

interni all'amministrazione, una volta che si sia sottratto dall'onere della gara il rapporto di tipo discendente, non vi è ragione per non fare al-trettanto in relazione al rapporto ascendente».

[43] In tal senso ad es. A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. Contessa Del Vecchio, Napoli, 159, che sul punto afferma che: « il nuovo codice pone, invece, ricorso al mercato e auto-produzione su una curva di indifferenza, coerentemente con i principi del risultato e della fiducia nell'azione amministrativa (non a caso richiamati dallo stesso co. 2 della norma in commento)».

[44] Si cfr. A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2023, 69.

[45] L'art. 7 precisa anche che: «in caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato».

[46] La versione abrogata dell'art. 192, infatti, prevedeva che: «le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta,

ISSN 2036-7821

presupposto, considerato in precedenza fondamentale, del cd. fallimento del mercato[47].

Tale disciplina sembra discostarsi da quell'indirizzo[48] che, sulla base della normativa che richiedeva alle pp. aa. di acquisire sul mercato i beni e i servizi per la propria attività, mediante procedure concorrenziali, aveva addirittura escluso la possibilità di procedere ad affidamenti diretti nel settore delle prestazioni strumentali[49].

La dequotazione dell'onere motivazionale, invece, sembra in linea con un precedente orientamento, che aveva in alcuni casi ritenuto che l'*in house* rappresenti una modalità «*ordinaria*» di gestione dei servizi, ad es. di trasporto pubblico, «perfettamente alternativa al ricorso al mercato», escludendo perfino l'applicabilità della regola prevista dall'art. 192 co. 2.[50]

Similmente, si era giustificato il ricorso all'affidamento diretto anche sulla base di una motivazione meno stringente rispetto a quella letteralmente richiesta dalla norma, perché il ricorso al mercato o alla società mista avrebbe comportato un onere economico corrispondente all'utile d'impresa[51].

All'attenuazione dell'onere motivazionale, come si è già evidenziato, si è accompagnata l'eliminazione all'albo di cui al precedente art. 192, che è stato abrogato.

Si tratta di una novità di grande rilievo, atteso che come è stato chiarito[52], l'iscrizione in tale elenco ha rappresentato un regime misto dichiarativo e costitutivo, come dimostrato dalla possibilità d'impugnare l'eventuale diniego d'iscrizione adottato

---

anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

[47] Sul tema in precedenza si cfr. C. GUARINI, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo,* a cura di E. Toma, *Economia, istituzioni, etica e territorio. Casi di studio ed esperienze a confronto*. Milano, 2018, 190 e ss.; A. GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuo. Aut.*, 2017, n. 57 e ss.

[48] Si cfr. Cons. st., sez. III, 7.5.2015, n. 2291, secondo cui la normativa (l'art. 4, co. 7, del d.l. n. 95/2012, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135) risponde all'esigenza di non distorcere il mercato e la concorrenza sul territorio nazionale (tutela della concorrenza) e il servizio in esame non rientra tra quelli per i quali è consentita la gestione in house, atteso che la pulizia e la sanificazione delle strutture di un'ASL riguarda un servizio strumentale e non un servizio d'interesse economico generale rivolto agli utenti.

[49] L'art. 4, co. 8, del d.l. n. 95/2012, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, tuttavia prevedeva il ricorso a società in house interamente di proprietà pubblica. Sul punto si cfr. Cons. st., sez. III, 24.10.2017, n. 4902, secondo cui: «il venir meno del comma 8 non priva affatto di copertura normativa l'ordinaria possibilità alternativa del ricorso all'in house, ampiamente contemplato da successive disposizioni euro unitarie ed interne e suffragato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di generale operatività di questo istituito nell'ordinamento euro unitario». In particolare, occorre comunque rilevare che la Corte Costituzionale con pronunzia n. 229 del 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto comma nella parte in cui si applica alle Regione ad autonomia ordinaria.

[50] Così I. CAVALLINI, *op. cit.*, che sul punto cita TAR Liguria, Genoa, Sez. II, 3.10.2020, n. 683, che richiama in proposto l'art. 5 par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007 del 23.10.2007 e art. 18, co. 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici.

[51] Si cfr. in questo senso Consiglio di St., sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596, richiamato da L. CAVALLINI, *op. cit.*

[52] Si cfr. Cons. st. parere 282 del 2017.

ISSN 2036-7821

dall'Anac.
Il precedente procedimento era, infatti, modellato sulla base di una richiesta d'iscrizione nell'albo, che sfociava in una sorta di segnalazione analoga alla scia[53].
In altri termini, si fondava sulla convinzione che l'*in house* richiedesse, comunque, il possesso di un titolo d'abilitazione sottoposto alla vigilanza dell'Anac.
Occorre, inoltre, rilevare che mentre quest'ultima norma si riferiva soltanto all'ambito dei servizi, la nuova formulazione del primo comma dell'art. 7, invece, dirimendo il dubbio, chiarisce che gli enti possono ricorrere all'autoproduzione in alternativa a qualsiasi forma d'appalto non soltanto di servizi, ma anche d'opere o per la fornitura di beni.
L'amministrazione, dunque, può sempre decidere di non esternalizzare l'attività, ma di preporre a tale scopo un proprio ufficio, un servizio tecnico, una struttura dell'ente oppure un soggetto giuridico formalmente distinto dalla propria organizzazione, ma nella sostanza riconducibile al regime del controllo analogo rispetto al quale, in presenza degli altri presupposti richiesti, si può procedere all'affidamento diretto, secondo le regole del sistema *in house*[54].
In assenza, pertanto, nella disposizione attuale di un'indicazione dei presupposti necessari per legittimare il ricorso allo strumento dell'affidamento diretto, come è stato evidenziato[55], la fattispecie in esame sarà regolata dalla disciplina comunitaria contenuta negli artt. 12 della Direttiva n. 24/2014 per i settori ordinari, 17 della Direttiva n. 23/2014 per le concessioni[56] e 28 per la Direttiva n. 25/2014 per i settori speciali.
Inoltre, occorre evidenziare che restano ferme anche quelle norme dell'ordinamento interno contenute ad es. nel TUSPP[57], tra le quali ad es. si deve considerare l'art. 16, co. 2 e 3, dove si afferma che ai fini della migliore formulazione dell'assetto organizzativo, rivolto a garantire il rispetto del controllo analogo, gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga alle disposizioni dell'art. 2380 *bis* e 2409 *novies* del c.c.[58]

---

[53] Si cfr. A. MASSARI, *op. cit.*, 69.
[54] Sul punto si cfr. C. CONTESSA, *Gli affidamenti in house*, a cura di C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, 2019, 765.
[55] Si cfr. A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. Contessa Del Vecchio, Napoli, 159.
[56] Sul punto si cfr. altresì M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. BALOCCO, *La concessione tra provvedimento e contratto. Riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, 2014; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 4/2012; G. GRECO, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095.
[57] S. PIGNATARO, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di stretta necessità e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*, in *Nomos, www.nomos-leattualitàneldiritto.it*, 2018, n. 2.
[58] Sul punto la Cort. Cost. ha ricordato che: «la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che sul soggetto concessionario deve essere esercitato un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di

ISSN 2036-7821

Similmente, la medesima norma prevede che per gli statuti delle società a responsabilità limitata si possono introdurre in favore degli enti pubblici soci particolari diritti, ai sensi dell'art. 2648, co. 3, c.c.
Ed infine, a chiusura si prevede che i requisiti del controllo analogo possono essere garantiti anche attraverso dei patti parasociali con durata superiore ai cinque anni in deroga all'art. 2341 *bis* c.c.

6. *Le società in house convenzionali.*
Non si può concludere l'indagine sulle società *in house* senza esaminare anche il nuovo modello introdotto dal Piano Nazionale di rilancio e resilienza (P.N.R.R.)[59] e le successive disposizioni.
L'art. 9 del d.l. n. 77/2021 (cd. decreto semplificazioni bis), convertito dalla l. n. 8/2021, in sede d'attuazione del P.N.R.R.. al fine d'introdurre misure di rafforzamento delle strutture e d'accelerazione delle procedure ha consentito agli enti di avvalersi delle società a prevalente partecipazione pubblica.
Similmente, il successivo art. 10 ha previsto la facoltà di servirsi di convenzioni con le società *in house* per le procedure d'affidamento e la più rapida attuazione degli investimenti pubblici previsti.
Con tali disposizioni è stata, dunque, introdotta una disciplina che si discosta dalle regole, successivamente, approvate dal nuovo codice dei contratti pubblici, che comunque richiedono un onere motivazionale[60].
Inoltre, le disposizioni in esame sembrano riconoscere, espressamente, alle regioni, province autonome e enti locali la facoltà di avvalersi delle società *in house* statali anche al fine di promuovere progetti di sviluppo territoriale e, dunque, in un ambito d'applicazione non circoscritto soltanto al P.N.R.R., ma anche ad altri fondi europei e nazionali.
Emerge, pertanto, una tendenza volta ad estendere notevolmente l'uso di questo modello organizzativo, che sembra proposto anche in assenza del presupposto del controllo analogo ovvero non più soltanto all'interno di un legame di tipo interorganico, ma in presenza di due soggetti che non possono essere considerati giuridicamente, strutturalmente e sostanzialmente un unico centro decisionale.
In questo caso, infatti, il presupposto giustificativo di tale formula organizzativa

influenzarne le decisioni. Deve trattasi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. Ciò non significa che siano annullati tuti i poteri gestionali dell'affidatario *in house*, ma che la possibilità di influenza determinante è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale, senza distinguere – in coerenza con la giurisprudenza comunitaria – tra decisione importanti e ordinaria amministrazione» (Corte cost., 28 marzo 2013, n. 650).

[59] Sul tema delle procedure P.N.R.R. si cfr. R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni, Urb App.*, 729-749; D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica,* in *Nuove Aut.*, n. 3/2021, 799-822.

[60] Si cfr. in merito E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1151.

ISSN 2036-7821

sembra basarsi sulla volontà espressa nell'atto di tipo convenzionale, all'interno del quale sono dettate tutte le indicazioni necessarie, secondo le direttive del MEF.[61]
Si tratta di uno schema già applicato anche nell'ambito delle concessioni autostradali, dove sin dal precedente codice degli appalti, si è prevista la possibilità che il Ministero delle infrastrutture affidi le concessioni autostradali, che interessano una o più regioni, a società *in house* di altre amministrazioni.
Tali ipotesi sono state inquadrate dal Consiglio di stato[62] nell'ambito degli accordi di cui all'art. 15 della l. n. 241 del 1990[63], con il Ministero nelle vesti di concedente e le regioni di concessionario, con l'espressa avvertenza che l'affidamento *in house* alla società debba, comunque, avvenire nel rispetto di un rapporto di delegazione organica ovvero della normativa comunitaria.
Del resto, lo strumento degli accordi non consentirebbe di escludere automaticamente l'attività ivi contenuta dalla disciplina prescritta per gli appalti di diritto pubblico.
Ciò, infatti, sarebbe possibile soltanto quando gli accordi non riguardino attività economiche, ma abbiano ad oggetto l'esercizio di poteri pubblici in senso stretto, atteso che le norme dei trattati (art. 51 TUEF), che regolamentano le libertà economiche, non si applicano nei confronti dei poteri pubblici degli Stati membri[64].
Tuttavia, come è stato evidenziato[65] quest'ultimo modello rischia di sfociare in una sorta di elusione della regola del controllo analogo, consentendo alle amministrazioni di derogare alle procedure di evidenza pubblica, attraverso un affidamento diretto

[61] Direttiva Mef del 7 gennaio 2022, recante: «*definizione dei contenuti minimi delle convenzioni tra le società in house statali e le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*».

[62] Si cfr. il parere del Cons. di stato del 20 giugno 2018 sulle "Linee Guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016", approvate dall'Anac con determinazione n. 235 del 15.2.2017.

[63] In generale, in tema di accordi si rinvia a R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in Pol. Dir., 2/1993; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo in Procedimento amministrativo e diritto di accesso (L. 7 agosto 1990, n. 241)*, AA.VV., Napoli, 1991, p81 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

[64] In merito si cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi.it*, 30.9.2015, n. 18/2015, secondo cui: «la distinzione è stata affrontata, oltre che in dottrina, dalla Corte di Giustizia in alcune sentenze, che hanno accolto un'interpretazione restrittiva di queste attività, escludendone quelle semplicemente connesse all'esercizio di poteri ma non coincidenti con essi e riconducibili ad attività oggettivamente economiche (relativa all'automazione nel gioco del lotto): in un altro caso si è invece mostrata meno rigorosa qualificando la sorveglianza antiquinamento, svolta con mezzi navali in un posto petrolifero da parte di una società, come esercizio di prerogativa tipica dei pubblici poteri inerente la tutela dell'ambiente, non riconducibile ad attività economica. Un accordo ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241/90 non costituisce dunque pubblico appalto, se ed in quanto avente ad oggetto poteri pubblici nel senso precisato».

[65] E. CAMPAGNANO, *op. cit.*, 1169.

ISSN 2036-7821

orizzontale a una società *in house* non partecipata dall'ente interessato, ma da altre amministrazioni.
Laddove la disciplina del diritto comunitario, invece, ammette principalmente le ipotesi d'*in house* verticale e, soprattutto, richiede come presupposto indispensabile per la legittimità degli *in house* orizzontali il rispetto degli elementi essenziali, con particolare riferimento al requisito del controllo analogo.
Al riguardo, la giurisprudenza[66] ha chiarito che tale elemento non può considerarsi presente quando tra il committente e l'aggiudicatario intervenga un rapporto contrattuale in senso stretto, nell'ambito del quale ciascun soggetto rappresenta una posizione e degli interessi distinti e autonomi rispetto all'altro.
Sulla base, dunque, del difficile inquadramento del modello convenzionale nella disciplina delle società *in house*, si è prospettata la possibilità di ricondurre tale ipotesi nell'ambito delle forme del partenariato pubblico-pubblico ovvero degli accordi tra pp.aa.[67]
Del resto, la possibilità d'individuare uno scopo comune non sembra escluso nelle ipotesi collegate al P.N.R.R., in cui tutti gli enti ben possono stringere degli accordi rivolti a condividere dei progetti d'interesse comune.
Tale forma di cooperazione ha superato anche il vaglio della Corte di giustizia[68], in un caso in cui quattro Landkreise hanno affidato direttamente con convenzione, senza gara, alla Città di Amburgo dei servizi in materia di smaltimento dei rifiuti.
Il collegio, pur in assenza del requisito del controllo analogo (atteso che quattro Landkreise non esercitavano alcun tipo di controllo), ha respinto il ricorso considerato che il contratto consentiva l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a tutti gli enti, tenuti a prestarsi assistenza reciproca, e che la direttiva del Consiglio n. 442/1991/UE prescriveva di utilizzare per lo smaltimento gli impianti più vicini.

[66] In tal senso, CGUE pronunzia 8 maggio 2014, C-15/13, TechnischeUniversitat Hamurg-Harburg and Hochshul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH.
[67] In tal senso, si cfr. CGUE, 9.6.2009, C-480/06 e CGUE, 19.12.2012, C-159-11. Sul tema si cfr. il commento di R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici, Urb. e app.*, n.4/2013 388.
[68] Così Corte di giustizia, 9 giugno 2009, Causa C-480/06.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La professionalità dei docenti universitari: le potenzialità oscurate.

di Rosario Santucci

(Professore ordinario di diritto del lavoro presso l'Università del Sannio)

Sommario

1. Prologo ed epilogo: il filo rosso del regime pubblicistico e della formazione (auspicata). – 2. Le funzioni dell'università tra tradizioni, rinnovamenti e ripercussioni sulle attività dei docenti. – 3. La normativa sui professori universitari. – 4 (segue). L'abilitazione scientifica nazionale. – 5 (segue). La chiamata dei professori nelle università. – 6 (segue). Aspetti dello stato giuridico attinenti alla professionalità. – 7. I ricercatori. – 8 (segue). Le novità del d.l. n. 36/2022, conv. in l. n. 79/2022. – 9 (segue). Le regole speciali sul rapporto di lavoro: un pre-ruolo dal regime ibrido ma sostanzialmente pubblicistico. – 10 (segue). La progressione professionale del ricercatore. – 11. La professionalità nel cortocircuito di ipertrofismo burocratico, valutazioni quantitative e microfisiche di potere politico e/o accademico. La libertà, la qualità scientifica e didattica e il diritto alla formazione dei docenti: le ancore di salvezza (bisognava dirlo?).

Abstract

In the article, the author reiterates the importance of the publicistic structure of university teaching and focuses on the critical issues present in the legislation that emerge in the regulatory kaleidoscope of the professionalism of university professors. Composing the complex legal framework, including the aspects on the objectives of the university system, the author underlines how, faced with the request to the teacher to carry out renewed teaching and research activities that are functional to the new objectives of the universities (think of the third mission), or management and organisational, there is not adequate attention to structured training courses. The omission is negative both for the professional growth of teachers and for their equal opportunities, and for the educational and social effectiveness of university action. Only the academic and political power that has a good hand in the discretionary choice of figures who ignore the qualification acquired through training benefits from it.

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

ISSN 2036-7821

1. Prologo ed epilogo: il filo rosso del regime pubblicistico e della formazione (auspicata).

È necessario ricordare, pure se è noto, che il d. lgs. n. 165/2001, per salvaguardare al meglio alcuni principi costituzionali – quali la libertà della ricerca scientifica e dell'insegnamento, il pluralismo culturale, l'autonomia universitaria, il diritto allo studio (artt. 9, 33 e 34 Cost.) –, oltre a riaffermare tale preservazione nella gestione delle risorse umane[1], lascia nel regime pubblicistico[2] (art. 3, co. 2) il rapporto di impiego "dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato". Poiché esso stabilisce anche, nella stessa disposizione, che tale regime è conservato "in attesa della specifica disciplina che la regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'art. 33 della Costituzione ed agli artt. 6 e ss. della l. n. 168/1989, e successive modificazioni ed integrazioni, tenuto conto dei principi di cui all'art. 2, co. 1, della l. n. 421/1992", si è inizialmente interpretata come temporanea la conservazione, in attesa della riconduzione nel regime del pubblico impiego privatizzato o, per meglio dire, in quello di una disciplina organica e speciale che contemperi autonomia universitaria e privatizzazione[3]. Ma dal 1993 (d. lgs. n 29) ad oggi, nonostante le consistenti innovazioni (l. n. 230/2005; l. n. 240/2010; d. l. n. 36/2022 conv. dalla l. n. 79/2022), la riconduzione del rapporto sotto una nuova egida non si è avuta. Anzi si può ritenere che gli interventi legislativi sullo stato giuridico, ribadendolo, abbiano abrogato, per incompatibilità, la disposizione che preconizzava la modifica.

Intanto anche la riflessione sulla privatizzazione del lavoro dei dipendenti pubblici è stata notevolmente raffinata e ha acquisito una maggiore cautela nell'impostazione, maturando l'idea, rafforzata dall'ampia legislazione successiva, che essa abbia uno statuto speciale nell'ambito dei fondamenti privatistici[4]. Ciò rassicurerebbe sul fatto

[1] L'art. 7, co. 2, impone alle amministrazioni pubbliche "di garantire la libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca".

[2] V. a tal riguardo S. BATTINI, *Il personale*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2015, 143 ss., spec. 169. Per un approfondimento del tema anche relativamente ai ricercatori degli enti di ricerca e ai docenti dell'AFAM sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca e rapporto d'impiego di ricercatori e docenti*, Napoli, 2017, 44 ss. nonché ID., *Il labirinto normativo sulla promozione di ricercatori e tecnologi degli enti di ricerca*, in *GI*, 2018, 2425 ss. La Corte costituzionale, sent. 3 marzo 2021 n. 28, ritenendo compatibile, con gli artt. 9 e 33 Cost., l'aspettativa per infermità dei professori e ricercatori universitari, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 68, co. 3, del d.P.R. n. 3/1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), nella parte in cui, per il caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti, non esclude dal computo dei consentiti diciotto mesi di assenza per malattia i giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie. In questo modo ammette che il rapporto di lavoro dei docenti universitari è sottoposto ad uno statuto speciale di diritto pubblico che non consente, per il fatto di rispondere a obiettive differenze legate al carattere privatizzato o no del rapporto, di applicare le discipline contenute nel contratto collettivo dell'Università, senza che ciò costituisca violazione del principio di eguaglianza.

[3] V., criticamente, A. TROJSI, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *LD*, 1999, 79 ss.

[4] Da ultimo v. F. CARINCI, A. BOSCATI, S. MAINARDI, *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2021, 33 ss.; il convegno tenuto a Palermo, in occasione della presentazione degli studi in onore di Alessandro Garilli e in partenariato con il gruppo "FA.RI. – Facciamo ricerca sul lavoro", il 10-11 febbraio 2023 su "*La privatizzazione*

ISSN 2036-7821

che nessuna privatizzazione del lavoro pubblico possa consistere nell'estensione *sic et simpliciter* delle regole del lavoro privato, nell'uniformazione delle discipline.
Purtroppo, nonostante la bontà della scelta, che ha respinto l'istanza "panprivatistica" e "pancontrattualista" dell'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la normativa universitaria ha realizzato uno stato giuridico disorganico, inadeguato e squilibrato nelle sue fonti di disciplina, mettendo a repentaglio i principi costituzionali indicati[5]. Paradigmatica è l'assetto sul sistema di valutazione che, pure necessario, si presenta iper-burocratizzato tanto per le università quanto per la docenza, e registra la preponderanza della fonte regolamentare accompagnata da una grave marginalizzazione dell'autogoverno delle competenze scientifiche disciplinari. È tale da conseguire risultati in parte opposti rispetto agli intenti di valorizzazione del merito oppure – secondo letture più maliziose - coerenti con quelli di indirizzo e controllo politico della docenza e della valutazione delle università[6]. Ciò ha comportato ricadute negative dal punto di vista finanziario tra università di diverse dimensioni e/o collocate in contesti sociali ed economici meno sviluppati e comunque meno attrezzate di fronte al nuovo corso della politica di forte concorrenzialità, anche tra quelle pubbliche, e di severo peso burocratico, come noto a tutte le comunità accademiche. L'incoerenza, lo squilibrio e la confusione sono stati causati anche da un'eccessiva disinvoltura nell'uso degli strumenti normativi, con la legislazione troppo prodiga nei confronti di interventi regolamentari o di fonti unilaterali di più basso rango, posti in essere per lo più dall'Agenzia nazionale di valutazione della ricerca universitaria, che, lungi dall'essere un'autorità indipendente, realizza con una veste diversa ed esageratamente l'intervento ministeriale[7].

---

del pubblico impiego trent'anni dopo" (gli atti sono in corso di pubblicazione nella collana di FA.RI. per Giappichelli; le relazioni di F. CARINCI, *Il diritto del lavoro pubblico è speciale?*, e di A. BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto … e ritorno*, già in *LPA*, n. 1/2023).

[5] Un'analoga involuzione o distorsione ha riguardato in modo particolare l'autonomia universitaria: v. da ultimo A. MARRA, *Il concetto di autonomia universitaria tra sviluppi storici e prospettive*, in *DA*, 1, 2023, 135 ss., spec. dal par. 6; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F. G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2019.

[6] V. da ultimo R. CASO, *La valutazione autoritaria e la privatizzazione della conoscenza contro la scienza aperta*, *Trento Law and technology research group*, *Research paper* n. 52, dicembre 2022 che sottolinea anche come la valutazione della ricerca avvenga "in base a una struttura gerarchica e verticistica che fa capo al governo"; cfr. al riguardo anche l'analisi caustica di S. CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione, viva la valutazione*, in *il Mulino* n. 1/2013, 73 ss., di R. CALVANO, *Per una critica della valutazione (di riviste giuridiche, acronimi e altre cose tristi)*, in *PD*, n. 1/2023, 3 ss., di A. BELLAVISTA, *Problemi e prospettive della valutazione della ricerca scientifica*, in G. DI BENEDETTO, *La valutazione della ricerca non bibliometrica*, Palermo University Press, 2019, 26 ss.; e sulle criticità del reclutamento dei docenti v. la nota del CUN, *Proposta su Abilitazione Scientifica Nazionale* del 20 aprile 2023.

[7] Su natura e funzioni dell'ANVUR cfr. S. CASSESE, *op. ult. cit.*; C. BARBATI, *op. cit.*, 11 ss., spec. 16 che rileva l'eccesso di presenza governativa nella selezione dei membri del direttivo che "allontana l'Agenzia da quella posizione di terzietà e indipendenza organizzativa e funzionale che le linee guida europee per i processi di valutazione esterna vorrebbero assicurata"; anche se poi osserva la sua evoluzione come nuovo centro, "capace sia di fissare le proprie regole, sia di verificarne il rispetto sia di farsi titolo per la definizione della misura, premiale o sanzionatoria, connessa ai suoi risultati, che perciò sposta (…) l'asse di governo del settore,

ISSN 2036-7821

Il tema della professionalità della docenza universitaria - esaminato con riguardo tanto ai requisiti professionali di accesso a "ruolo" e a "pre-ruolo" quanto ai doveri professionali, alle funzioni che è tenuta nello svolgimento del proprio lavoro e a quelli richiesti per progredire nella carriera - conferma ancor più la confusione, la stratificazione normativa e l'inadeguatezza delle regole. Ciò appare ancor più evidente se non ci si attenga esclusivamente alla disamina formale dei requisiti per accedere, ma si focalizzi l'attenzione sulle finalità che il sistema universitario attualmente persegue. Da un punto di vista giuslavoristico potremmo indicare l'indagine come la ricerca della qualificazione oggettiva del docente[8]. Comunque bisogna tracciare un quadro sulla sua prestazione lavorativa, anche se con una visione dinamica, generalmente invalsa[9], e considerare pure le esigenze, reali o potenziali, delle università, specie per il fatto che le attività della docenza, come nelle organizzazioni di tendenza, sono in stretta connessione con le finalità (le funzioni) delle istituzioni universitarie.

In tal modo è possibile evidenziare meglio quanto le regole sulla professionalità del corpo docente siano adeguate, quanto il nostro ordinamento universitario sia orientato nel combinare la qualità professionale della docenza con i bisogni generali e locali in cui le università operano, con l'attenzione che si deve innanzitutto alla formazione degli studenti e anche al raccordo degli atenei con il progresso economico e sociale dei territori in cui sono insediati[10], quanto spazio abbiano le università per collegare una parte della retribuzione allo svolgimento di funzioni

---

allontanandolo dal Ministero" (18). In ogni caso la sua attività, fissata dal direttivo di nomina ministeriale, è strumento per il governo del sistema universitario, sulla cui base cioè il ministero indirizza, promuove e programma le politiche del settore. Ci sono dunque parecchie cose che non convincono.

[8] Il senso classico della professionalità del pubblico impiego, consistente nell'esclusività o no della prestazione a favore dell'ente pubblico (per tale approccio cfr. P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991), presenta comunque regole in parte speciali sull'incompatibilità di svolgimento di altre attività per i docenti universitari (v. art. 53 d.lgs. n. 165/2001). Sull'argomento v. S. PALLADINI, *Il regime delle incompatibilità per il personale pubblico non privatizzato: il caso dei docenti universitari*, in *ADL*, 2, 2021, 1275 ss.; ancora R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca*, cit., 100 ss.; in generale A. TAMPIERI, *La disciplina delle incompatibilità nel lavoro pubblico: uno sguardo d'insieme (parte I) e (parte II), in LPA, 2021, risp. 25 ss. e 335 ss.*

[9] V. da ultimo L. FERLUGA, *Nuove tecnologie e professionalità*, in A. BELLAVISTA, R. SANTUCCI, *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Torino, 2022, 157 ss. (anche in *VTDL*, n. 3/2022, 533 ss.), alla quale si rinvia per indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali; F. BUTERA, *Un sistema professionale nella pubblica amministrazione? La progettazione dei ruoli e delle progressioni a larga banda. Sciogliere tre nodi: progettazione dei servizi, gestione del cambiamento, semplificazione delle forme di rappresentazione e regolazione del lavoro*, in *LDE*, 2022 n. 3; B. CARAPELLA e A. NISIO, Il competency management, Milano, 2023; sul tema nelle p.a. cfr. F. CARINCI, A. BOSCATI, S. MAINARDI, *op. cit.*, 245 ss.; M. NICOLOSI, *Il sistema delle competenze dopo le linee guida ministeriali del 2021 e nel PNRR*, in *GI*, 11/2022, 2550 ss.; A. RICCOBONO, *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del "grande reclutamento"*, in *RGL*, 2022, I, 65 ss.; V. LUCIANI, *Mansioni,* jus variandi *e progressioni in carriera nel lavoro pubblico: le ambiguità del legislatore e le certezze della giurisprudenza*, in *LPA*, 2020, 33 ss. e già A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLRI*, 2004, 101 ss.

[10] Sull'importanza di questo profilo cfr. M. PIGNATTI, *Le professionalità delle Università per la ricerca e l'innovazione: i rapporti con le amministrazioni pubbliche e con i privati, gli strumenti giuridici e gli effetti sul mercato*, in *federalismi.it*, n. 14/2023.

ISSN 2036-7821

gestionali e organizzative. Si verifica anche se le funzioni tradizionali di didattica e di ricerca richiedano innovazioni realizzative da parte dei docenti universitari.
In verità per affrontare il "nuovo" che avanza e offrire *chances* a tutti i docenti, e di riflesso agli studenti, occorrerebbe un investimento in formazione per il corpo docente. E invece sembra esserci una disattenzione generale al tema perché l'idea di fondo è quella che non sia necessario quando si parla di docenza universitaria. Approfondendo lo sguardo in questa prospettiva possiamo trovare numerosi elementi in materia - forse sottovalutati -, seppure in un quadro normativo frammentato e in continuo movimento, sia per la qualificazione soggettiva dei docenti, sia per quella oggettiva in connessione con le finalità richieste al sistema universitario, che inducono a prospettare risposte di segno diverso. Risposte che risultino sintoniche tanto per la migliore formazione degli studenti, quanto per l'accrescimento, oltre che delle competenze, o per il rinnovamento della didattica e della ricerca della docenza, delle pari opportunità per tutti i docenti, e non per sistemi ad esclusivo controllo o soggezione dei governi *nazionali* e *locali* delle università.
Del resto, il carattere strategico della formazione del capitale umano riguarda tutti gli ambiti lavorativi, privati e pubblici, specie quando si assiste a mutamenti continui dell'organizzazione economica, sociale e del lavoro, indotti dalla pervasiva e incessante digitalizzazione. L'università non ne è esente, essendo un ganglio e un motore del cambiamento, e quindi essa non può non riguardare i formatori dell'istruzione superiore, offerta dal sistema universitario. Anche costoro, per svolgere il loro lavoro in libertà e con appropriatezza (artt. 4 e 33 Cost.), hanno il diritto ad una formazione adeguata continua, che apre la strada alla "giusta" erogazione del trattamento economico "accessorio", ancorato alle pari opportunità dei docenti formati, alle competenze e ai risultati (fondato dunque su basi tendenzialmente oggettive); e le università, non senza convenienza, sono obbligate ad offrirla (art. 35, co. 2, Cost.; art. 7 d.lgs. n. 165/2001).

2. Le funzioni dell'università tra tradizioni, rinnovamenti e ripercussioni sulle attività dei docenti.
È noto che le funzioni primarie delle università sono *la ricerca e la didattica*[11], ma di pari passo con l'affermazione dell'autonomia universitaria, che trova il suo riconoscimento in attuazione delle disposizioni costituzionali, nella l. n. 168/1989, le

[11] Cfr. R. FINOCCHI, *Le università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, t. II, Milano, 2000, 973 ss.; C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, cit., 2 ss. che, citando l'art. 1 della l. n. 240 del 2010 secondo cui le Università "sono sede primaria di libera ricerca e di libera formazione" che "operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica", constata l'esistenza dell'idea dell'università "affermatasi nella Prussia di inizio XIX secolo sulla scorta (…) del pensiero di Wihlelm von Humboldt".

ISSN 2036-7821

università sono divenute enti multifunzionali[12]. È stato acclarato specie dalla dottrina amministrativista che l'autonomia universitaria è stata assai limitata soprattutto a partire dalla l. n. 240 del 2010 che, lungi dall'istituire un equilibrato dosaggio di fonti, ha inciso sulle scelte organizzative delle università e sullo stato giuridico dei docenti, perseguendo una modellazione, sia pure con tante lacune, di stampo eteronomo. In ogni caso i fini istituzionali delle università sono stati specificati o accresciuti. Ciò ha rilievo nella tematica della professionalità della docenza, come si vedrà nello svolgimento del presente lavoro, con ricadute sulle competenze richieste al corpo docente, senza la previsione di un'*adeguata cura* verso la sua formazione.

Per quanto concerne la didattica, vi è innanzitutto un nuovo aspetto da considerare. La l. n. 230/2005 (art. 1, co. 16), nell'obbligare i docenti a svolgere non meno di 120 ore di didattica frontale, se a tempo pieno, e non meno di 80 ore, se a tempo definito, ha compulsato per molto tempo le università nella propria autonomia organizzativa. L'articolo 14, co. 6-*sexies*, lett. a) e b), del d.l. n. 36/2022, convertito, con modificazioni dalla l. n. 79/2022, ha tuttavia modificato la disposizione, stabilendo che le 120 ore di didattica, o le 80, sono svolte nella "varie forme previste" e quindi possono variare "sulla base dell'organizzazione didattica e della specificità e della diversità dei gruppi e dei settori scientifico-disciplinari e del rapporto docenti-studenti, sulla base di parametri definiti con *regolamento di ateneo*, ai sensi dell'articolo 6, co. 9, della legge 9 maggio 1989, n. 168". La lettura di questa nuova norma può essere vista come un effetto di quanto accaduto nel periodo Covid, in cui le lezioni sono state tenute "a distanza" o in modalità "mista". Ma, accanto alla "scoperta" di quanto le innovazioni tecnologiche siano utili anche nella didattica, il nuovo disposto ("nelle varie forme previste") deve essere interpretato come la presa d'atto della necessità sia di "liberare" le università, sia del fatto che, anche nella didattica, le cose cambiano, le modalità di svolgimento della stessa, anche per le innovazioni tecnologiche, evolvono per mettere al centro la crescita dello studente, la sua migliore formazione.

Da tempo, del resto, è sorto un orientamento di rinnovamento della didattica nelle università, affidato, nell'implementazione, alla buona volontà delle stesse - ma è rischioso e inopportuno affrontarlo solo in questo modo - e che riveste un'importanza cruciale ai fini dell'attrattività e della formazione più completa degli studenti o, per meglio dire, delle varie categorie di discenti alle quali l'università si rivolge. La didattica non si caratterizza solo per un approccio *teacher-centred*, ma

[12] L'art. 1, co. 4, lett. d) della l. n. 59/1997 le qualifica come autonomie funzionali che comporta la considerazione che le stesse siano espressione di una specifica collettività che le caratterizza: la comunità degli studiosi e degli studenti. La Corte costituzionale nella sent. n. 1017 del 1988 afferma che "l'autonomia accademica si traduce in definitiva nel diritto di ogni singola università a governarsi liberamente attraverso i suoi organi e, soprattutto, attraverso il corpo dei docenti nelle sue varie articolazioni". Ma dal 1988 ad oggi le cose sono cambiate perché i docenti non sono gli unici a comporre gli organi e l'autonomia universitaria è stata notevolmente frenata in tutti gli aspetti. Per una recente disamina v. A. CAPRARA, *Università pubblica e sviluppo sostenibile*, in *Contr. Impr.*, n. 1/2023, 150 ss.

ISSN 2036-7821

anche *student-centred*, in cui la trasmissione è solo una delle componenti, focalizzandosi sulla possibilità, attraverso differenti forme, che gli studenti si approprino delle metodologie e delle tecniche e applichino il loro apprendimento[13]. L'Italia pure in quest'aspetto risulta un fanalino di coda rispetto alle esperienze internazionali, dove molte e importanti università promuovono lo sviluppo delle competenze didattiche dei loro docenti attraverso *azioni di sistema*. Alcuni atenei in Italia si sono indirizzati su questa linea di progresso, creando centri di formazione didattica e valorizzando e riconoscendo l'azione e l'impegno didattico dei docenti[14], con il rilascio anche di una certificazione delle competenze acquisite. Sia pure annegata in un mare di requisiti e indicatori di valutazione degli atenei[15], questo tipo di qualità della didattica è oramai presente e perciò andrebbe presa sul serio, in modo strutturale perché è vincente per le intere comunità accademiche; e comunque le università sono valutate anche in questo. Inoltre la l. n. 230/2005, art. 1, co. 16, prevede che "ai professori a tempo pieno è attribuita una eventuale retribuzione aggiuntiva nei limiti delle disponibilità di bilancio, in relazione agli impegni ulteriori di attività di ricerca, didattica e gestionale, oggetto di specifico incarico, nonché in relazione ai risultati conseguiti, secondo i criteri e le modalità definiti con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per la funzione pubblica". Finora la normativa di attuazione non è stata emanata, anche se la disposizione legislativa è stata di recente rimaneggiata e, quindi, può immaginarsi che si disponga la disciplina di attuazione. Va rilevato che sarebbe *augurabile* il bilanciamento tra autonomia universitaria e interessi generali, perseguibile dal decreto ministeriale.

La didattica integrativa e i servizi didattici per gli studenti, che compaiono tra i doveri della docenza, sono campo di elezione dell'autonomia universitaria, sebbene la l. n. 341 del 1990, all'art. 6, si occupi della *formazione finalizzata e dei servizi didattici*

[13] Per la riflessione al riguardo, promossa in ottica pedagogica, v. E. FELISATTI, A. SERBATI, *Learning for teaching: educational and professional development for university teachers. An innovative project proposed by the university of Padova*, in *Giornale della Ricerca educativa*, n. 14 del 2015 (a tale contributo si rinvia per la bibliografia); il Documento *Linee di indirizzo per lo sviluppo professionale del docente e strategie di valutazione della didattica in Università*, 15 aprile 2017, presentato all'ANVUR dal Gruppo di lavoro Quarc_docente (qualificazione e riconoscimento delle competenze didattiche del docente nel sistema universitario) coordinato da E. FELISATTI; E. FELISATTI, A. SERBATI (a cura di), *Preparare alla professionalità docente e innovare la didattica universitaria*, FrancoAngeli, Milano, 2017; G. BERTAGNA, M. TIRABOSCHI, *Editoriale*, in *Professionalità studi*, n. 3/2021, dedicato alle ricerche su *La professionalità docente tra nuovi paradigmi e consolidate funzioni*.

[14] V. ad esempio, oltre all'Università di Padova, l'Università di Genova (con il gruppo di lavoro sull'insegnamento e l'apprendimento che si occupa in primo luogo della formazione dei docenti neoassunti), di Bari, di Foggia (la quale ha creato un centro di apprendimento permanente che ha come esito finale una certificazione delle competenze acquisite), di Bologna, di Catanzaro (nell'ambito della qualità è inserito l'obbligo dei docenti di seguire corsi di andragogia).

[15] V. il d. m. 14 ottobre 2021 n. 1154 Autovalutazione, valutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio e le Linee guida dell'ANVUR su "Accreditamento periodico delle sedi e dei corsi di studio universitari del 10 agosto 2017".

ISSN 2036-7821

integrativi. In ogni caso sia la l. n. 341, secondo cui i criteri e le modalità di svolgimento dei corsi e delle attività formative sono deliberati dalle strutture didattiche e scientifiche, secondo le norme stabilite nei regolamenti didattici di ateneo, sia la normativa successiva (l. n. 230/2005) lasciano lo spazio alle definizioni dei regolamenti di ateneo[16]. Essi, in questo ambito dunque, dal lontano 1990, svolgono un ruolo centrale, precisano i compiti e differenziano l'attività didattica frontale da quella integrativa e dai servizi agli studenti[17].

Con riguardo alla ricerca, il d.P.R. n. 76/2010 sul funzionamento dell'ANVUR, all'art. 3 co. 1 lett. a) e co. 2 lett. b), stabilisce che l'ANVUR valuta la qualità dei risultati della ricerca delle Università e degli Enti di Ricerca, principalmente tramite valutazione tra pari. E successivamente, con decreti ministeriali, è stato varato il sistema di Valutazione della ricerca (VQR) gestito dall'ANVUR, che include ora anche la valutazione della terza missione[18]. I risultati VQR sono utilizzati per l'allocazione della quota premiale del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO) ma anche per altri scopi: ora rilevano nell'ambito dei requisiti e degli indicatori di valutazione della qualità della ricerca e della terza missione delle sedi universitarie e dei corsi di studio[19]; sono utilizzati per l'accreditamento degli enti di ricerca quando si associano alle università per l'istituzione di dottorati di ricerca[20]. Il sistema di valutazione ha quindi notevole rilevanza per le università e per i docenti, che, in prima fila, sono chiamati a contribuire al perseguimento della *performance* dell'ateneo di appartenenza. Nella considerazione dei "prodotti" della ricerca, il bando VQR sembra non allontanarsi da quelli tipici dei vari settori, utilizzati anche per partecipare alle progressioni di carriera sia come candidato, sia come commissario. Ma i tempi di verifica sono assai dilatati per cui, ad esempio, nel 2022 si hanno i risultati relativi al quinquennio 2014-2019; ed inoltre è assai delicato e opinabile il meccanismo attraverso cui si procede alla valutazione dei contributi che è caratterizzato, oltre che da una qual certa casualità e opacità (nella scelta dei valutatori e nel processo di valutazione), anche dalla frattura tra settori bibliometrici e no, anche con la marginalizzazione nei primi del *peer review* a vantaggio degli indici quantitativi, considerati sinonimi di qualità[21].

---

[16] Anche in questo campo va segnalata la stratificazione normativa: v. già art. 10 del d.P.R. n. 382/1980.

[17] V. ad esempio il Regolamento sui doveri accademici dei professori e dei ricercatori dell'università di Milano.

[18] V. l'ultimo esercizio, relativo al quinquennio 2015-2019, formalizzato dai decreti ministeriali n. 1110/2019 e n. 44/2020.

[19] V. il d. m. n. 1154/2021, allegato E, ambito E, dove si tiene conto della percentuale di prodotti appartenenti alle prime due fasce di valutazione VQR (lo stesso per i casi di studio della terza missione) nonché della percentuale di aree scientifiche disciplinari con valutazione VQR superiore al valore mediano nazionale.

[20] V. le linee guida del Mur per l'accreditamento del 38° ciclo e seguenti (d.m. 22 marzo 2022 n. 301).

[21] È sempre più solida la marcia indietro al riguardo (il metodo del *peer review* è fondamentale per tutti i settori, arricchito con il supporto dell'utilizzazione responsabile degli indicatori quantitativi). V. criticamente sul tema da ultime M. T. BIAGETTI, *Dagli indicatori bibliometrici all'analisi qualitativa: la valorizzazione del* peer review *nella*

ISSN 2036-7821

Nella legislazione è comparsa poi la *terza missione*, come ulteriore funzione delle università[22]. L'innovazione legislativa[23] si deve agli obiettivi del Piano di Nazionale di Ripresa e Resilienza nel quale è affermata la necessità di rafforzare e consolidare il legame tra Università, sistemi economici e dell'innovazione per accrescere la competitività dell'economia nazionale. In effetti, tuttavia, si può dire che sia stata l'ANVUR a esaltare l'apertura verso il contesto socio-economico mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze, introducendo la funzione della terza missione. Sebbene presente in occasione del bando VQR 2004-2010, la vera comparsa, con effetti concreti sulle università, si è avuta con l'introduzione del sistema di Autovalutazione, Valutazione periodica e Accreditamento (AVA) che l'ha riconosciuta come missione istituzionale delle università[24]. Sono stati identificati specifici indicatori e parametri di valutazione e la qualità di Terza missione viene considerata tra i requisiti di qualità delle sedi e dei corsi di studio[25]. Di conseguenza l'ANVUR di concerto con il ministero dell'università ha creato il sistema informativo della terza missione all'interno della SUA-RD/TM (Scheda unica annuale - ricerca dipartimentale/terza missione/impatto sociale)[26]. L'ANVUR si è ritenuta chiamata a tale tipo di valutazione in quanto il d. P. R. n. 76/2010, art. 3 co. 1, che ha istituito l'Agenzia, ha stabilito tra i suoi compiti la valutazione della qualità dei processi, i risultati e i prodotti delle attività di gestione, formazione, ricerca ivi compreso il trasferimento tecnologico.

---

valutazione della ricerca scientifica, in *www.reserachgate.net*, febbraio 2023; R. MORRIELLO, *Peer review in research assessment and data analysis of Italian publication in SSD M-STO/08*, in *JLis.it*, 15 gennaio 2023.

[22] Un notevole rilievo gliela attribuisce G. VALDITARA, *Relazione* al Convegno "L'autonomia universitaria", in *Osservatorio costituzionale* dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, n. 6/2021, che definisce, un po' forzatamente, questo modello di università come "posthumboltiano", laddove "quella humboltiana (…) avesse esclusivamente due funzioni (ed e)ra dunque una università "aristocratica", che sviluppava una ricerca del tutto disinteressata, del tutto sganciata dalla prospettiva di un arricchimento personale. Un'università tendenzialmente chiusa in sé stessa, sostanzialmente autoreferenziale". Anche prima della valorizzazione della terza missione, nell'università erano praticate molte delle attività ricondotte sotto questa funzione.

[23] V. l'art. 24, co. 9-*quater*, della l. n. 240/2010, come sostituito dal d. l. n. 36/2022, secondo cui l'attività didattica, di ricerca e di terza missione, svolta dai ricercatori, "concorre alla valutazione delle politiche di reclutamento svolta dall'ANVUR, ai fini dell'accesso alla quota di finanziamento premiale a valere sul Fondo per il finanziamento ordinario delle università"; l'art. 7, co. 5-*bis*, della l. n. 240/2010, aggiunto dall'art. 26, co. 2, lett. a) l. n. 233/2021, sulla mobilità di professori e ricercatori che stabilisce la possibilità per le università, "per fare fronte a specifiche esigenze di didattica, di ricerca o di terza missione", di procedere alla chiamata di professori in servizio in altre università o studiosi stabilmente impegnati all'estero".

[24] V. l'ultimo decreto su valutazione dell'accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dell'esame e le linee guida dell'ANVUR, citati nella nota 15.

[25] V. rispettivamente il d.m. n. 47/2013, allegato E) e il d. m. n. 987/2016 allegato C).

[26] I campi di azione che definiscono la terza Missione sono i seguenti: valorizzazione della proprietà intellettuale o industriale, imprenditorialità accademica, strutture di intermediazione e trasferimento tecnologico, beni artistici e culturali, tutela della salute, formazione permanente, *public engagement*, beni pubblici e politiche per l'inclusione, *open science* e attività collegate agli obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG).

ISSN 2036-7821

Gli statuti delle università sono stati modificati per accogliere la terza missione tra le proprie finalità.

La terza missione appare anche nelle decisioni dei giudici[27]. È evidente che le università hanno bisogno di docenti che svolgano tali funzioni per accedere alla quota di finanziamento premiale a valere sul Fondo per il Finanziamento ordinario delle università ai sensi dell'art. 60, co. 01, del d.l. n. 69/2013 conv. con modif. dalla l. n. 98/2013. E quindi le competenze di terza missione vengono richieste per la valutazione o per la premialità della docenza che dovrebbe essere formata o almeno informata delle modalità di realizzazione delle attività, volte a concretizzare la missione.

3. La normativa sui professori universitari.

La l. 240, nel confermare la distinzione introdotta dal d.P.R. n. 382/1980 tra prima e seconda fascia dei professori universitari, introduce l'abilitazione scientifica nazionale (art. 16), che ha lo scopo di attestare la qualificazione scientifica dei candidati, dura undici anni e costituisce "requisito necessario" per l'accesso alle fasce dei professori[28]. Si tratta di un procedimento di tipo idoneativo, preordinato all'accertamento e al riconoscimento del possesso da parte dei candidati della maturità scientifica allo svolgimento delle funzioni di professore di prima o seconda fascia, richiedendo "requisiti distinti per le funzioni" delle rispettive fasce. Con regolamenti ministeriali sono disciplinate le modalità di espletamento delle procedure finalizzate al conseguimento dell'abilitazione, ma la legge 240 detta alcuni criteri. Il conseguimento dell'abilitazione scientifica non costituisce, in ogni caso, titolo di idoneità né dà alcun diritto relativamente al reclutamento in ruolo o alla promozione presso un'università al di fuori delle procedure previste dalla legge (artt. 18 e 24).

La disamina accurata delle distorsioni e delle violazioni dell'autonomia dell'accademia, garantita anche a livello europeo, è stata largamente rilevata[29]. Da

[27] V. Tar Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. I, sent. 16 dicembre 2022, n. 554 con riguardo ad una procedura concorsuale in cui la scelta definitiva del vincitore è rimessa al Consiglio di Dipartimento, che compie introducendo esigenze non presenti all'atto dell'indizione della procedura di valutazione (in questo caso proprio la terza missione e la sua valorizzazione contenuta nel PNRR).

[28] La durata inizialmente fissata dall'art. 16 della l. n. 240/2010 è stata determinata dall'art. 6, co. 4-*bis*, del d.l. n. 28/2021 conv. dalla l. n. 15/2022 e ultimamente modificata dall'art. 8-*sexies* del d.l. n. 198/20222 conv. dalla l. n. 14/2023.

[29] V. da ultimo, per taluni aspetti, S. CASSESE, *op. cit.*; C. BARBATI, *op. cit.*; sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca*, cit., 54 ss.; in ogni caso già E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale*, in *LPA*, 2016, 399 ss.; A. BELLAVISTA, *Insegnamento e ricerca tra libertà e autorità*, in *LD*, 2016, n. 4; R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, 2012; M. BROLLO, R. DE LUCA

ISSN 2036-7821

ultimo si registra l'intervento del CUN del 20 aprile 2023 che, in una nota indirizzata al Ministro, all'ANVUR e alla CRUI, rileva le criticità del sistema e propone nuove modalità di reclutamento. E' importante la sottolineatura del fatto che la rigidità di indicatori numerici, "con le soglie calcolate su un limitato arco temporale e caratterizzate da una marcata volatilità, ha poi di fatto concentrato l'attenzione sulla quantità e velocità più che sulla qualità della produzione scientifica"; come pure quella della richiesta "di vari titoli specifici e predefiniti, mutevoli nel tempo, come condizione di accesso ha portato a dinamiche di adattamento del sistema, con la rincorsa da parte degli aspiranti all'abilitazione ad accumularli, senza distinguere in base a criteri di qualità". Il CUN considera un valore il carattere nazionale dell'abilitazione, "da preservare per obiettivi e finalità istitutive. Tuttavia, poggiando su vincoli rigidi, ha ostacolato le procedure, ha limitato l'autonomia valutativa delle commissioni e ha esposto il sistema a vertenze e contenziosi". Nel nuovo modello, per il CUN, sarebbe opportuno evitare "una visione fondata su meri meccanismi automatici, con indicatori numerico-quantitativi, per consentire invece alle commissioni di valutare la congruità con la declaratoria dei GSD [*Gruppi scientifici disciplinari*] della produzione scientifica dei candidati nell'ambito del loro profilo complessivo". Da "apprendisti stregoni" il nostro sistema di valutazione è stato inondato di metodi quantitativi e di automatismi che hanno minato sia le valutazioni sia l'attività di quanti si sono dovuti assoggettare alle stesse, condizionando anche i risultati scientifici.

Ma le criticità dell'attuale modello sono anche più numerose. Esaminandone la disciplina, per focalizzarsi sulla "professionalità", con riguardo tanto alle "abilità" richieste a livello nazionale quanto ai requisiti sui quali fondare la valutazione comparativa nelle procedure locali di chiamata dei professori, le stesse emergeranno in modo ancora più articolato e profondo.

4. (segue). *L'abilitazione scientifica nazionale.*

Per l'abilitazione scientifica nazionale, criteri, parametri e indicatori sono stabiliti dal legislatore. Va rilevato che i candidati devono possedere un numero di pubblicazioni, coerenti con il settore concorsuale, per la valutazione dell'impatto della produzione scientifica[30], misurato attraverso gli indicatori "ministeriali" con riferimento

TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'università tra legge e statuti: analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Milano, 2011.

[30] V. l'allegato A del d.m. 7 giugno 2016 n. 120 (Regolamento su criteri e parametri per la valutazione dei candidati ai fini dell'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale per l'accesso alla prima e alla seconda fascia dei professori universitari, nonché le modalità di accertamento della qualificazione dei Commissari) – titolo numero 1).

ISSN 2036-7821

esclusivamente agli intervalli temporali ivi definiti[31]. La verifica del possesso viene effettuata in automatico per cui le pubblicazioni in questione non sono valutate, costituiscono una misura necessaria per partecipare all'abilitazione[32]. È una misurazione più quantitativa che qualitativa: il filtro qualitativo per i settori "non bibliometrici" dovrebbe essere costituito soprattutto dalla collocazione editoriale, dalle riviste (specie di classe A) e dall'editoria nell'ambito della quale il volume è inserito (collane con referaggio); per i settori bibliometrici valgono le misurazioni quantitative, trasformate in valutazioni positive oltre determinate soglie. Ma si sa che non sempre è così e che la distorsione metodologica è stata deleteria sia per la ricerca, sia per l'allocazione delle risorse.

Poi i candidati indicano le pubblicazioni da sottoporre alle commissioni di abilitazione (nel numero massimo fissato dai D.M. citati).

I candidati all'abilitazione hanno anche l'obbligo di elencare i titoli posseduti[33], tenuto conto dei criteri eventualmente definiti dalla Commissione ai sensi dell'art. 5, co. 2, d. m. n. 120/2016, e devono possedere almeno tre categorie di titoli per poter superare l'abilitazione, oltre quello dell'impatto della produzione scientifica[34]. Le commissioni di abilitazione hanno dunque qualche margine di scostamento rispetto a quanto stabilito dalla normativa.

Anche i candidati commissari sono assoggettati alla trafila degli indicatori quantitativi; il percorso poi si conclude con il sorteggio tra quelli in possesso delle soglie scientifiche.

Il difetto del sistema è anche la determinazione dei criteri dettati dalla legge o dai decreti di attuazione, senza *parere vincolante* dell'organo di autogoverno delle comunità scientifiche (CUN), e l'ancoraggio agli indicatori quantitativi, specie per i settori bibliometrici, assurti a metodo di valutazione. Il difetto è maggiore con riguardo ai candidati commissari, i quali vengono selezionati con meccanismi automatici. L'art. 16 della l. n. 240/2010 sottrae il "potere di scegliere chi sceglie" alle comunità scientifiche, affidando la selezione dei commissari a criteri, parametri e indicatori normativamente fissati e configurati come requisiti. In questo modo si è voluto contrastare il vizio della cordata accademica – che poi però riappare magicamente in sede locale nelle valutazioni comparative - ma rimettendo il giudizio di abilitazione a commissari scelti con il puro dato quantitativo delle pubblicazioni. È vero che sono richieste quantità rilevanti, ma ad esempio le monografie sono accettate solo per avere l'ISBN (che non ne certifica la qualità) e lo stesso vale per la

[31] V. gli allegati C e D del d.m. n. 120/2016 e il d.m. n. 589/2018. Le classi di prodotti da considerare sono monografie, articoli pubblicati nelle riviste di classe A, articoli pubblicati nelle riviste scientifiche o contributi in volumi.

[32] Giustamente S. CASSESE, *op. cit.*, insiste sulla distinzione tra misurazione e valutazione.

[33] V. l'allegato A (titoli dal numero 2 al numero 11) del d.m. n. 120/2016.

[34] Allegato A Elenco dei titoli.

ISSN 2036-7821

produzione in volumi. La produzione in rivista è più controllata dal punto di vista qualitativo, ammesso che funzionino i sistemi di referaggio e siano presenti verifiche accurate da parte dell'ANVUR sui requisiti richiesti[35].

Quindi a ben pensare per l'abilitazione scientifica nazionale il sorteggio finale, dopo l'inserimento automatico nella lista, non consente di avere come risultato finale sicuro i rappresentanti più autorevoli, che valutino adeguatamente la professionalità scientifica e didattica dei candidati. Bisogna anche tenere conto del fatto che mentre per i candidati all'abilitazione c'è la fase della valutazione qualitativa ad opera della commissione (con il *peer review*), per i candidati commissari il raggiungimento di due soglie su tre è realizzato anche semplicemente dall'aver pubblicato in volumi con ISBN, senza alcuna verifica di coerenza con il settore scientifico di appartenenza, oltre che di qualità. Una vera e propria disparità di trattamento tra le competenze richieste ai candidati e ai commissari, che potrebbero essere anche più ridotte rispetto a quelle dei candidati, in contraddizione anche con il principio del merito!

Vi sono modalità che invece potrebbero garantire autorevolezza e trasparenza, evitando le "cordate accademiche" successive al sorteggio caratterizzate per di più da "lassismo scientifico": ad esempio sottoponendo al voto della comunità accademica i candidati in possesso delle soglie "scientifiche". E tali soglie dovrebbero essere ragionevolmente ridotte in quanto può verificarsi l'ipotesi di autorevoli studiosi che, per raggiungere la profondità della ricerca, abbiano comunque limitato all'essenziale la produzione scientifica. In questo modo si eviterebbe la corsa parossistica alla quantità o l'indifferenza per la sfiducia verso il meccanismo, che induce talora all'emarginazione di autorevoli scienziati.

Anche sui titoli si registrano ambiguità e perplessità. Si costringono i candidati a chilometrici elenchi di cui le commissioni possono solo prendere atto e verificare la congruenza con la categoria di titoli considerati dalla normativa ed eventualmente integrati dalle commissioni stesse. I titoli in buona parte coincidono per II e I fascia e attengono di massima alle attività di ricerca. Solitamente alla II fascia si accede con un percorso da ricercatore per cui non è detto che tali titoli siano facilmente acquisibili con il solo impegno da ricercatore. Solo alcuni, ma sarebbe necessaria una formazione trattandosi – come già accennato – di attività rientranti nelle funzioni dell'università.

In sintesi, la professionalità dei candidati deve per forza misurarsi con criteri e indicatori normativi dove le quantità, più che le qualità, costituiscono un

[35] E anche su quest'aspetto va segnalata la presenza di violazioni raffinate delle regole, non rilevate, che esaltano le falle del sistema: ad esempio – ma non è un caso di scuola! -, in ambito giuslavoristico, classificare con ISSN di rivista in classe A i quaderni della rivista (che presentano sia ISSN, sia ISBN), non assoggettati alle stesse regole della rivista d'origine, con impatto sul possesso degli indicatori in quanto gli autori di un articolo nei quaderni possono indicare l'ISSN della rivista di classe A, anche se il contributo in questa non c'è (una specie di gioco di prestigio!).

presupposto necessario per una valutazione nel merito che poi si concentra solo sulle qualità di ricerca. È pur vero che si attribuisce rilevanza anche ad incarichi di insegnamento, ma senza alcuna verifica effettiva. Quelle didattiche si presume che ci siano (ma non è detto che il titolo sia sempre presente) sulla base di attività, tra l'altro, non direttamente verificabili dalla commissione di abilitazione.
Le criticità si affastellano sul triplo binario per docenti, università e studenti, minando l'idea dell'abilitazione.

5. (Segue). *La chiamata dei professori nelle università.*
Paradossale è poi la fase della chiamata dei professori (art. 18 l. n. 240/2010) dove le omissioni normative si ritorcono contro gli intenti etici del legislatore! Le università, con proprio regolamento, disciplinano la chiamata dei professori di prima e di seconda fascia nel rispetto del codice etico e dei principi enunciati dalla Carta europea dei ricercatori[36], nonché dei criteri indicati dal legislatore. Di rilievo ai fini della presente analisi è il comma 1 lettera d), che prescrive "valutazione delle pubblicazioni scientifiche, del curriculum e dell'attività didattica".
L'art. 18 non si occupa delle modalità di costituzione delle commissioni. Tanto è vero che, oltre alla giurisprudenza amministrativa chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità delle procedure locali[37], è intervenuta una direttiva del Ministero che ha raccolto le indicazioni "di anticorruzione" provenienti dall'ANAC, direttiva che la giurisprudenza considera vincolante (specie con riguardo alla costituzione delle commissioni)[38].
Non solo; la questione dell'accertamento della qualificazione scientifica è lasciata ai regolamenti di Ateneo che puntano, oltre che sull'attività didattica e scientifica, anche su quella gestionale e di terza missione. In buona parte dei regolamenti universitari sul reclutamento della docenza appare, quale criterio di selezione, anche quello relativo ad *attività gestionali, organizzative e di servizio*[39]. Nella misura in cui tale

[36] V. raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell'11 marzo 2005.
[37] Sempre più numerose sono le decisioni e sempre più incisive sui regolamenti di Ateneo e sulle valutazioni delle commissioni. Queste sono espressione dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica ma si tratta di "valutazioni pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più strettamente tecnico. Ciò significa che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (da ultimo Cons. St., sez. VI, sent. 5 ottobre 2022, n. 8533 e Cons. St., sez. VIII, sent. 15 dicembre 2022, n. 10985).
[38] V. Tar Liguria Genova, sez. I, 11 maggio 2020, n. 285.
[39] V. ad esempio il Regolamento emanato con d. r. n. 3663 del 2 ottobre 2019 per la disciplina della chiamata dei professori di prima e seconda fascia dell'Università di Napoli Federico II per il quale, tra gli elementi di valutazione, il criterio pesa fino al 10%; in quello dell'università di Milano statale le attività istituzionali, organizzative e di servizio nelle procedure per posti di professore di prima fascia: pesano 10 punti, in quelle di professore di seconda fascia fino 5 punti in quelle di professore di prima fascia; dell'Università del Sannio dove, nelle chiamate di professori ai sensi dell'art. 24, co. 1 e co. 6, il criterio oscilla tra 5% e 25% per incarichi e/o

ISSN 2036-7821

criterio sia svincolato dalle funzioni istituzionali dalle Università, se ne segnala un uso distorto e abusivo, tenendo conto del fatto che tali attività, strettamente gestionali od organizzative, in linea di massima sono attribuite *intuitu personae* da Rettori o Direttori di Dipartimento[40]. Quindi non sono caratterizzate da pari opportunità per docenti e ricercatori. In ambito legislativo sono presenti disposizioni che consentono agli atenei la distribuzione del Fondo premiale a quanti assumono responsabilità organizzative, gestionali e istituzionali.

Si può considerare formalmente ammissibile quella gestionale in quanto è lo stesso legislatore che consente di apprezzarla in caso di mobilità dei docenti (art. 9 l. n. 240/2010), ma non quella strettamente gestionale – organizzativa, che è al di fuori della qualificazione scientifica e dai relativi binari stabiliti dal legislatore[41]. E in ogni caso, al di là di specifiche competenze, è in appannaggio, per lo più, a quanti hanno sostenuto la *governance* dell'ateneo/dipartimento, aprendo un varco a disparità di *chance*.

In tali procedure si viene valutati per attività rispetto alle quali occorrerebbe una formazione adeguata in ateneo.

Bisognerebbe cominciare a prevederla dal dottorato di ricerca – che costituisce la fucina dei futuri ricercatori universitari – dove sarebbe necessario imporre, accanto alle discipline specifiche dei vari *curriculum* ideati in sede locale, almeno percorsi di metodologia della ricerca scientifica e della didattica.

6. (segue). *Aspetti dello stato giuridico attinenti alla professionalità.*

Una volta in ruolo, per lo stato giuridico occorre far riferimento ad un complesso normativo[42]. In questa sede rilevano taluni aspetti.

L'art. 1, co. 16, della l. n. 230/2005 come modificato dall'art. 14, co. 6-*sexies* lett. a) e b), d.l. n. 36/2022, conv. in l. n. 79/2022, conserva il trattamento economico dei professori universitari "articolato secondo il regime prescelto a tempo pieno ovvero a tempo

funzioni svolte in organi collegiali, commissioni e consulte dipartimentali e di ateneo, le cariche istituzionali ricoperte e gli incarichi di gestione svolti presso istituzioni universitarie ed enti pubblici di ricerca. Non così il regolamento dell'Università di Udine anche con riguardo alla valutazione dei professori e dei ricercatori, ai sensi dell'art. 6, co. 7 e 8, della l. n. 240/2010.

[40] Diversamente Tar Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. I, sent. 16 dicembre 2022, n. 554 con riferimento ad esigenze gestionali ed organizzative che sono considerate ammissibili se previamente indicate in una procedura di chiamata *ex* art. 24, co. 6, l. n. 240.

[41] Possibilista, come già detto nella nt. 26, Tar Friuli-Venezia Giulia Trieste n. 554/2022 a determinate condizioni e in relazione ad una "chiamata" per personale interno.

[42] Il quadro giuridico è frammentato e si compone di una disciplina speciale (t.u. n. 1592/1933; d.P.R. n. 382/1980; codice di comportamento dei dipendenti pubblici) e di una generale contenuta nel d.P.R. n. 3/1957. Si rinvia ancora, soprattutto per i riferimenti bibliografici, a R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca*, cit., 94 ss.; L. FERLUGA, *Riforma universitaria e responsabilità disciplinare dei docenti: problemi e criticità, in LG, n. 4/2021, 362 ss.; A. TROJSI, Il lavoro, cit.; Corte cost. n. 28/2021, cit*.

ISSN 2036-7821

definito"[43] e l'attuale struttura retributiva. Il trattamento è correlato "all'espletamento delle attività scientifiche e all'impegno per le altre attività, fissato per il rapporto a tempo pieno in non meno di 350 ore annue di didattica, di cui 120 di didattica per lo svolgimento dell'insegnamento nelle varie forme previste, e per il rapporto a tempo definito in non meno di 250 ore annue di didattica, di cui 80 di didattica per lo svolgimento dell'insegnamento nelle varie forme previste.". L'art. 6 della l. n. 240/2010, ai fini della rendicontazione dei progetti di ricerca, quantifica le ore annuali dei professori e ricercatori stabilendo che le attività di ricerca, di studio e di insegnamento, con i connessi compiti preparatori di verifica e organizzativi, è pari a 1500 ore annue per quelli a tempo pieno e 750 per quelli a tempo definito. Ribadisce poi l'obbligo dei professori di svolgere attività di ricerca e di aggiornamento scientifico e, sulla base di criteri e modalità stabiliti con regolamento di ateneo, definisce anche su base annuale il tempo da dedicare alla didattica, specificando che le 350 ore annue o le 250 ore (come minimo) vanno dedicate a compiti didattici e di servizio agli studenti, inclusi orientamento e tutorato, nonché di verifica dell'apprendimento, lasciando in piedi per lo svolgimento dell'insegnamento quanto stabilito dall'art. 1, co. 16, l. n. 230. L'aggiornamento scientifico è lasciato all'autonoma iniziativa del docente.

Rilevante è l'art. 6, co. 7, della l. n. 240 secondo cui le modalità per l'autocertificazione e la verifica dell'attività didattica e di servizio agli studenti dei professori e dei ricercatori sono definite con regolamento di ateneo che prevede altresì la differenziazione dei compiti didattici in relazione alle diverse aree scientifico-disciplinari e alla tipologia di insegnamento, nonché in relazione all'assunzione da parte del docente di specifici incarichi di responsabilità gestionale o ricerca. La disposizione legislativa rinvia ai regolamenti di ateneo l'individuazione delle modalità con le quali contemperare la libertà dell'insegnamento con la verifica dell'effettività dell'insegnamento stesso. È prevista una relazione triennale sull'attività scientifica di ordinari, associati e ricercatori dal d. P.R. n. 382/80 (artt. 18, 23 e 33) adesso assorbita in quella prevista dalla l. n. 240 anche per gli scatti di anzianità (v. *infra)*.

Per i professori universitari è contemplata una progressione economica non più *automatica*. Prima della l. n. 240 del 2010 la retribuzione eccedente quella tabellare era riconosciuta con il sistema degli scatti automatici legati all'anzianità di servizio, prescindendo da impegno didattico e produttività scientifica. Con la l. n. 240 si cerca di rimediare alla mancata valorizzazione del merito individuale. Gli artt. 8 e 6, co. 14, della l. n. 240 stabiliscono una cadenza triennale – poi trasformata in biennale dalla finanziaria del 2018 (l. n. 205 del 2017, art. 1, co. 669) - degli aumenti retributivi e

[43] V. Tar Lombardia Brescia, sez. I, 25 gennaio 2022, n. 86 sul diritto dei professori universitari di scegliere il proprio regime di impegno orario.

ISSN 2036-7821

l'erogazione degli stessi, su richiesta dell'interessato, previa la valutazione positiva delle attività didattica, di ricerca e gestionale descritte nella relazione triennale. L'art. 6 co. 14 della l. n. 240 stabilisce che professori e ricercatori sono tenuti a presentare una relazione triennale sul complesso delle attività didattiche, di ricerca e gestionali svolte, unitamente alla richiesta di attribuzione dello scatto stipendiale di cui agli artt. 36 e 38 del d.P.R. n. 382/1980: ovviamente i regolamenti di ateneo devono adattare la prescrizione triennale della relazione con la biennalità degli scatti. La valutazione del complessivo impegno didattico, di ricerca e gestionale ai fini dell'attribuzione degli scatti triennali è di competenza delle singole università secondo quanto stabilito nei regolamenti di ateneo. In caso di valutazione negativa, la richiesta di attribuzione dello scatto può essere reiterata dopo che sia trascorso almeno un anno accademico. Nell'ipotesi di mancata attribuzione dello scatto, la somma corrispondente è conferita al Fondo di ateneo per la premialità dei professori e dei ricercatori. In caso di valutazione negativa ai sensi del comma 7, "i professori e i ricercatori sono esclusi dalle commissioni di abilitazione, selezione e progressione di carriera del personale accademico, nonché dagli organi di valutazione dei progetti di ricerca". Proprio per l'incidenza sulle commissioni di concorso nazionali e locali, l'ANVUR stabilisce criteri oggettivi di verifica dei risultati dell'attività di ricerca[44].

Per i professori universitari a tempo pieno è contemplata un'incentivazione economica (art. 1, co. 16, l. n. 230/2005). Può essere attribuita un'eventuale retribuzione aggiuntiva nei limiti delle disponibilità di bilancio in relazione agli impegni ulteriori di attività di ricerca, didattica e gestionale, oggetto di specifico incarico, nonché in relazione ai risultati conseguiti, secondo i criteri e le modalità definiti dal MUR. Per il personale medico universitario, in caso di svolgimento di attività assistenziali per conto del ssn, resta fermo lo speciale trattamento aggiuntivo previsto dalle vigenti disposizioni. L'art. 1, co. 16, condiziona dunque l'utilizzazione all'emanazione di un decreto ministeriale, ma giustamente gli atenei hanno scelto la via dell'autonomia[45], *restando fermo l'auspicio* – smentito per ora ampiamente – di consentire, per rispetto della pari opportunità, la partecipazione di quanti siano interessati, quando il frutto di tali attività è valutato ai fini della progressione

[44] V. la delibera n. 132 del 13 settembre 2016 secondo la quale, ai fini della partecipazione alle commissioni nazionali, occorre aver pubblicato almeno tre prodotti scientifici dotati di ISBN/ISSN o indicizzati su Wos o Scopus negli ultimi cinque anni, fermo restando i requisiti richiesti per far parte delle commissioni ASN; per la partecipazione alle commissioni locali si aggiunge al requisito precedente per i professori di I fascia il possesso dei requisiti relativi agli indicatori per far parte delle commissioni dell'ASN; per i prof. di II fascia e i ricercatori vale il possesso degli indicatori previsti rispettivamente per l'abilitazione ai ruoli di professore di I fascia e seconda fascia. Oppure in alternativa, con riferimento agli ultimi cinque anni, il soddisfacimento di almeno due criteri nell'ambito di una lista di titoli che sono gli stessi richiesti per partecipare all'abilitazione scientifica nazionale. Sulla genesi di tale intervento cfr. R. SANTUCCI, *Libertà di ricerca*, cit., 69 ss.

[45] V. ad esempio il regolamento per la costituzione e la disciplina del Fondo per la premialità dell'Università di Napoli Federico II d.r. n. 322 del 1° febbraio 2022.

ISSN 2036-7821

accademica. Anche in questi casi sarebbe opportuno un investimento in formazione: ne beneficerebbe la "professionalità", magari certificata, di quei docenti desiderosi di rivestire cariche istituzionali, che oggi si fonda, con risultati incerti, anche solo sulla capacità di ottenere il consenso degli altri docenti e/o la fiducia di organi di governo, senza la verifica di qualsiasi competenza o pregressa esperienza gestionale e organizzativa.

L'art. 18, co. 5, l. 240 stabilisce che la partecipazione ai gruppi e ai progetti di ricerca delle università, qualunque sia il finanziatore, e lo svolgimento delle attività di ricerca presso le università, sono riservati esclusivamente al personale universitario (in via prevalente). Sembra istituire un campo riservato per l'arricchimento del *curriculum*.

Di questa disciplina va evidenziato l'elemento positivo della valorizzazione dei meriti individuali, l'incentivo alla produttività scientifica e all'impegno didattico (non si capisce però perché limitato ai professori a tempo pieno). Attraverso questo sistema è possibile che gli atenei possano far passare nel merito didattico le nuove esigenze didattiche che da un po' di tempo si sono affacciate anche nei nostri atenei; gli atenei possono includere anche quelle attività per le quali sono poi valutati ed eventualmente premiati.

Gli aspetti negativi che possono derivarne riguardano la valutazione dell'attività gestionale: nel senso che costituiscono indicatore per la premialità anche gli incarichi conferiti *intuitu personae* con il rischio di evidenti discriminazioni. Sarebbe più equo, ma anche più conveniente, per l'ateneo che gli incarichi gestionali fossero attribuiti sulla base di avvisi pubblici e di criteri meritocratici piuttosto che di fidelizzazione ad un gruppo piuttosto che ad un altro. La convenienza è quella di poter attribuire incarichi gestionali al personale competente, che certamente farebbe progredire l'ateneo nelle attività individuate nei piani strategici o in quelle che sono sottoposte a valutazione o che sono necessarie per necessità degli studenti.

Tanto la parte gestionale quanto quella didattica dovrebbero sempre più essere orientate a mettere al centro lo studente piuttosto che il docente. Ciò è tanto più necessario nelle università italiane, oltre ovviamente alle scelte sugli indirizzi di studi da tarare anche su quelli finalizzati al progresso economico e sociale, dove si assiste ad un calo generalizzato di iscrizioni e a risollevare la posizione del nostro Paese rispetto a quelli europei, quanto a tasso di laureati.

Incide negativamente sulla professionalità dei docenti il fatto che le Università non predispongono (o buona parte delle stesse) di sistemi finalizzati ad accrescere le competenze sia didattiche, sia gestionali. La qualificazione del docente è rimessa alla sua iniziativa e, come avveniva in passato, alla considerazione che basti essere ordinario o associato nel settore perché si abbia una competenza generale in didattica o in gestione. Cioè vige ancora la vecchia idea, specie in materia didattica, che

ISSN 2036-7821

compito del docente sia soltanto quello di trasmettere il sapere laddove studi specialistici dimostrano l'arretratezza di tale idea, la scarsa capacità di incidenza nella crescita dello studente e nel creare figure in grado poi di contribuire alla crescita della società. Questo vale anche per la terza missione, per il trasferimento tecnologico (qui vi sono notevoli progressi) e anche per l'organizzazione delle attività scientifiche.
Questi profili mancano nella preparazione tanto dei professori in servizio, quanto dei ricercatori che fanno parte, a pieno titolo, della docenza universitaria.
Valorizzare gli aumenti retributivi facendo passare i docenti dallo statuto pubblicistico a quello privatistico non avrebbe risolto il problema, come qualcuno pensava, trascurando le difficoltà e le distorsioni che in materia si sono create per anni nella contrattazione collettiva integrativa dei dipendenti pubblici.
Per stimolare gli atenei bisognerebbe in qualche modo indirizzarli verso questa prospettiva che ha il pregio di valorizzare tante risorse presenti che spesso sono costrette ad impegnarsi soltanto in qualche attività.
Se si pensa che poi per quanto riguarda la ricerca, senza tornare sulle distorsioni prodotte nei settori bibliometrici, c'è questa forte valorizzazione delle riviste di classe A nei settori non bibliometrici: ecco che anche in questo la professionalità dei docenti (meglio: per una parte) è poco a cuore del sistema e risulta condizionata anche la libertà di ricerca. L'ideale sarebbe avere un sistema in cui le riviste siano accreditate come scientifiche (alla luce di una serie di criteri) con la valutazione della bontà degli articoli da parte degli organi deputati al referaggio, che dovrebbe essere fisiologico e controllato ad opera di un ente indipendente e autorevole.

7. *I ricercatori.*
La l. n. 240 del 2010 – come noto - ha soppresso definitivamente il ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato (anche se già la l. n. 230 del 2005, art. 1, co. 7 e co. 22, aveva previsto che solo fino al settembre 2013 sarebbero stati banditi concorsi per i ricercatori a tempo indeterminato) e ha introdotto la figura del ricercatore a tempo determinato, secondo un'impostazione fondata sul precariato strutturale. In particolare ha previsto due tipi di contratti di ricercatore, di tipo a) e b). Una rilevante differenza tra le due categorie di ricercatori universitari risiede, in primo luogo, nei diversi requisiti per stipulare i rispettivi contratti e, in secondo luogo, nel fatto che i ricercatori che usufruiscono di un contratto di tipo A non hanno direttamente accesso, nell'ambito della loro carriera, al posto di professore associato, mentre quelli che usufruiscono di un contratto di tipo B vi hanno direttamente accesso.
Tale impostazione di "precarizzazione" è stata fortemente criticata: per eliminare i vizi relativi ad una carriera carente quanto a verifica dell'operosità scientifica dei ricercatori a tempo indeterminato, si è passati ad un super precariato laddove si

ISSN 2036-7821

sarebbe potuta assicurare una seria valutazione in corso d'opera e rendere stabile una terza figura di docenza, molto utile per il perseguimento dei molteplici compiti universitari[46]. Oramai comunque bisogna fare i conti con quest'orientamento politico trasversale e legislativo, che ha ricevuto a fine del 2022 l'avallo quasi completo della Corte di Giustizia dell'Unione europea[47] secondo la quale le regole europee non impediscono a una normativa nazionale: "a) di consentire alle università di stipulare con i ricercatori contratti a tempo determinato di durata triennale, prorogabili di due anni al massimo, senza subordinarne la stipulazione e la proroga ad alcuna ragione oggettiva connessa ad esigenze temporanee o eccezionali, e ciò al fine di soddisfare le esigenze ordinarie e permanenti dell'università interessata; b) di fissare a dodici anni la durata complessiva dei contratti di lavoro che uno stesso ricercatore può stipulare, anche con università e istituti diversi e anche in modo non continuativo; c) di prevedere la possibilità, a determinate condizioni, di stabilizzare l'impiego dei ricercatori degli enti pubblici di ricerca che hanno stipulato un contratto a tempo determinato, ma che nega tale possibilità ai ricercatori universitari che hanno stipulato un contratto a tempo determinato; d) di consentire alle università che, in deroga, da un lato, alla regola generale applicabile a tutti i lavoratori pubblici e privati secondo la quale, a partire dal 2018, il limite massimo di durata di un rapporto a tempo determinato è fissato a 24 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, nonché, dall'altro, alla regola applicabile ai dipendenti della Pubblica amministrazione secondo la quale il ricorso a tale tipo di rapporti è subordinato all'esistenza di esigenze temporanee ed eccezionali, di stipulare con i ricercatori contratti a tempo determinato di durata triennale, prorogabili di due anni al massimo, senza subordinarne la stipulazione e la proroga alla sussistenza di esigenze temporanee o eccezionali dell'università di cui trattasi, e che permette anche, alla fine del quinquennio, di stipulare con la stessa o con altre persone un altro contratto a tempo determinato di pari tipologia, al fine di soddisfare le medesime esigenze

[46] V. ancora A. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, al quale si rinvia per le essenziali indicazioni bibliografiche. A queste sia consentito di aggiungere il rinvio al capitolo II di R. SANTUCCI, *op. cit.*, 53 ss., spec. 88 ss.

[47] V. sent. 15 dicembre 2022, n. 40, sez. VI, in cause riunite C-40/20 e c-173/20, su cui v. A. TROJSI, *La Corte di giustizia UE si pronuncia a favore della comparabilità tra ricercatori di ruolo e ricercatori a tempo determinato delle università*, in *DRI*, n. 1/2023, 560 ss.; Corte di giustizia UE, sentenza 3 giugno 2021, in causa n. C-326/19, secondo la quale la legge italiana che prevede la possibilità per le Università nazionali di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato di durata triennale, prorogabile una sola volta per due anni, per assumere ricercatori universitari esclude che tale contratto contrasti col diritto dell'Unione, perché è previsto per una durata predeterminata e prorogabile una sola volta, così soddisfacendo le condizioni stabilite dall'art. 5 dell'accordo quadro del lavoro a termine, allegato alla direttiva comunitaria. Un avallo completo della disciplina in materia è provenuto dalla Corte cost. (sent. n. 165/2020) che ha trovato un punto di equilibrio – fragile, come si desume dalle sentenze della Corte di Giustizia – tra le varie figure di ricercatore a tempo determinato e indeterminato e le rispettive discipline e *chance* "di passaggio" al ruolo dei professori.

ISSN 2036-7821

didattiche e di ricerca connesse al precedente contratto". L'unico aspetto, censurato dalla Corte di Giustizia, sulla base della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, è stato quello relativo al fatto di impedire ai ricercatori che hanno stipulato un contratto a tempo determinato di tipo A, anche qualora abbiano conseguito l'abilitazione scientifica nazionale, di essere sottoposti ad un'apposita procedura di valutazione per la chiamata nel ruolo dei professori associati nel caso in cui svolgano le stesse attività professionali e forniscano agli studenti gli stessi servizi di didattica dei ricercatori che hanno stipulato un contratto a tempo indeterminato, laddove a tali ricercatori è consentito.

8. (segue). *Le novità del d.l. n. 36/2022 conv. dalla l. n. 79/2022.*
Occorre esaminare le novità al riguardo che si sono avute con il d. l. n. 36/2022[48] (anche se è in atto una fase transitoria).
L'art. 24 della l. n. 240/2010 stabilisce che, per assumere ricercatori "nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, al fine di svolgere attività di ricerca, di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti, le università possono stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato" (comma 1). In particolare (comma 3) "il contratto di ricercatore a tempo determinato ha una durata complessiva di 6 anni e non è rinnovabile". Esso può prevedere il regime a tempo pieno o a tempo definito. L'impegno annuo complessivo per le attività di didattica, didattica integrativa e di servizio agli studenti è pari a 350 ore per il tempo pieno e 200 ore per il tempo definito (comma 4). Il contratto "stabilisce, sulla base dei regolamenti di ateneo, le modalità di svolgimento delle attività di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti nonché delle attività di ricerca" (comma 1).
È necessaria una procedura pubblica di selezione, disciplinata dalle università con proprio regolamento, nel rispetto dei principi enunciati dalla Carta Europea dei ricercatori (comma 2). L'art. 24 della l. n. 240 si premura tuttavia di indicare una serie di criteri. Per quanto riguarda i bandi si richiedono "informazioni dettagliate sulle specifiche funzioni, sui diritti e i doveri e sul relativo trattamento economico e previdenziale". Per quel che concerne i candidati, si limita l'ammissione alle procedure dei soli possessori del titolo di dottore di ricerca o titolo equivalente, ovvero, per i settori interessati, del diploma di specializzazione medica, nonché di eventuali ulteriori requisiti definiti nel regolamento di ateneo, con esclusione dei soggetti già assunti a tempo indeterminato come professori universitari di prima o di seconda fascia o come ricercatori, ancorché cessati dal servizio, nonché dei soggetti che abbiano già usufruito, per almeno un triennio, del contratto di ricercatore a tempo determinato (art. 2, co. 2, lett. b). Relativamente alla valutazione dei candidati

[48] Sulla quale v. A. BELLAVISTA, *La riforma del pre-ruolo universitario*, in *DML*, 2023, n. 1.

ISSN 2036-7821

questa deve essere espletata, con motivato giudizio analitico sui titoli, sul curriculum e sulla produzione scientifica, ivi compresa la tesi di dottorato, secondo criteri e parametri, riconosciuti anche in ambito internazionale, individuati con decreto del Ministro, sentiti l'ANVUR e il CUN (art. 2, co. 2, lett. c). Nelle more dell'emanazione del decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca (sentiti l'ANVUR e il CUN), si applicano i parametri e i criteri di cui al d. m. 28 luglio 2009 (adottato in attuazione dell'art. 1, co. 7, del d.l. n. 180/2008 conv. con mod. dalla l. n. 1 del 2009)[49]. Il decreto prevede una valutazione dei titoli che le commissioni dovranno effettuare analiticamente sulla base degli elementi, debitamente documentati, elencati espressamente dal decreto (art. 2). Sono dieci elementi, nove dei quali attengono alle attività di ricerca e uno relativo allo svolgimento di attività didattica a livello universitario in Italia o all'estero. La valutazione di ciascun elemento è effettuata considerando "la significatività che esso assume in ordine alla qualità e quantità dell'attività svolta dal singolo candidato".

Per la valutazione comparativa delle pubblicazioni scientifiche (art. 3) il decreto fissa i criteri (originalità, innovatività e importanza di ciascuna pubblicazione scientifica; congruenza di ciascuna pubblicazione con il ssd per il quale è bandita la procedura ovvero con tematiche interdisciplinari ad esso correlate; rilevanza scientifica della collocazione editoriale di ciascuna pubblicazione e sua diffusione all'interno della comunità scientifica; determinazione analitica, anche sulla base di criteri riconosciuti nella comunità scientifica di riferimento, dell'apporto individuale del candidato nel caso di partecipazione del medesimo a lavori in collaborazione); inoltre le commissioni devono valutare la consistenza complessiva della produzione scientifica del candidato, l'intensità e la continuità temporale della stessa (fatti salvi i periodi di allontanamento non volontario dall'attività di ricerca con particolare riferimento alle funzioni genitoriali). Nell'ambito dei SSD in cui se ne riconosce l'uso a livello internazionale le commissioni si avvalgono anche degli indici bibliometrici (numero totale delle citazioni, numero medio di citazione per pubblicazione, impact factor medio per pubblicazione, combinazione dei precedenti parametri finalizzati a valorizzare l'impatto della produzione scientifica del candidato).

Se si immagina e se è auspicabile che si arrivi al concorso dopo il dottorato di ricerca, possedere buona parte dei titoli previsti risulta alquanto difficile. Il decreto immagina che il concorso di ricercatore si svolga dopo un periodo di "precariato"

[49] Stranamente non si rinvia al d.m. 25 maggio 2011 n. 243 su *Criteri e parametri riconosciuti, anche in ambito internazionale, per la valutazione dei candidati destinatari dei contratti di cui all'art. 24 della legge n. 240/2010*, adottato previo parere anche dell'ANVUR. Questo decreto, oltre ad essere successivo alla l. n. 240 del 2010 e ad aver acquisito il parere anche dell'ANVUR, come richiesto anche dal nuovo disposto normativo, si differenzia non solo per una maggiore precisione con riguardo alle varie classi di criteri, ma anche perché non contiene la disposizione che impone alle commissioni di considerare titoli preferenziali il dottorato di ricerca, le attività svolte in qualità di assegnisti contrattisti.

ISSN 2036-7821

universitario: tanto è vero che impone di considerare titoli preferenziali, oltre al dottorato di ricerca, anche le attività svolte in quanto assegnisti di ricerca e borsisti post-dottorato. Oltre all'immaginazione quindi promuove, anche alla luce del contratto di ricerca introdotto dall'art. 22 della l. n. 240/2010 che prenderà il posto dell'assegno di ricerca, un "precariato" prima del pre-ruolo (a sua volta precario). Non è un buon abbrivio della nuova figura. Sarebbe stato più salutare, anche pensando al fatto che il reclutamento giovanile avviene dopo il dottorato di ricerca, reintrodurre, come avveniva un tempo, accanto alla valutazione delle pubblicazioni prove scritte e orali ben definite e limitare il ventaglio dei titoli.
In ogni caso nel d. m. sembra prevalere l'ottica della valutazione della ricerca e dei suoi aspetti collaterali rispetto al resto.
Rimane evidente un bisogno di formazione sin dall'inizio. Accanto al possesso del titolo di dottore di ricerca per intraprendere la carriera universitaria, il comma 1-bis valorizza chiaramente tale percorso imponendo a ciascuna università, nell'ambito della programmazione triennale, di vincolare risorse corrispondenti ad almeno un terzo degli importi destinati alla stipula dei contratti di ricercatore, in favore di candidati che per almeno trentasei mesi, anche cumulativamente, abbiano frequentato corsi di dottorato di ricerca o svolto attività di ricerca sulla base di formale attribuzione di incarichi, escluse le attività a titolo gratuito, presso università o istituti di ricerca, italiani o stranieri, diversi da quella che ha emanato il bando. Si potrebbe quanto meno preparare i dottorandi di ricerca allo svolgimento dell'attività didattica, con la frequenza di percorsi formativi che si stanno sempre più diffondendo nelle università per affrontare meglio le attività didattiche. Tale formazione dovrebbe assumere una consistenza maggiore per i neo-assunti ricercatori, soggetti ad una valutazione ancora più ampia. Dovrebbe riguardare le attività di terza missione, oltre che l'apprendimento di nozioni basilari finalizzate alla gestione e all'organizzazione dell'università. In questo modo, oltre all'utilizzazione nelle carriere accademiche, nel futuro si potrebbe avere una "dirigenza accademica" più consapevole dei contesti normativi, finanziari ed organizzativi delle università, nonché delle necessità della ricerca, della didattica e della terza missione

9. (segue). *Le regole speciali sul rapporto di lavoro: un pre-ruolo dal regime ibrido ma sostanzialmente pubblicistico.*
Il ricercatore è assunto con contratto subordinato a tempo determinato; nello stesso tempo è inserito nell'ambito del personale in regime di diritto pubblico (art. 3 d.lgs. n. 165/2001). È necessario chiedersi quali siano le regole applicabili al rapporto di lavoro. Per un primo verso, non c'è dubbio che si applichino le regole specifiche dettate dal legislatore (v. comma 3 e ss.) tra le quali emergono, per quanto in questa sede rileva, l'incompatibilità con qualsiasi "altro rapporto di lavoro subordinato

ISSN 2036-7821

presso soggetti pubblici o privati, con la titolarità di contratti di ricerca anche presso altre università o enti pubblici di ricerca, con le borse di dottorato e in generale con qualsiasi borsa di studio a qualunque titolo conferita da istituzioni nazionali o straniere, salvo il caso in cui questa sia finalizzata alla mobilità internazionale per motivi di ricerca"; la possibilità che i contratti prevedano il regime di tempo pieno o di tempo definito; l'impegno annuo complessivo per lo svolgimento delle attività di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti è pari a 350 ore per il regime di tempo pieno e a 200 ore per il tempo definito (co. 4); la progressione di carriera e l'inquadramento nel ruolo dei professori è fissato dai co. 5 e 5-bis con il richiamo anche ai regolamenti di ateneo; f) il trattamento annuo lordo onnicomprensivo è "pari al trattamento iniziale spettante al ricercatore confermato a tempo pieno elevato al massimo del 30%" (co. 8); il contratto (insieme a quello di ricerca) non dà luogo a diritti in ordine all'accesso al ruolo (in ogni caso costituisce titolo preferenziale nei concorsi per l'accesso alle pubbliche amministrazioni) (co. 9); l'attività di didattica, di ricerca e di terza missione svolta dai ricercatori "concorre alla valutazione delle politiche di reclutamento svolta dall'ANVUR, ai fini dell'accesso alla quota di finanziamento premiale a valere sul Fondo per il Finanziamento ordinario delle università ai sensi dell'art. 60, co. 01, del d.l. n. 69/2013 conv. con modif. dalla l. n. 98/2013 (co. 9-quater).

Mancano importanti parti della disciplina, che quindi deve ricomporsi con uno sforzo interpretativo, ricordando anche che l'art. 29, co. 1, lett. d), del d.lgs. n. 81/2015 esclude espressamente dall'applicazione del proprio capo III, in quanto già regolato da specifiche discipline, "d) i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della l. n. 240/2010". Si dovrà fare riferimento alle fonti pubblicistiche applicabili al personale di ruolo[50] e a quelle dettate in generale dalla Direttiva 1999/70/CE - Accordo quadro sul contratto a termine[51]. Del resto il circuito pubblicistico è quello prevalente dal momento che il regolamento di ateneo è centrale per la definizione delle modalità di svolgimento delle attività di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti nonché delle attività di ricerca (art. 24, co. 1)[52]. In materia di formazione un riferimento sicuro è l'art. 7, co. 4, del d.lgs. n. 165/2001 secondo il

[50] Per l'esercizio del potere disciplinare è evidente che, non essendoci contratto collettivo, le regole si ricavino dalla disciplina applicabile ai ricercatori di ruolo, dal momento che si fa anche riferimento a questa per la retribuzione. Per professori e ricercatori universitari l'art. 10, co. 3, della l. n. 240/2010 dispone che, per quanto non specificamente previsto, "il procedimento disciplinare avanti al collegio è disciplinato dalla normativa vigente", riferendosi alla specifica normativa applicabile ai *professori* e ai *ricercatori universitari*, dettata dall'art. 12 della l. n. 311 del 1958 e dagli artt. 87 ss. del r.d. n. 1592/1933, oltre che dal d.P.R. n. 3 del 1957, in quanto compatibili. Tale regolamentazione risulta in parte ancora in vigore, sia pure con le modifiche introdotte dapprima dalla l. n. 189/2006 e poi dalla l. n. 240/2010. V. Cons. Stato sez. VII, sent., 9 febbraio 2023, n. 1426. In argomento v. L. FERLUGA, ***op. cit., 362 ss.*** Per le controversie la competenza è del giudice amministrativo (art. 63, co. 4, del d.lgs. n. 165/2001).

[51] V. le sentenze della Corte di giustizia citate nella nota 47.

[52] Per un diverso orientamento v. A. TROJSI, *op. ult. cit.*, 560 ss.

ISSN 2036-7821

quale le amministrazioni pubbliche "curano la formazione e l'aggiornamento del personale (…), garantendo altresì l'adeguamento dei programmi formativi, al fine di contribuire allo sviluppo della cultura di genere della pubblica amministrazione".

10. (segue) *La progressione professionale del ricercatore.*
L'art. 24, co. 5, scandisce le fasi della progressione professionale dei ricercatori. Nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, "a partire dalla conclusione del terzo anno e per ciascuno dei successivi anni di titolarità del contratto, l'università valuta, su istanza dell'interessato, il titolare del contratto stesso, che abbia conseguito l'abilitazione scientifica nazionale di cui all'articolo 16, ai fini della chiamata nel ruolo di professore di seconda fascia, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera e). La valutazione si svolge in conformità agli standard qualitativi riconosciuti a livello internazionale, individuati con apposito regolamento di ateneo nell'ambito dei criteri fissati con decreto del Ministro (...). In caso di esito positivo della valutazione, il titolare del contratto è inquadrato nel ruolo di professore di seconda fascia". La valutazione, come già detto, deve prevedere in ogni caso lo svolgimento di una prova didattica nell'ambito scientifico disciplinare di riferimento (co. 5-*bis*).
Bisogna vedere cosa stabilirà il decreto ministeriale. In ogni caso sembra evidente che la valutazione debba essere incentrata su didattica, ricerca e terza missione e sulla prova didattica. Il d. m. precedente 4 agosto 2011 (Criteri per l'individuazione degli standard qualitativi riconosciuti a livello internazionale per la valutazione dei ricercatori titolari dei contratti di tipo b *ex* art. 24, co. 5, l. n. 240/2010) determina l'oggetto della valutazione con riguardo all'attività didattica, all'attività didattica integrativa e di servizio agli studenti e alle attività di ricerca, per la valutazione dei ricercatori titolari dei contratti di tipo b. Entra nel dettaglio sulla valutazione delle attività delegando ai regolamenti di ateneo i quali però devono avere riguardo ad alcuni aspetti: per l'attività didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti si deve tener conto del numero dei corsi tenuti e continuità della tenuta degli stessi; esiti della valutazione da parte degli studenti etc. (art. 3). Per la valutazione dell'attività di ricerca scientifica, oltre ai criteri relativi alla valutazione delle pubblicazioni scientifiche analoghi a quelli utilizzabili nel momento dell'accesso, si deve tener conto a) organizzazione, direzione e coordinamento di gruppi di ricerca nazionali e internazionali, ovvero partecipazione degli stessi; b) conseguimento della titolarità di brevetti; c) partecipazione in qualità di relatore a congressi e convegni nazionali e internazionali; d) conseguimento di premi e riconoscimenti nazionali e internazionali per le attività di ricerca (art. 4). Inoltre il co. 4 stabilisce che "sia oggetto di specifica valutazione la congruità del profilo scientifico del ricercatore con le esigenze di ricerca dell'ateneo nonché la produzione

ISSN 2036-7821

scientifica elaborata successivamente alla data di scadenza del bando in base al quale ha conseguito l'asn, in modo da verificare la continuità della produzione scientifica; nella valutazione della congruità gli atenei si avvalgono di criteri e parametri coerenti con quelli previsti dal decreto di cui all'art. 16, co. 3 lett. a, della l. n. 240/2010 potendo altresì prevederne un utilizzo più selettivo.
Se si tiene conto di quanto stabilito dalla legge e quanto previsto dal precedente d.m. sembra evidente che la valutazione della gestione, quando non sia collegata all'attività didattica integrativa o alle altre attività di terza missione, non entri nella valutazione. I regolamenti delle università hanno spazio regolamentare ma nell'ambito delle attività previste dalla legge e del regolamento. La novità è il riferimento indiretto alla terza missione, che rientra nella valutazione dell'ateneo ma non necessariamente nella progressione dei ricercatori. Questo aspetto è delicato perché – come la stessa denominazione della figura indica – i ricercatori devono fare ricerca e didattica (una volta solo ricerca) e la gestione potrebbe distrarre dai compiti principali e favorire chi punti su tali funzioni atipiche della docenza. Ciò non esclude che i regolamenti universitari possano prevederla ma dovrebbe essere solo quella collegata alle attività di terza missione, e non quella strettamente "organizzativa" (ad esempio la delega al personale, al bilancio, al patrimonio). Questo tipo di attività potrebbe essere compensata utilizzando il fondo premiale.
Anche qui – e ancora più fortemente – la domanda è se ci siano percorsi di formazione per i ricercatori o s'immagina che, come una volta e causalmente, si formino imitando i loro referenti nel settore, con lo sguardo verso l'insoddisfacente passato, e con la conseguenza di accrescere la soggezione inaugurata dalla tipologia a termine del contratto?

11. *La professionalità nel cortocircuito tra ipertrofismo burocratico, valutazioni quantitative e microfisiche di potere politico e/o accademico. La libertà, la qualità scientifica e didattica e il diritto alla formazione dei docenti: le ancore di salvezza (bisognava dirlo?).*
La professionalità dei docenti universitari deve essere pluridimensionale, ma in proporzioni diverse. La ricerca deve occupare il primo posto. Qui c'è il problema della sua valutazione, risolto in modo insoddisfacente nel nostro ordinamento con la presenza di un organismo "non indipendente", non in grado di garantire le valutazioni approfondite che svolgono le comunità scientifiche, e con l'uso prevalente di indici quantitativi con la svalutazione anche del metodo del *peer review*. Purtroppo, quest'orientamento legislativo, per combattere il familismo accademico (la padella), cade nella valutazione casuale e falsa nei presupposti della produzione quantitativa e del sorteggio, sottraendola in buona parte all'occhio competente della comunità scientifica (la brace).

ISSN 2036-7821

Per quanto concerne gli altri aspetti c'è scarsa attenzione alla formazione scientifica sulle dimensioni richieste. Specie nel campo didattico le università richiedono metodologie nuove o attenzione per l'internazionalizzazione o la terza missione o la cura dei servizi per gli studenti. Ma non sono altrettanto assicurate per un verso la formazione scientifica per queste dimensioni dell'attività della docenza, né le università garantiscono pari opportunità per partecipare alla realizzazione delle iniziative in materia. Quindi le risorse economiche e l'arricchimento professionale sono disponibili solo per coloro che se ne fanno carico autonomamente ovvero sono scelti "a prescindere", dal potere accademico.

Le cose così non vanno bene e le negatività sono visibili. Si potrebbero accrescere le *performance* di docenti e università, cercando di contribuire all'inversione della disaffezione nei confronti della formazione superiore e partecipare più ampiamente all'edificazione di studenti/persone in grado di interfacciarsi con il contesto economico e sociale, costituendo una vera risorsa per il territorio.

Circa cinque anni fa espressi (in buona compagnia) tale valutazione: "l'ordinamento mostra debolezze regolamentari nei confronti sia della politica, sia dei poteri accademici e, lungi dal porsi in funzione «anti-baronale», è spesso in rotta di collisione con i principi costituzionali, così come interpretati anche dalla giurisprudenza costituzionale, e alimenta un circuito caratterizzato da rischi di derive autoritarie e baronie locali di gestione di potere accademico, che travalica il governo scientifico dei settori disciplinari, anche al di là dei meriti scientifici necessari". Credo che tale valutazione, con qualche attenuazione, sia tuttora attuale perché è la strutturazione sistemica introdotta dalla l. n. 240 del 2010, che contiene il virus, insieme ad altri, che ancora circola nelle università. Si ritiene che le comunità scientifiche – perché autoreferenziali - debbano essere messe sotto tutela se non marginalizzate con l'ingresso di esperti esterni o con il prevalere di organi pubblici non indipendenti dal potere politico; è stata spianata la strada alla prevalente precarizzazione della figura del ricercatore universitario e alla frammentazione delle figure assistenziali, che hanno consentito, in situazione di forte contrazione degli investimenti, di reggere le offerte formative. Ciò ha aperto la strada a condizionamenti tipici da precariato nello svolgimento del rapporto di lavoro. Inoltre, paradossalmente, nelle procedure di assunzione (valutazione comparativa) le università possono stabilire autonomamente criteri e procedure, che hanno esaltato il più delle volte i poteri di *lobby* accademiche, orizzontali e trasversali, attenuati dalla direttiva ministeriale che impone i criteri dell'ANAC (ma l'ha dovuto affermare la giurisprudenza). Con il d.l. n. 36 del 2022 si riduce la frammentazione della figura del ricercatore, introducendo un contratto con più tempo a disposizione, ma non si rimedia in modo ragionevole all'errore strategico di un percorso precario per chi voglia intraprendere la carriera universitaria, laddove esistono altre tecniche per

ISSN 2036-7821

conservare il posto a chi veramente merita e allontanare chi invece non abbia ben utilizzato il periodo di prova.

Il discorso è più ampio di quello sulla professionalità, ma questo può considerarsi paradigmatico di squilibri, disorganicità e disattenzione per i bisogni nuovi delle università e delle loro comunità che necessitano di *servizi formativi* articolati e strutturati, erogatori di formazione certificata, per stare al passo dei tempi. Questa visione, a parere di chi scrive, fa risaltare tanto l'interesse della "autentica" docenza universitaria quanto degli studenti. E le voci di dentro sanno quanto l'università abbia bisogno di linfa rinnovata. Poiché non c'è da aspettarsi granché dall'iniziativa politica, i docenti universitari dovrebbero pretendere, organizzandosi anche attraverso le loro organizzazioni professionali, livelli essenziali di statuto giuridico, comprensivo del diritto alla formazione, che indirettamente gioverebbero anche all'innalzamento del livello di preparazione degli studenti e del servizio che ciascuna università svolge per il territorio e per il suo progresso economico e sociale.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Interpretazione dottrinale ed interpretazione giurisprudenziale dell'abuso d'ufficio: le due culture

di Vito Mormando

(Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")

Sommario

1. Introduzione. 2. Cenni su fattispecie simboliche ed effettive esigenze di tutela. – 3. Breve ricostruzione storica delle evoluzioni legislative dell'art. 323 c.p. – 4. Conclusioni.

Abstract

Art. 323 c.p. is crossed by two different levels: on the one hand the need to have in the system a disposition capable of criminalizing the exploitation of the functional powers of the public, which operates beyond the typical corruption hypotheses; and on the other the need to limit the power of the Public Prosecutor on administrative activity. From here a complex and articulated series of legislative interventions has developed over the years aimed at typifying the provision in ever more stringent terms, in the face of the symmetrical jurisprudential pronouncements which have determined the constant over-coming of the relative exegetical limits. A so-called attitude has taken root in public administrators known as "fear of the signature", with consequent serious slowdown of the administrative machinery: a very alarming phenomenon, which has seriously limited the development and operational prospects of the bureaucratic-administrative apparatus, with indisputable serious economic and social damage. To solve the problem, a solution must first be found to the problem of reconstruction and remodulation of the in-ternal controls and internal regulations of the public administration, looking at crimes against the public administration, both in the form of crimes committed by public officials against public and private administration, in an overall perspective, with an overall criminological vision and, above all, with a common and transversal perspective and approach in terms of legislative technique.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Le relazioni che hanno preceduto il mio intervento mi impongono non solo di rivedere lo schema, che avevo preparato, ma anche e soprattutto di riorganizzare radicalmente le mie riflessioni, non senza, tuttavia, non ricordare l'attualità del contributo allo studio dei reati contro la pubblica amministrazione, contenuto nel libro sul sindacato del giudice penale[1] dell'indimenticabile e carissimo Maestro Gaetano Contento.

Per entrare direttamente nel tema, che mi è stato assegnato dalla Collega Annamaria Angiuli, che ringrazio del cortese invito a questo importante seminario di studi su "Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione" desidero subito evidenziare, che la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. è attraversata da due differenti piani: da un lato la necessità di avere nel sistema una disposizione capace di criminalizzare la strumentalizzazione dei poteri funzionali dei pubblici, che operi aldilà delle tipiche ipotesi corruttorie; e dall'altro l'esigenza di limitare il potere di sindacato penale del P.M. sull'attività amministrativa.

Di qui si è sviluppata nel corso degli anni una complessa ed articolata serie di interventi legislativi [2] finalizzati a tipizzare, in termini sempre più stringenti la disposizione *de qua*, a fronte dei simmetrici arresti giurisprudenziali che [3], ne hanno determinato il costante superamento dei relativi limiti esegetici [4].

E tuttavia, a fronte dei numerosi correttivi giurisprudenziali – l'ultimo dei quali è contenuto nella notissima decisione "Fidelbo" – si è consolidato, nel corso degli anni, un particolare dato statistico [5] nel quale i processi per abuso di ufficio, che si sono

---

* Testo, rivisto e integrato con l'inserimento delle note, della relazione presentata al convegno "Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione" – Università degli Studi di Bari Aldo Moro – Dipartimento di Giurisprudenza – 31 gennaio 2023.

[1] G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979.

[2] B. ROMANO, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 1 definisce l'abuso di ufficio come la fattispecie «che più ha sofferto l'interventismo del legislatore italiano»; si è esplicitamente fatto uso della locuzione «tormentata storia normativa» in M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2013, p. 296.

[3] M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*, Milano, 2019, p. 351.

[4] Di «disarticolazione del testo per via esegetica» parla M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *www.penaledp.it*, 10 agosto 2020, p. 3; sul punto, anche A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23 ottobre 2020, p. 2; V. VALENTINI, *La difesa dell'abuso d'ufficio. Ancora un ritaglio selettivo* ex lege *120/2020*, in *disCrimen*, 2 gennaio 2021, p. 2.

[5] Si vedano i dati riportati nell'articolo, a riguardo, su *Il sole 24 ore* del 13 dicembre 2022; sul punto anche C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2023; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, p. 136 sulla «vistosa forbice tra procedimenti penali avviati e condanne pronunciate per lo stesso» per poi rilevare come il divario numerico sembri ascrivibile non tanto alla indeterminatezza della fattispecie, quanto «ad una scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di

ISSN 2036-7821

conclusi con l'affermazione di responsabilità dell'imputato sono in numero assai ridotto, rispetto alle iniziative delle Procure della Repubblica.
Ciononpertanto si è radicato negli amministratori pubblici un atteggiamento c.d. "difensivo" noto come "paura della firma", con conseguente grave rallentamento della macchina amministrativa: un fenomeno assai allarmante, che ha limitato gravemente le prospettive di sviluppo ed operatività dell'apparato burocratico-amministrativo, con indiscutibile grave nocumento di carattere economico e sociale.
A fronte del sostanziale simbolismo della norma e della sostanziale non tenuta delle contestazioni, la mera insorgenza del procedimento penale e la fatale quanto insopportabile propalazione mediatica delle iniziative dei PP.MM ha radicato il convincimento della assoluta necessità di un intervento legislativo finalizzato alla radicale abrogazione dell'art. 323 c.p., per consentire una più efficace ed efficiente ripartenza della macchina amministrativa[6].

2. *Cenni su fattispecie simboliche ed effettive esigenze di tutela.*
In realtà, vale la pena di precisare, che non si tratta di un caso isolato, ma da un lato esistono numerose fattispecie penali relegate nel *limbo del simbolismo*; dall'altro vi è un altro importante settore caratterizzato dal medesimo *scarto* tra *iniziative giudiziarie* ed *effettiva tenuta* delle contestazioni: si pensi, ad esempio, ai processi per colpa medica.
In relazione al caso da ultimo indicato esiste un *doppio scarto* tra la modestissima tenuta dei processi penali e quella più congrua dei giudizi civili, che ha nel corso degli anni originato la c.d. "medicina difensiva" che in forme differenti produce gli stessi effetti della c.d. "paura della firma"; senza che, tuttavia sia stata mai, anche solo ipotizzata, una elisione della colpa penale-professionale.
In relazione, invece, alla prima ipotesi di lavoro, si pensi, al reato di turbata libertà degli incanti, o all'ipotesi di astensione dagli incanti di cui all'art. 354 c.p.: la prima ha avuto un'applicazione assai modesta e caratterizzata dallo slargamento interpretativo del concetto di "gara", così da farvi rientrare, anche la trattativa privata; la seconda è stata completamente pretermessa, cosicché è praticamente

reato oltreché delle indagini preliminari»; riflessione riproposta in M. GAMBARDELLA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, p. 83.

[6] Sul tema, tra i tanti, S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 250; P. SEVERINO, *Un ostacolo da combattere. La burocrazia difensiva*, in *La Repubblica*, 30 maggio 2020; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, pp. 293 ss; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 14 settembre 2020; A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. pen.*, 17 dicembre 2020; S. BATTINI, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4, pp. 494 ss; V. MANES, *Burocrazia difensiva, molte cause e poche condanne ma l'abuso d'ufficio frena la PA*, ne *Il sole 24 ore*, 15 luglio 2020; A. PAGLIARO, *Per una riforma delle norme sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 535 ss. in tema di paralisi dell'amministrazione.

ISSN 2036-7821

impossibile trovare decisioni tanto della giurisprudenza di merito, che della Suprema Corte. E pure si tratta di una disposizione, per la quale si poteva immaginare un vissuto applicativo certamente diverso, attesa la possibilità, ad avviso di scrive, di coniugare il citato art. 354 c.p. con la disciplina antitrust e con la normativa in materia di intese restrittive della concorrenza.
Un dato è pacifico: la turbata libertà degli incanti e l'astensione dagli incanti sono «microsistemi», che presentano uno scarto impressionante tra le *chances* di tutela, le iniziative dei Pubblici ministeri e l'effettiva tenuta nei vari gradi delle imputazioni.

3. *Breve ricostruzione storica delle evoluzioni legislative dell'art. 323 c.p.*
In tema di abuso di ufficio, però, è difficile avere una propria precisa e autonoma visione in ordine alla necessità o anche solo all'opportunità, che la disposizione resti nell'ordinamento penale[7].
Si può provare a fare un lavoro a ritroso, muovendo da una prospettiva diversa e, in particolare, da due momenti storici: l'entrata in vigore del codice Rocco e gli anni Novanta, con precipuo riferimento alla riforma del 1997, che ha visto nascere doglianze che la fattispecie ha tratto e porta ancora con sé[8].
Nel codice penale del 1930[9], l'abuso di ufficio si presentava come una *norma di chiusura*[10], che la dottrina aveva efficacemente stigmatizzato come *compressa* tra le

[7] A tal proposito, non poche sono state le critiche formulate dalla dottrina nei confronti dell'ultima novella che ha riscritto l'abuso di ufficio nel 2020. Si vedano, tra i tanti, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web.*, 28 luglio 2020, p. 8, che definisce la riforma come una «assurdità legislativa» e, ancora, in una *climax* ascendente, la qualifica quale «ircocervo dalle fattezze mostruose»; a «una riforma imperfetta» – termine che, per l'Autore, è comunque un eufemismo – fa riferimento aspramente sempre PADOVANI T., *Una riforma imperfetta*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 121 ss; in passato anche A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 2, pp. 1405 ss; sulla portata risolutiva dell'abrogazione v. L. STORTONI, *Intervento*, in A.R. CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 117; G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma "svuota" il reato*, in *Guida al dir.*, 8 agosto 2020, 34/35, p. 30; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020, p. 12; S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, pp. 13 ss. per poi meglio specificare la sua posizione in apertura dello scritto S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme a Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020.

[8] A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 13, che rileva come il senso dei rimaneggiamenti della fattispecie in esame possa essere colto solo per il tramite di una riflessione sull'evoluzione storica della fattispecie.

[9] In tema di abuso innominato di ufficio, per come formulato nel codice Rocco, si vedano, tra i tanti: E. CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 187 ss; A. TESAURO, *Sull'abuso generico di ufficio*, in *Foro pen.*, 1950, cc. 569 ss; F. BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 985 ss; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, pp. 271 ss; F. INFANTINI, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, pp. 1 ss; S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti di ufficio*, in *Il Foro it.*, 1984, 6, cc. 342 ss; B. ROMANO, *L'abuso innominato nell'originario art. 323 c.p.*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

[10] S. SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti di ufficio*, *op. cit.*, p. 348.

ISSN 2036-7821

«colonne d'Ercole»[11] dell'interesse privato in atti d'ufficio e del peculato.
Il legislatore, infatti, aveva immaginato un sistema di controllo, che (i) muoveva dal peculato e, in particolare, dal peculato tanto per appropriazione che per distrazione, per (ii) svilupparsi con la disposizione di cui all'art. 324 c.p., che tipizzava l'interesse privato in atti di ufficio finalizzato a sanzionare il pubblico agente che prendeva un interesse privato – e si sottolinea l'uso del termine «prendere»[12], tale da orientare l'interprete in senso diverso rispetto all'«avere» – per (iii) chiudersi con la fattispecie di abuso innominato[13].
Questo apparato normativo ha fatto emergere la residualità delle pronunce in materia di abuso di ufficio e anche il ridotto numero di indagini per abuso d'ufficio; la disposizione presentava, cioè, una sua dimensione interpretativa e applicativa assolutamente coerente con il programma di tutela che quella disposizione aveva, che a quella norma il legislatore del 1930 aveva assegnato, in un lavoro sistematico di coordinamento con le altre due fattispecie menzionate.
La fisionomia è cambiata quando si è inteso approcciare alla materia della pubblica amministrazione non con una visione generale ed all'interno di un progetto complessivo e organizzato, ma con interventi rapsodici e disorganici, eliminando l'interesse privato e il peculato per distrazione atteso il rischio che, condotte attraverso le quali si assegnava ai beni della P.A. una finalità differente, ancorché sempre di natura pubblico-istituzionale, avrebbero potuto rientrare all'interno delle ipotesi di distrazione.
Questo approccio ha condotto a una trasformazione dell'abuso di ufficio, che è diventato il "procuratore speciale" del peculato e dell'interesse privato in atti di ufficio[14]; in altri termini, sull'abuso di ufficio sono ricadute le *chances* di tutela, le *chances* di protezione, le *chances* di controllo dell'attività della pubblica amministrazione, che prima erano presidiate, sia pure con dei limiti, con delle incertezze e con le incoerenze, dalle due fondamentali fattispecie, quali l'interesse

[11] T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 L. 16/7/1997 n. 231*, in *Leg. pen.*, 1997, pp. 741 ss.
[12] Sulle fasi evolutive attraversate dall'art. 324 c.p., con particolare riferimento al significato da attribuire ai termini «prendere» e «privato» si veda la ricostruzione in A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, pp. 244 ss; sul punto anche A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio. Legge 26 aprile 1990 n. 86, art. 13*, Milano, 1995, pp. 62 ss.
[13] P. PISA, *Abuso di ufficio*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiorn. vol I, Roma, 1995, p. 1; T. PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1046.
[14] A. MANNA, *Luci ed ombre*, *op. cit.*, p. 14 sul fenomeno espansivo di cui è stata protagonista la fattispecie di abuso di ufficio dopo la riforma del 1990, quella che per Pagliaro aveva portato alla creazione di un «gigantesco contenitore» (A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, *op. cit.*, p. 1405); D. GENTILE, *La tormentata storia dell'abuso d'ufficio: evoluzione normativa, derive attuali e criticità sistemiche*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione*, *op. cit.*, p. 145 sul rilevo della consegna, a seguito della riforma dell'abuso di ufficio, di enormi poteri agli organi giudicanti.

ISSN 2036-7821

privato in atti di ufficio e il peculato per distrazione[15].
Questa attività di *rimodulazione normativa* ha certamente avuto ripercussioni sotto il profilo applicativo e, nella prassi, l'abuso di ufficio ha finito per essere la norma più frequentata dalla giurisprudenza.
Se, da un lato, nel codice Rocco, l'abuso di ufficio era quasi sempre contestato in concorso con altre disposizioni (si pensi al falso); dagli anni Novanta, la disposizione ha finito per diventare una norma in grado di sanzionare la strumentalizzazione dei poteri funzionali dei pubblici agenti, verso finalità di natura privata.
Di qui la diffusa ed autonoma contestazione di fatti di abuso di ufficio e la necessità di interventi di volta in volta finalizzati alla perimetrazione della fattispecie *de qua*, sia sul terreno della tipicità oggettiva, che rispetto al coefficiente psicologico.
L'ultimo intervento legislativo sembrava destinato ad essere definitivo, avendo il legislatore individuato nettamente che la condotta deve essere intenzionalmente diretta alla violazione di norme di legge ordinaria e deve avere determinato la c.d. "doppia ingiustizia".
E pure nonostante la chiarezza del testo normativo sono subito affiorate decisioni come quelle riportate in aperture del mio intervento, che invece aprono ad una possibile e legittima integrazione della legge ordinaria, con quella regolamentare, tutte le volte in cui quest'ultima possa essere ritenuta integratrice della prima.
Si tratta, evidentemente, di una interpretazione pacificamente additiva, che muove da un distorto utilizzo dei caratteri e dei parametri della interpretazione estensiva e che determina il superamento del limite esegetico della più recete riformulazione dell'abuso di ufficio, rendendo *inutiliter data* la modifica legislativa [16].

---

[15] Sulle riforme intervenute nel 1990 e nel 1997, si veda, a titolo esemplificativo, tra i tanti, C.F. GROSSO, *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?*, in *Cass. pen.*, 1991, 7, pp. 1298 ss; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 815 ss; T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 1989, pp. 76 ss; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione dopo la riforma*, in AA. VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, *Quaderni del CSM*, 1992, pp. 189 ss; C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, pp. 291 ss; C. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in B. ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, *op. cit.*, pp. 15 ss; A. PAGLIARO, *Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1, pp. 501 ss; A. PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 1394 ss; A. MANNA, *Luci ed ombre*, *op. cit.*, pp. 13 ss; M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, Padova, 1998; C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio*, Padova, 1998; G. RUGGIERO, *Abuso di ufficio*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, pp. 345 ss; V. MANES, *Abuso di ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Il Foro it.*, 1998, cc. 390 ss; S. SEMINARA., *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 1251 ss; G. CONTENTO, *La riforma dell'abuso di ufficio: violazione di legge ed eccesso di potere*, in G. SPAGNOLO (a cura di), *Scritti 1964-2000*, Bari, 2002, pp. 612 ss.

[16] La giurisprudenza, d'altronde, evidenzia con nettezza l'autonomia dell'accertamento penale rispetto al sindacato del giudice amministrativo: «La sentenza affronta la questione che attiene alla possibilità di qualificare illegittimo un atto amministrativo in conseguenza di condotte di reato accertate in capo a dipendenti dell'amministrazione anche se nessuna responsabilità è emersa quanto al destinatario (beneficiario degli effetti) e all'organo cui se ne deve l'adozione. Rifiutata una concezione pan-penalistica, per la quale all'accertamento del

ISSN 2036-7821

E, allora, il problema non si radica più sui principi, sulla essenzialità o meno di una disposizione incriminatrice, ma si radica sulla distorsione interpretativa della fattispecie, sull'ampliamento per via esegetica del perimetro applicativo dell'abuso di ufficio: il risultato è stata la creazione di una nuova fattispecie-giurisprudenziale[17], dal perimetro e dagli scopi di tutela assai diversi da quelli voluti da legislatore ed efficacemente stigmatizzati dalla dottrina [18].

4. *Conclusioni.*

A mio avviso è tuttavia necessaria una riflessione complessiva, nella convinzione

---

reato segue l'automatica illegittimità dell'atto amministrativo che ne sia stato mezzo esecutivo (come nel caso del reato di abuso d'ufficio, ex art. 323 Cod. pen. o di corruzione, ex art. 317 Cod. pen.) ovvero oggetto (come nel caso del reato di turbata libertà degli incanti), va ammesso, invece, l'autonomo apprezzamento della legittimità dell'atto alla luce dei vizi enunciati dall'art. 21-octies l. 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143). La concezione atomistica dei rapporti tra atto amministrativo e reato, siccome impone l'autonomo ed oggettivo riscontro dell'illegittimità del provvedimento amministrativo alla luce dei noti vizi di invalidità, rende irrilevante, da un lato, che il beneficiario dell'atto sia rimasto estraneo alla condotta criminale (ed assolto da ogni reato, ovvero ne sia stata archiviata la posizione), e, dall'altro, che l'organo che lo ha emanato fosse all'oscuro del turbamento intervenuto nella regolare formazione della sua stessa volontà». (Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3583).

[17] I principali problemi posti dall'art. 323 c.p. si possono identificare, da un lato, nella considerazione o meno dell'eccesso di potere quale elemento costitutivo della fattispecie e, dall'altro, nella possibilità per l'art. 97 Cost. di rilevare come norma precettiva o programmatica ai fini dell'incriminazione *ex* art. 323 c.p. Si rimanda, a titolo esemplificativo, con riferimento particolare alla formulazione della fattispecie post-riforma del 1997 e con riguardo alle problematiche su espresse, alle sentenze: Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, n. 887; Cass. pen., sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12793; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 1998, n. 12238; Cass. pen., sez. VI, 10 dicembre 2001, n. 1229; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 31895; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1761; Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 27453; Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155; Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373; Cass. pen., sez. VI, 20 luglio 2019, n. 27585. Sulla posizione della giurisprudenza, dopo la novella del 2020, e sulle tendenze esegetiche ampliative, si veda, Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 2020, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136; Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2022, n. 13139 e Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2022, n. 23794; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402.

[18] Senza che ciò appaia contraddittorio con quanto appena evidenziato *supra, sub* nota [16], se è vero che il giudice amministrativo conserva (doverosamente) la sua autonomia sul sindacato dell'atto amministrativo rispetto al giudice penale, è altrettanto vero che, quando la rilevanza penale della condotta è – per così dire – un mero presupposto dell'atto amministrativo, sottratto al diretto vaglio del giudice naturale, allora lo slabbramento della fattispecie in sede penale si riverbera immediatamente in sede extra-penale. Così, esemplificativamente, TAR Firenze (Toscana), 14 maggio 2021, n. 713: «Il rinvio a giudizio del legale rappresentante di una società concorrente, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dall'art. 80 del D.lgs. 50/2016, può incidere sulla moralità professionale dell'impresa (T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 febbraio 2020 n. 203) e non occorre una motivazione particolare per disporre l'esclusione quando le condotte ascritte al legale rappresentante (per i reati di turbativa d'asta e abuso d'ufficio) sono suscettibili *ictu oculi* di incidere sulla trasparenza e l'imparzialità delle procedure di gara e, quindi, sull'affidabilità dell'impresa mentre spetta a quest'ultima dimostrare l'estraneità dell'interessato ai fatti ascrittigli. E' invece obbligo della stazione appaltante valutare le misure di self cleaning adottate dalla società concorrente in epoca antecedente all'indizione della gara al fine di prevenire successivi eventi in grado di incidere sulla sua affidabilità professionale e tale valutazione non può essere effettuata solo in sede processuale con memoria difensiva. Le argomentazioni in essa contenute non possono infatti essere prese in considerazione perché costituiscono inammissibile motivazione postuma del provvedimento amministrativo».

ISSN 2036-7821

della inutilità e della pericolosità di interventi rapsodici privi di una visione d'insieme.

La pubblica amministrazione ha bisogno di una rivisitazione complessiva e organica, che riesamini e affronti anche l'apparato dei sistemi di controllo propri della macchina amministrativa perché, se i sistemi di controllo sono laschi, se la normativa interna della pubblica amministrazione è non articolata, poco intelligibile e carente di una chiarezza che ne consenta l'applicazione, allora, si è già difronte al primo tassello problematico.

Le norme penali che devono indagare su quella materia finiscono, dunque, per essere travolte e rischiano di essere sviate nella loro attività di controllo come *ultima thule*, come *extrema ratio*, come una tutela che deve arrivare dopo che si è svolta, sviluppata ed esaurita la tutela della pubblica amministrazione.

E, allora, volendo concludere, per risolvere il problema dell'abuso di ufficio occorre trovare una soluzione, dapprima, al problema della ricostruzione e rimodulazione dei controlli interni[19] e della normativa interna della pubblica amministrazione, guardando ai reati contro la pubblica amministrazione, sia nella forma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione sia dei privati, in una prospettiva complessiva, con una visione criminologica d'insieme e, soprattutto, con una prospettiva e un approccio, in tema di tecnica legislativa, che sia comune e trasversale.

Prescindendo da uno sforzo di questo tipo il rischio è, allora, che o si adottino iniziative destinate ad indebolire il sistema di controllo penale o che si continui percorrere la via della segnalazione delle inefficienze ed inadeguatezze dell'abuso di ufficio; come il lamento di Federico nella *Cilea*: *è la solita storia del pastore, il povero ragazzo la voleva raccontare e s'addormì*[20].

[19] Non a caso, già in passato, A. PAGLIARO, *Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio*, *op. cit.*, pp. 1405 ss. rilevava come dell'abuso di ufficio si potesse fare a meno ma «soltanto dove i controlli amministrativi siano efficaci e le sanzioni disciplinari e contabili siano poi effettivamente applicate a chi ha commesso gli illeciti»; sul tema, anche V. MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1230 ss. circa la prospettiva di confidare in un «miglioramento del macchinoso sistema amministrativo»; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, *op. cit.*, p. 14.

[20] T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, *op. cit.*, p. 15.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Autorità indipendenti e (governo della) discrezionalità

di Simone Torricelli

(Professore ordinario di Diritto amministrativo all'Università degli studi di Firenze)

Sommario

1. Precisazioni perlopiù terminologiche e qualche divagazione concettuale. – 2. Limiti ordinamentali ai poteri conferibili alle Autorità indipendenti. – 3. La natura dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti. 4. L'esigenza dell'assorbimento in sede politica della discrezionalità.

Abstract

The paper analyzes, in both theoretical and concrete terms, the powers delecated on in-dependent Authorities in order to ascertain whether they include elements profiles of political discretion. After ruling out the possibility that the constitutional position of the Independent Authorities allows them to exercise discretionary powers, it outlines the role that, in the decision-making process, political bodies must assume, according to the limits imposed by European law to guarantee the functional independence of the Authorities.

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

ISSN 2036-7821

1. Precisazioni perlopiù terminologiche e qualche divagazione concettuale.

Il tema della discrezionalità presenta una serie di complicazioni anche legate ad un uso non sempre condiviso delle nozioni e dei termini che le rappresentano.

Nel quadro di un *decalage* che, partendo dalla politica (quindi dalle scelte genetiche che danno il via al processo decisionale) arriva all'attuazione (dunque alle scelte esecutive che realizzano l'interesse fattosi in concreto fine dell'azione) e tenuto conto del possibile mescolarsi, in ciascuna scelta, di elementi di solo giudizio valoriale o invece legati all'applicazione di regole scientifiche, si fa ricorso ad una molteplicità di espressioni, che talora si sovrappongono e che non è sempre chiaro come si connettano: discrezionalità politica, discrezionalità politico-amministrativa, discrezionalità tecnica, valutazioni tecniche, per arrivare alla negazione della discrezionalità, descritta con la dizione usuale di attività vincolata.

Anche il tema del rapporto tra discrezionalità e Autorità indipendenti risente di questa magmaticità terminologica e concettuale, ma in un quadro più definito. Le Autorità indipendenti sono infatti chiamate ad occuparsi di questioni comunque e sempre tecniche e sono i confini della tecnica che delimitano il tema. La domanda da porsi, ridotta all'essenza, è se le questioni tecniche che sono deferite alla loro sfera decisionale debbano essere affrontate compiendo delle valutazioni solo tecniche, quand'anche opinabili, o se invece siano o possano essere da affrontare esercitando contestualmente forme più o meno ampie di discrezionalità amministrativa e sciogliendo attraverso la politica l'incertezza che la tecnica abbia lasciato.

La domanda non può trovare risposta nella formulazione delle norme attributive di potere, che, salvo eccezioni, aprono uno spazio che in astratto potrebbe essere coperto tanto nell'un modo quanto nell'altro[1]. Di qui la necessità di riflettere in termini più di fondo sulla posizione costituzionale delle Autorità, domanda primigenia la cui risoluzione pone la premessa anche per una corretta ricostruzione delle singole funzioni, peraltro da impostare sulle coordinate derivanti da tre precisazioni terminologiche.

La prima precisazione ha a che fare con il termine riassuntivo "tecnica", con il quale si intende far riferimento ad un certo tipo di tecnica, o meglio a quella "tecnica" che non ha natura politica o giuridica. È anche per senso civico che si può ricordare, ricordando al contempo Giovanni Miele[2], che anche la discrezionalità per così dire politico-amministrativa richiede l'applicazione della tecnica del buon

[1] Una delle criticità rilevate nella costruzione in concreto del modello delle Autorità indipendenti attiene per l'appunto alla ampiezza dei poteri loro riconosciuti, e a quello che è stato acutamente definito un rapporto "elastico, quasi disinvolto, tra poteri delle Autorita` di regolazione e norme attributive dei poteri stessi": così M. Ramajoli, *Attivita` regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. mercati*, 2022, 28.

[2] "L'attività discrezionale può dirsi un'attività tecnica – osservava Miele- perché traduce in pratica certe regole o direttive attinenti all'arte di bene amministrare, quando vi sono, o rappresenta il frutto della propria o altrui esperienza professionale nel campo amministrativo": così G. Miele, *Principî di diritto amministrativo*, Padova, II ed, 1953, 28.

ISSN 2036-7821

amministratore, come anche che l'applicazione di regole giuridiche è di per sé espressione di un talora negletto sapere tecnico. Ci si potrebbe chiedere perché le questioni tecniche di altro genere rispetto a quelle siano oggetto di una diversa concettualizzazione. La questione della applicazione della tecnica della politica può essere facilmente accantonata. Da un organo politico ci si può attendere una corretta traduzione del consenso ricevuto in indirizzi coerenti, in una prospettiva non solo di breve termine, secondo vincoli con i quali l'ordinamento (la Costituzione, la legge, gli altri atti legislativi, il diritto sovranazionale) contempera gli interessi dei più con quelli degli altri (e del sistema). Così, nel contesto definito dal diritto, l'esercizio del potere politico ricade nel merito insindacabile per una deficienza di legittimazione del giudice rispetto alla ponderazione tra interessi ed è, effettivamente, una questione a sé. La questione della applicazione della tecnica del diritto è di regola impostata partendo da un usuale *apriori*: l'applicazione di regole giuridiche dà origine a problemi ritenuti solo interpretativi (di quella regola), con due conseguenze. La prima è che l'attività in cui essa si sostanzia non può essere nemmeno in ipotesi considerata esercizio di un potere amministrativo; la seconda è che l'opzione interpretativa assunta è totalmente sindacabile dal giudice, che sostituisce con la propria interpretazione l'interpretazione che del quadro giuridico ha dato l'amministrazione. Nel diritto, e non al suo di fuori, l'incertezza può essere risolta con l'interpretazione[3].

[3] Non è questa la sede per chiedersi se davvero sia così o in che misura lo sia, tanto più in un contesto nel quale si sta dissolvendo la capacità nomofilattica delle giurisdizioni superiori, che generano decisioni sempre più spesso contraddittorie e talora tanto permeabili a valori di sistema da non risultare affatto opzioni neutre. Ci si può invece limitare ad osservare che quello che il diritto chiama interpretazione è al fondo la ricerca, attraverso una meta-regola, di elementi ulteriori a quelli che si traggono in via immediata dal testo della regola giuridica per coprire lo spazio che essa lascia incerto. In questi termini, c'è da chiedersi se l'attività che porta alla soluzione dell'incertezza lasciata dalla tecnica non giuridica sia davvero molto diversa, domanda, questa, che si pone con ancora più evidenza considerato che si coglie *a contrario* dalla giurisprudenza che più soluzioni tecniche attendibili (quindi coerenti derivazione dalla regola tecnica) possono essere *diversamente attendibili* (è nota la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; sulla tesi per cui il sindacato sulle scelte tecniche si deve estendere sino a valutare la maggiore attendibilità delle opzioni possibile, precedentemente, G. Greco, *Illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 469). Potrà non essere sempre così ma, quando questo accade, non sembra poter essere messo in discussione il fatto che l'amministrazione sia tenuta a preferire la soluzione più attendibile *ergo* la soluzione migliore e che la soluzione meno attendibile sia una soluzione sbagliata. Ragionando su un terreno meramente logico, questa possibilità di graduare le soluzioni e connotarle in termini di meglio/peggio (se non di giusto/sbagliato) ha due possibili cause. O la regola tecnica applicata offre essa stessa elementi che consentono una differenziazione in termini qualitativi o vi sono elementi esterni rispetto all'applicazione della regola tecnica che consentono comunque di identificare una opzione preferibile. Ciò che fa l'amministrazione che applica la regola tecnica non giuridica, almeno in questi casi, non sembra essere diverso da quello che fa chi applica il diritto in un contesto normativo che abbisogni di interpretazione. Da questa prospettiva, anche il rilievo dell'affermazione per cui chi applichi una regola tecnica ricostruisce il fatto e chi applichi una regola giuridica ricostruisce il diritto tende a stemperarsi. E allora, per giustificare il diverso trattamento della regola giuridica si può provare a dare una risposta diversa e più semplice, legata alla scelta ordinamentale di selezionare il giudice sulla base di una valutazione delle sue competenze giuridiche, radicando nel suo sapere giuridico la legittimazione che ne investe

ISSN 2036-7821

La seconda precisazione ha a che fare con la scelta di riferire l'espressione *discrezionalità tecnica* a forme di esercizio della tecnica a cui non sono estranee operazioni di bilanciamento di interessi. Si tratta di quei casi nei quali l'esercizio della tecnica è funzionale all'esercizio della discrezionalità da parte dello stesso organo e nello stesso segmento decisionale, sulla base di una operazione concettualmente bifasica e secondo sequenze e proporzioni che possono presentarsi in modo anche molto vario. La discrezionalità ha così una componente innovativa dell'ordinamento in relazione al fatto che determina l'interesse pubblico in concreto e le regole del caso concreto che esso fa emergere. Ricavata *a contrario* l'espressione valutazione tecnica, si finisce con l'indicare, con quella, una operazione decisionale monofase in cui l'applicazione della regola tecnica non politico-giuridica, ma sempre opinabile, esaurisce il processo decisionale; in essa la scelta tra più soluzioni tecniche possibili non dipende da una operazione politica in cui si stabilisca se e in che misura gli interessi rilevanti nella fattispecie debbano essere privilegiati o sacrificati[4].
Ciò con una ulteriore e ultima precisazione, anch'essa necessaria: come si è altrove rilevato[5], ogni scelta amministrativa incide sugli interessi in gioco e così anche le valutazioni tecniche. Il decisore tecnico, però, non è titolare della prerogativa (politica) di decidere quanto soddisfare ciascun interesse a vantaggio o detrimento di ciascuno degli altri, ma è semmai gravato dal dovere (tecnico) di decidere come si possa assicurare, a ciascun interesse, il massimo grado di soddisfazione possibile nel caso concreto, nel rispetto dei vincoli ordinamentali (a partire dalle direttive politiche che eventualmente modulino il peso dei valori coinvolti, definendone un ordine di priorita) e secondo un canone di ragionevolezza.
E' in questo quadro che deve essere impostato il tema del rapporto tra discrezionalità e autorità indipendenti, chiedendosi se, in astratto e in concreto, le Autorità indipendenti possano o debbano sciogliere l'incertezza derivante dalla applicazione di regole tecniche compiendo scelte discrezionali ed esercitando in questo modo discrezionalità tecnica o se, viceversa, il loro ruolo debba essere confinato entro i limiti delle valutazioni tecniche, nella accezione sopra precisata.

---

la funzione. Si può da ciò far derivare che il giudice può fare ciò che la sua legittimazione tecnica gli consente, e che la sua legittimazione gli consente di fare ciò che è coerente con i criteri utilizzati per la sua selezione: può dunque sindacare appieno ogni questione giuridica. Esula invece dal ruolo per il quale è legittimato la risoluzione di competenze tecniche di altro tipo, per le quali dunque si pone il problema di capire quanto può ingerirsi nelle scelte tecniche non giuridiche che l'amministrazione deve compiere. Ed è in questo senso che l'applicazione della tecnica non giuridica rimane un potere.

[4] Così, almeno rispetto alla questione terminologica, G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 145 ss.

[5] S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 101.

ISSN 2036-7821

2. Limiti ordinamentali ai poteri conferibili alle Autorità indipendenti.

La varietà con cui il fenomeno delle autorità indipendenti si manifesta nell'ordinamento ha indotto a osservare che una analisi unitaria risulta "impercorribile"[6]; ciò non esclude tuttavia che ci si possa chiedere, in termini assoluti[7], se un'amministrazione costruita sul modello organizzativo dell'indipendenza possa o meno legittimamente esercitare un potere discrezionale. La questione ne implica poi a cascata due ulteriori: una di rilievo costituzionale (se il legislatore possa attribuire alle Autorità indipendenti dei poteri discrezionali), una di rilievo amministrativo (se le amministrazioni indipendenti, di fronte ad un potere amministrativo attribuito, possano scegliere se esercitarlo compiendo una ponderazione di interessi), sempre tenuto conto di ciò che impone il diritto europeo.

Il problema va affrontato non solo in astratto, ma anche in concreto, esaminando quali poteri le autorità indipendenti, secondo la legislazione europea e nazionale, possono esercitare e concretamente esercitano. Le due prospettive sono complementari ed entrambe imprescindibili, non solo al fine di stabilire se l'attuale assetto sia conforme a diritto, ma anche per renderlo conforme a diritto, poiché il dover essere ordinamentale può generare dei canoni interpretativi alla luce dei quali leggere le norme attributive dei poteri e ricostruirne il contenuto.

Induce perplessità, al riguardo, il tratto reciso che si coglie in alcune decisioni circa la qualificazione dei poteri delle Autorità, come quella contenuta in una sentenza relativamente recente della Corte costituzionale che, in relazione alla funzione dell'AGCM (quindi dell'Autorità i cui poteri assomigliano meno a quelli amministrativo-discrezionali), le ha riferito lo svolgimento di una "*funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco, al pari di tutte le amministrazioni*", ritenendo che essa sia "*portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, [e che non sia quindi] in posizione di indifferenza e terzietà rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo*"[8]. Si tratta di una affermazione meno prudente di (se non, forse, non totalmente in linea con) altre

[6] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 241.

[7] E quindi prescindendo dalla natura del potere esercitato (e di altri tipi di vincoli che possano derivare da essa), che può ovviamente essere molto diversa: normativa, regolatoria, para-giurisdizionale, sanzionatoria e così via. È chiaro però che il problema del rapporto tra Autorità indipendenti e autorità politiche si pone con particolare evidenza rispetto all'attività di regolazione (o, come è stato osservato, soltanto rispetto ad essa: E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, 9).

[8] Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

ISSN 2036-7821

pronunzie della Corte[9] e che va contestualizzata, in una sentenza il cui dispositivo nega all'AGCM la prerogativa di sollevare la questione di costituzionalità, ma che sollecita una riflessione e che offre alcuni spunti da approfondire.

Occorre al riguardo considerare separatamente due problemi, non solo per tenerli distinti, ma perché il modo in cui si risolve il primo condiziona il modo in cui si deve risolvere il secondo. L'uno riguarda l'esistenza delle Autorità indipendenti; l'altro investe i loro poteri.

Nel dibattito attuale, il punto non è più (e non lo è stato quasi mai sin dall'inizio) quello della legittimità *ex se* della esistenza delle Autorità indipendenti che, a dispetto della loro mancata espressa costituzionalizzazione[10], può darsi per assodata. Di fronte alle ormai numerose prescrizioni europee che ne richiedono la istituzione, precisate in modo rigoroso anche dalla CGUE (con ragionamenti spesso funzionalistici, ma comunque non esaustivi, e con considerazioni che si debbono poi calare nella realtà costituzionale di ciascun ordinamento e che potrebbero per questo non risultare decisive[11]), la Corte costituzionale (con una elaborazione che tiene in maggior conto le questioni di conformità alla Costituzione nazionale[12]) sembra averne presupposta la costituzionalità[13] sulla base di argomenti che potrebbero ammetterne il ricorso anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi sovranazionali[14].

Il nodo che rimane da sciogliere è invece se la legittimazione di cui le Autorità indipendenti godono, per radice, tipologia, intensità e dimensione, abbia una estensione tale da permettere loro di compiere anche scelte politiche. Più specificamente, il punto critico non attiene agli aspetti dell'indipendenza legati alle modalità di nomina e ai vari aspetti della autonomia organizzativa, quanto al modo

[9] Così, per esempio, la Corte ha ricostruito in termini di "funzioni di garanzia" ("in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo") le funzioni attribuite all'Autorità di regolazione dei trasporti consistenti nel "definire, anche nell'ambito dei servizi di trasporto locale, i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori" (15 marzo 2013, n. 41, richiamando la sentenza 7 novembre 1995, n. 482).

[10] Ciò a prescindere dalla persistente opportunità che esse siano espressamente previste dalla Costituzione (così F. S. Marini, *Le autorita` amministrative indipendenti nell'architettura costituzionale*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei Conti, Le autorità amministrative indipendenti*, 1/2022, 18), e che proprio in Costituzione siano dettate disposizioni chiare circa la loro posizione costituzionale. Si è infatti giustamente osservato che la costituzionalizzazione "non garantisce [di per sé] alcun risultato, in termini concreti, rispetto alla legittimazione", come non lo avrebbero assicurato, data la loro formulazione, le modifiche costituzionali sul punto proposte nel tempo: P. Bonini, A. Celotto, *Profili costituzionali delle autorita` amministrative indipendenti,* ivi, 31-32.

[11] Da ultimo, CGUE, 2 settembre 2021, C-718/18, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

[12] Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69.

[13] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, 2019, 27.

[14] In senso contrario, V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 25, che individua il fondamento del modello esclusivamente nel diritto europeo e ne circoscrive la legittimità ai casi in cui è imposto dalla normativa europea.

ISSN 2036-7821

rigoroso in cui si ritiene debba configurarsi la loro autonomia funzionale[15]. È usuale infatti considerare che, a garanzia dell'indipendenza nell'esercizio della funzione, non sia ammesso alcun intervento *ex ante* del potere politico che possa considerarsi una ingerenza diretta nell'esercizio delle loro competenze[16] e che non possano essere previsti strumenti per far valere una responsabilità delle Autorità indipendenti circa le scelte fatte[17]. Non potrebbero esservi dunque né forme di indirizzo *ex ante*, fuori da quelle ricavabili dal diritto europeo (o, a seconda delle ricostruzioni, dalla Costituzione o dalla legge), né possibilità di controllo *ex post* da parte dell'esecutivo, né strumenti giuridici di intervento in caso di decisioni o strategie non condivise. Ma, poiché la discrezionalità richiede legittimazione e poiché la legittimazione, nel modello costituzionale di amministrazione, è strettamente dipendente dalla responsabilità politica, è allora necessario verificare se le ragioni portate per radicare la legittimazione delle Autorità indipendenti si possano analogamente considerare adeguate anche per dare un fondamento alternativo all'attribuzione di poteri amministrativi discrezionali.

La risposta non sembra poter essere positiva.

Non sarebbe pertinente, al riguardo, richiamare la loro specificità strutturale. Non l'indipendenza tal quale, perché l'indipendenza è riferita proprio alla politica, per cui sarebbe del tutto contraddittorio allontanare un'amministrazione dall'esercizio della politica da parte di organi legittimati a farla, per poi consentire a loro stesse di

---

[15] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 338.

[16] Se si tratta di competenze attribuite dal diritto europeo neppure una influenza ad opera della legge è ammessa, sul presupposto che "l'indipendenza funzionale debba essere garantita nei confronti di qualsiasi organo politico, quindi non solo il Governo, ma anche il Parlamento e, dall'altro, che la garanzia debba essere completa e non limitata a determinati atti, identificati per la forma o per il contenuto" (così l'avv. gen. Pitruzzella, nelle conclusioni rese il 14 gennaio 2021, C-718/18, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, p 105, richiamando la decisione, invero meno netta, CGUE, 11 giugno 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky* p. 33). Analogamente, sempre nella causa C-718/18, la Corte ha poi statuito, con considerazioni utili ai fini di questa analisi, che "l'indipendenza piena rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo, è funzionale a garantire che le decisioni prese dalle ANR siano realmente imparziali e non discriminatorie, escludendo la possibilità di un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici legati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico. Inoltre, la rigorosa separazione rispetto al potere politico consente alle ANR di inserire la loro azione in una prospettiva a lungo termine, che è necessaria per realizzare gli obiettivi delle direttive" (p. 112). Si veda anche CGUE 3 dicembre 2020, C-767/19, *Commissione c. Regno del Belgio*, p. 109-110). Sulla possibilità che autorità di cui sia garantito questo livello di indipendenza possano dover essere chiamate a tutelare anche gli interessi dei consumatori, v. CGUE, 30 marzo 2023, C5/22, *Green Network SpA c. SF, YB, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)*.

[17] Si intende riferirsi non al fatto che non vi sia una responsabilità in assoluto, giacché, ovviamente, valgono anche in questo caso i limiti esterni al compimento della scelta che determinano la legittimità o l'illegittimità dell'atto e/o che implicano responsabilità penale e civile del decisore, ma al profilo politico legato alla ponderazione tra interessi e che risulta altrimenti insindacabile.

ISSN 2036-7821

realizzare una politica propria e acefala. Non la loro tecnicità[18], posto che l'esigenza è in questo caso quella di trovare un radicamento legittimante proprio di quella parte della scelta che non è coperta dalla tecnica.

Non sarebbe soddisfacente richiamare le specificità dei procedimenti che le Autorità seguono: non, in particolare, la partecipazione procedimentale potenziata[19], visto che qui vi è l'esigenza di giustificare la parte della attività dell'amministrazione che poi sintetizza gli interessi che la partecipazione ha fatto emergere, determinando la misura del soddisfacimento o del sacrificio di ciascuno di essi.

Non sarebbe rilevante nemmeno richiamare l'intensità o l'intensificazione del controllo giurisdizionale, anche ove si intenda compensare, con quella, la mancanza di strumenti veri di responsabilizzazione[20], poiché il giudice, se la scelta è discrezionale, deve comunque trovare il limite del merito[21] e si ferma proprio in relazione a quel profilo politico a cui qui occorrerebbe dare copertura (non merita considerazione l'ipotesi in cui si voglia ritenere che il sindacato del giudice debba essere sostitutivo, perché ipotizzare uno spostamento dell'esercizio della discrezionalità dalle autorità indipendenti al giudice aprirebbe tali e tanti problemi da mettere ancora più seriamente in discussione il fenomeno alla sua radice) [22].

---

[18]Sul punto, d'altra parte, non è certo che queste autorità debbano essere da considerare di per sé più tecniche di altre amministrazioni tradizionali specializzate (Soprintendenze, Agenzie regionali per la protezione ambientale, Protezione civile, etc). I requisiti per la nomina dei vertici appaiono blandi; le procedure previste per quella nomina in concreto inidonee ad assicurare la effettività tecnicità. Ciò che davvero, in termini generali, sembra distinguere le Autorità indipendenti sul piano tecnico è un dato contingente: a dispetto dell'amministrazione tradizionale, il cui personale è talora un personale di risulta e non sempre specificamente selezionato per le funzioni da svolgere, quello delle Autorità indipendenti è stato composto in funzione della specializzazione necessaria allo svolgimento delle relative funzioni. La tecnicità, insomma, dovrebbe riguardare allo stesso modo tutte le amministrazioni, e in vista di quella dovrebbero essere congegnate le selezioni del personale, dirigenziale e non, anche con un intenso controllo giurisdizionale sulle selezioni compiute.

[19] Criticamente, sulla portata legittimante della partecipazione procedimentale, tanto più in un contesto di norme attributive dei poteri formulate in modo eccessivamente ampio, M. Ramajoli, *Attivita` regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., 30 ss. Si rinvia anche, su questo aspetto, a quanto più ampiamente esposto in S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit., 119 ss. Per una analisi più generale, G. Manfredi, *Legalità procedurale,* in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.

[20] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251; F. G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 277.

[21] Si prescinde qui dalla specificità del regime giuridico delle sanzioni, su cui D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo,* in *Riv. reg. mercati*, 2022, 77 ss, e, in una prospettiva più legata alle garanzie, N. *Vettori, La necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina applicabile ai procedimenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia.*, in *IANUS Diritto e finanza*, 2022, 107 ss.

[22]E ciò anche prescindendo dal fatto che la giurisprudenza appare oscillante: G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?* e A. Moliterni, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, entrambi in AA.VV., *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, rispettivamente 202-203 e 213 ss. Sul sindacato giurisdizionale pieno e diretto, (sulla discrezionalità tecnica, da chiunque esercitata), v. F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, secondo cui "le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti devono ritenersi, al pari di quelle delle pubbliche

ISSN 2036-7821

Insomma, nulla di quanto legittima l'esistenza delle Autorità indipendenti consente di ammettere che esse possano anche assumere la responsabilità di scegliere e redistribuire: possono solo dare attuazione a scelte redistributive di altri. Anzi, si può dire il contrario. E cioè che tutti questi elementi legittimanti, per la loro intrinseca riferibilità ad attività di natura tecnica, accentuano il bisogno che di tecnica e solo di tecnica si discuta e che solo l'esercizio di valutazioni tecniche sia ciò che alle Autorità indipendenti può e talora deve essere richiesto.

Tirando le fila del discorso, allora, si può concludere che vi è un dover essere delle Autorità indipendenti che impone di confinarne il ruolo entro una cornice fatta di vincoli esterni al potere che ne definiscono i limiti e di vincoli interni che orientano il modo in cui le valutazioni debbono essere compiute e che, così, escludono ogni margine di scelta politica. Ed è una risposta, questa, che non ammette graduazioni.

E' vero, da un lato, che, in connessione con le modalità di nomina o con il quadro normativo generale che talora ritaglia un ruolo all'esecutivo anche nella definizione degli indirizzi da seguire nell'esercizio della funzione, la misura dell'indipendenza può variare. Tuttavia, come osservato, ciò che davvero osta all'esercizio della discrezionalità è quel profilo dell'indipendenza che deriva dalla inesistenza di controlli *a posteriori* o di conseguenze per effetto del modo in cui l'autorità ha agito, dunque la mancanza di una responsabilità per le scelte compiute, e questo tratto si riscontra sempre e inevitabilmente. Inoltre, se si sono correttamente individuate le ragioni della criticità, esse valgono in assoluto e senza possibilità che possano essere previste deroghe[23], poiché, in termini di sistema, non è mai accettabile l'esercizio di un potere non legittimato, mentre, in termini individuali, il diritto di ognuno alla responsabilità degli organi che decidono se e quanto i propri interessi rilevanti possano essere soddisfatti o quanto debbano essere pregiudicati è, nel caso che lo riguarda, un diritto inestirpabile (e nella prospettiva delle persone, il proprio caso è l'unico caso rilevante, a prescindere dalla sua rilevanza quantitativa in una prospettiva ordinamentale).

3. La natura dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti.

Occorre a questo punto chiedersi quale sia la natura delle funzioni concretamente affidate alle Autorità indipendenti.

Certamente esse si muovono in ambiti costellati da interessi pubblici e privati,

amministrazioni tradizionali, sindacabili in modo pieno e diretto", anche se "non tutto è sindacabile con una medesima tecnica, quella del controllo di tipo sostitutivo" (in *Il Processo*, 2020, 749).

[23] In senso contrario, E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 76, che considera che il vincolo della mera tecnicità operi solo "in via di principio", e che il legislatore, con previsioni esplicite ed univoche, possa invece affidar loro funzioni che presuppongono la diretta ponderazione degli interessi in gioco, con il limite per cui le Autorità indipendenti non potrebbero comunque mai darsi un autonomo indirizzo politico-amministrativo. Questo punto verrà ripreso più avanti, al par. 4.

ISSN 2036-7821

secondo una gradazione che varia a seconda dei casi, e certamente, nella più parte dei casi, si trovano a comporre quegli interessi compiendo delle valutazioni ad esito incerto. Con costruzioni talora di grande raffinatezza, e anche con qualche equilibrismo, la dottrina si è adoperata per dare una spiegazione teorica all'esercizio di poteri di scelta che definiscono la misura della tutela di interessi pubblici e privati, con risvolti imperativi, che però non avrebbero, o non avrebbero necessariamente, natura discrezionale. Le sfumature e le varianti sono molte, ma si è trattato di ricostruzioni volte a porre al centro i diritti dei soggetti coinvolti, declassando al contempo l'interesse pubblico. Così è stata autorevolmente sostenuta l'idea secondo cui le Autorità svolgerebbero funzioni neutrali e non velate dalla politica, equidistanti dagli interessi[24], garantendo la parità delle armi e attuando diritti fondamentali[25], o comporrebbero situazioni soggettive degli attori del mercato, senza una considerazione diretta dell'interesse pubblico[26] che verrebbe soddisfatto indirettamente nella misura risultante dalla armonizzazione degli interessi privati: un interesse pubblico occasionalmente protetto, sembrerebbe potersi dire, rovesciando il modo tradizionale di inquadrarlo.

Le premesse concettuali in questo modo poste e la rappresentazione che ne è derivata presentano elementi di grande innovatività ed hanno costituito dei veri e propri punti di svolta nel dibattito giuridico sul tema del rapporto tra potere e libertà, anche al di là della questione specifica delle Autorità indipendenti. Le tesi qui grossolanamente richiamate sembrano spiegare infatti più di quello che intendono spiegare e appaiono avere un valore che va oltre il fenomeno che le ha causate.

Gli interessi pubblici si possono sempre chiamare (o, se questo appare troppo, hanno sempre sottesi) libertà, diritti, situazioni soggettive[27] o interessi privati[28] e poiché, come gli interessi pubblici, gli interessi privati non sono mai assoluti, l'operazione che ne garantisce la coesistenza ha sempre un tratto di bilanciamento. C'è da chiedersi allora se in questo modo, anziché qualificare in termini originali il frammento di attività valutativa posta in essere dalle autorità indipendenti, non si stia ripensando invece la discrezionalità in quanto tale, che, se la si guarda con quelle lenti, diventa essa stessa uno strumento di composizione di interessi privati (se non anche a contribuire ad una ulteriore relativizzazione della sempre più vacillante distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi). Come anche si può ritenere che una simile prospettiva porti ad avvalorare l'idea, talora sostenuta, di una

[24] M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello,* Bologna 2005, 151; E.L. Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti,* in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 108.

[25] F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti, Un romanzo «quasi» giallo, Bologna*, 2000; M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, cit., 14.

[26] L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, spec. 63.

[27] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 2003, 339.

[28] In questo senso, D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2023, 33.

ISSN 2036-7821

amministrazione la cui funzione è per definizione quella di assicurare diritti individuali[29] .

D'altra parte, neppure la discrezionalità 'tradizionale' è oramai più quella che si descriveva. Di fronte alla complessità dei fenomeni sociali, la logica dell'interesse pubblico primario, quale scure rispetto alla quale si misurano poi gli interessi che emergono in concreto descrive poco e male ciò che è oggi, spesso, la discrezionalità. La logica antagonista è residuale e spesso velleitaria: nella vita economica del Paese, l'interesse pubblico (a che vi sia mercato, concorrenza, differenziazione, scelta, sviluppo, crescita, lavoro, per esempio) si soddisfa in quanto siano soddisfatti davvero nella massima misura possibile gli interessi privati a poter fare, con alcuni vincoli di sistema (ambiente, salute, dignità del lavoro e così via) dietro al quale si celano gli interessi dei cittadini di oggi e domani[30]. Questo deve fare ogni amministrazione, sempre consapevole di come i diversi possibili punti di equilibrio tra gli interessi privati si riflettono su valori generali e decidere in funzione di quello[31]. Ma, se ciò è, la distanza tra la discrezionalità esercitata dall'amministrazione ancorata alla politica e il racconto sulla natura "diversa" delle scelte delle Autorità indipendenti tende a stemperarsi.

Riassumendo: questo approccio rovesciato al tema del rapporto tra interessi pubblici e interessi privati sembra il riflesso di un generale cambio di prospettiva, che permette di guardare in modo diverso ad ogni amministrazione che esercita un potere di scelta e finisce comunque con il descrivere in termini complessivi proprio la discrezionalità, solo osservata da un diverso angolo visuale e usando diverse parole. Ma altro è riflettere su cosa sia, in concreto, l'interesse pubblico oggi; altro è invece assumere che vi sia una sorta di arretramento dell'interesse pubblico a interesse

[29] L. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto,* in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 3 ss.; M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva,* ivi, 2020, 544 ss.

[30] Sembra prefigurare una riflessione più di fondo su questo L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., 67, laddove rileva come "l'interesse generale non è più un archetipo, ma un risultato", chiedendosi se "la configurazione di interessi pubblici riflessi […] non possa essere il primo passo per una nuova definizione di interesse generale, come interesse pertinente ad una serie indeterminata e aperta di soggetti, affidato alla cura di un potere pubblico nuovo, almeno per l'ordinamento italiano, come le autorità indipendenti": ci si può anche chiedere se questa ridefinizione, legata al potere più che al decisore, non prescinda dal dato organizzativo, e non meriti di essere fatta in relazione a ogni amministrazione anche non indipendente.

[31] Così, i limiti sostanziali che derivano *ex ante* dalle norme sono lievi. A limitare davvero l'amministrazione sono per un verso l'obbligo di una adeguata istruttoria che consenta l'emersione degli interessi (oltrechè dei fatti, ovviamente, ma questo qui non rileva) e per un altro verso il canone della ragionevolezza che deve essere osservata nella composizione degli interessi che emergono nel procedimento (quindi, come si è altrove osservato, in una dimensione orizzontale legata al rapporto orizzontale tra gli interessi, anziché "verticale" legata al rapporto gerarchizzato tra un interesse primario che è sostanzialmente inconsistente e gli interessi secondari che emergono nel concreto della fattispecie): questo aspetto è stato più ampiamente affrontato in S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità. Per introdurre una riflessione*, in id., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, spec. 9 ss.

ISSN 2036-7821

riflesso, come se la misura del suo soddisfacimento non fosse cruciale nella armonizzazione delle posizioni private. Ciò non sembra corrispondere alla realtà del modo in cui è costruita l'attribuzione delle Autorità indipendenti, le quali sono chiamate invece a soddisfare proprio uno o più interessi pubblici che fanno da coordinata per definire la correttezza del bilanciamento che determina poi la misura del soddisfacimento delle posizioni private[32]: anche le armi garantite agli attori del mercato sono ripartite secondo più generali esigenze di sistema.

Appare allora difficile, per questa via, sterilizzare le norme europee[33] o nazionali[34] che chiamano le Autorità indipendenti a realizzare direttamente un bilanciamento di interessi in funzione di interessi generali e che anzi, definendo in modo ampio il campo delle loro attribuzioni, fan sì che l'esercizio concreto di ogni singolo potere che implica profili valutativi risulti permeato da una complessità di interessi che le Autorità dirimono, stabilendo in concreto come e quanto ciascun interesse possa essere soddisfatto. E non meno problematiche appaiono quelle norme specifiche che, nella identificazione delle funzioni, conferiscono poteri che in specifico implicano interessi da comporre per realizzare obiettivi e assecondare politiche[35]. Non a caso parte della dottrina[36] ha espressamente qualificato come discrezionali alcuni poteri affidati alle Autorità indipendenti (e, in effetti, questo sembra in certi casi difficilmente contestabile[37]), rendendo manifesta la contraddizione con la loro condizione di irresponsabilità.

Per trovare la quadra, si rende necessario muoversi su un terreno diverso da quello che nega in radice la riferibilità dei poteri costruiti dalle norme che definiscono le competenze delle Autorità indipendenti al *genus* della discrezionalità e, per capire se le Autorità indipendenti esercitino discrezionalità, la domanda da porsi non attiene al modello astratto dei loro poteri, ma al modo concreto in cui essi si inseriscono nel complessivo flusso dell'esercizio del potere. In altri termini, posto che non vi sono specificità nel modo in cui le norme attributive del potere sono costruite, posto che non è da ritenersi che un potere che implica valutazioni non sia discrezionale solo perché affidato ad una Autorità indipendente e posto che, in questo quadro, non è

[32] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 2003, 340.

[33] Solo come esempi, si vedano gli art. 58 dir.(UE) 2019/944 e 40 dir. 2009/73/CE.

[34] L'esempio più evidente è certamente rappresentato dall'art. 1, l. n. 481/1995.

[35] Si vedano, sempre limitandosi a fornire esempi, gli artt. 37, c. II, d.l. 201/2011 e 2, co. IV, lett c, d. lgs. n. 261/1999. Si pensi anche per usare l'esempio richiamato proprio dalla Corte costituzionale rispetto all'AGCM, "all'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i cosiddetti programmi di clemenza" (v. *supra*, nota n. 8)

[36] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., spec. 175 e 240 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., spec. 75 ss.

[37] Anzi, secondo alcuni, le Autorità indipendenti avrebbero "ceduto" alla tentazione di privilegiare certi interessi, segnatamente quelli dei consumatori, rispetto ad altri (G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, cit., 204.), rilievo che sembra evocare, in termini critici, il compimento da parte delle Autorità di scelte nient'affatto neutre.

ISSN 2036-7821

possibile affermare che il semplice fatto che le Autorità indipendenti non possano esercitare discrezionalità non significa che, dato il modo in cui le norme attributive di potere sono costruite, non la esercitino davvero, la questione si sposta: occorre chiedersi se le Autorità indipendenti intervengano prima o dopo che i profili discrezionali lasciati dalla norma siano esauriti.
E così, anziché approssimarsi alla soluzione, la questione si complica ulteriormente, perché presuppone che si affronti il nodo del rapporto tra Autorità indipendenti e organi rappresentativi.

4. L'esigenza dell'assorbimento in sede politica della discrezionalità.
Se non si può escludere a priori che i poteri conferiti alle Autorità indipendenti siano discrezionali, è vero anche il contrario. Il fatto che le Autorità indipendenti facciano scelte che incidono sulla misura del soddisfacimento di una pluralità di interessi pubblici e privati, spesso neppure funzionalmente ad un interesse pubblico primario compiutamente identificato, non implica di per sé che l'attività in cui il compimento di quelle scelte si traduce debba per forza essere qualificata come discrezionale.
Rimane condivisibile al riguardo l'affermazione di chi ha descritto il potere tecnico valutativo delle Autorità come teso a definire un equilibrio tra gli interessi coinvolti che massimizzi il soddisfacimento di ognuno ,o comunque, massimizzi il soddisfacimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio degli altri interessi incisi dalla decisione da prendere, nel rispetto del principio di proporzionalità[38]. Ma se, in termini astratti, questa affermazione tiene ed appare anzi risolutiva, calata su un versante operativo appare presupporre che il quadro nel quale la scelta è fatta sia adeguatamente circoscritto.
Sotto questo profilo, l'aspetto che, nell'esame delle norme attributive dei poteri alle Autorità indipendenti, appare maggiormente critico, deriva dalla complessità degli interessi da bilanciare, peraltro formulati dal legislatore in termini generici. Ciò implica infatti una doppia scelta: da un lato, deve essere sciolta la genericità dell'interesse da comporre e chiariti quali siano gli interessi concretamente rilevanti[39], dall'altro debbono essere dati indirizzi che ne definiscano il peso comparativo, ordinando il modo in cui essi si rapportano tra loro. E qui entra in gioco il problema dell'indipendenza, in particolare di quella funzionale, e di ciò che l'indipendenza

[38]D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 350-351. Ciò senza dover identificare in modo autonomo gli interessi pubblici da perseguire e senza poter alterare la misura del soddisfacimento di ognuno secondo criteri politici: su questo, si rinvia alle precisazioni circa il significato di valutazione tecnica contenute nel par. 1.

[39]Cos'è l'interesse del consumatore o quello dell'utente, in un dato mercato e in un dato momento? Quali sono le esigenze di sviluppo da perseguire o da considerare prioritarie e quali da accantonare, rispetto a certe congiunture economiche? Come gli interessi di servizio pubblico si inquadrano in un contesto di generale politica industriale, anche rispetto ai livelli di garanzia da assicurare e alla maggiore o minore disponibilità a far rifluire su quelle garanzie finanziamenti pubblici,?

ISSN 2036-7821

implica nel suo rapporto con la politica. Posto che non possono esservi ostacoli di carattere interno a ricondurre il modello delle Autorità indipendenti al loro dover essere costituzionale, la questione che a questo punto si pone è se sia ammissibile un intervento politico sul quadro degli interessi che non sia precluso dalle garanzie che, nei settori che rientrano nelle attribuzioni UE, il diritto europeo assicura a queste amministrazioni.

Nel prevedere che, nei settori liberalizzati, gli Stati membri debbano istituire autorità indipendenti, il diritto europeo ha creato una riserva di regolazione. Lo ha ribadito di recente la Corte di giustizia[40], escludendo che uno Stato possa in via legislativa attribuire le competenze riservate all'autorità indipendente al Governo (che nel caso all'attenzione della Corte, era chiamato ad esercitarle attraverso l'adozione di regolamenti). Reciprocamente, ha sempre una derivazione europea il divieto posto alle Autorità indipendenti di sollecitare o accettare istruzioni da parte dell'esecutivo: questo, tuttavia, precisando che rimangono salvi gli orientamenti di politica generale elaborati dai Governi non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione[41]. Dunque non sono ammessi dal diritto europeo né sottrazioni di competenze alle Autorità indipendenti in favore di un qualsivoglia altro soggetto dell'ordinamento, né l'adozione da parte di altri di atti puntuali che ne condizionino l'esercizio o che introducano "nuovi interessi o criteri oltre quelli previamente individuati dal legislatore europeo" [42]. E poiché le direttive espressamente ammettono soltanto orientamenti di carattere "*generale*", saranno anche incompatibili indicazioni o discipline "*specifiche*" che impartiscono disposizioni "*dettagliate*", come anche sarà inammissibile che le Autorità indipendenti siano soggette a meccanismi di vigilanza[43]. Al più il Governo potrà intervenire nei procedimenti delle Autorità indipendenti, esercitando meri diritti partecipativi[44].

Queste cautele, però, non escludono né possono escludere che in via politica vi sia una precisazione della tipologia e della rilevanza anche comparativa degli interessi

[40]Nella già richiamata decisione *Commissione c. Repubblica federale di Germania,* p. 105 (v. *supra*, nota n. 16). Di riserva di competenze (p. 120) e riserva di regolazione (p. 122) ha parlato espressamente nelle conclusioni relative a quella causa anche l'avv. gen. Pitruzzella (anch'esse citate *supra*), ritenendo che "la normativa dell'Unione nel definire in maniera puntale competenze, obiettivi e criteri di esercizio delle competenze non sembra lasciare spazio ad interventi nazionali che si frappongano tra la direttiva e l'esercizio da parte delle ANR delle loro funzioni attribuite loro in via esclusiva dalle direttive".

[41]Così gli artt. 35, par. 4, lett. b), ii) dir. 2009/72, 39, par. 4, lett. b), ii), dir. 2009/73, 57, par. 4, lett. b), ii), dir. (UE) 2019/944. Sono queste previsioni del "fatto salvo" che hanno aperto lo spazio al legislatore nazionale per adottare una norma come quella rilevantissima di cui all'art. 1, l. n. 481/95, la quale, in tema di servizi di pubblica utilità, pone al vertice del processo regolatorio gli indirizzi di politica generale del Governo a cui le stesse Autorità di regolazione si debbono attenere.

[42]In questi termini l'avv. gen. Pitruzzella nelle richiamate conclusioni del caso C-718/18, p.120.

[43]CGUE, 9 marzo 2010, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, C-518/07, p. 37.

[44]CGUE, 11 giugno 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, p. 56, relativamente a procedimenti di fissazione dei prezzi.

ISSN 2036-7821

da perseguire[45]. Anzi, si può dire il contrario. La stessa formulazione delle normative europee, che vietano di impartire istruzioni, facendo salva la definizione della politica generale del settore che si impone come quadro di riferimento alle Autorità indipendenti, sembra prefigurare un modello di rapporto tra organi politici e organi indipendenti in cui ciascuno ha una propria sfera riservata nella quale esercitare doverosamente le proprie prerogative.

In particolare sono due i vincoli all'intervento politico sulla regolazione. Da un lato il necessario carattere generale; dall'altro la non diretta riferibilità alle competenze esercitate. Dovrà trattarsi quindi di un intervento che, quale sia la sua forma giuridica (legge, atto normativo, atto amministrativo generale), si limiti a chiarire verso quali obiettivi la politica economica generale e di settore intende orientare l'attività pubblica di governo del mercato. Che poi tali precisazioni incidano indirettamente[46] nell'esercizio di ogni competenza nella quale rilevi il tipo di macro-interesse cui esse si riferiscano, e che dunque esse divengano un criterio di legittimità della scelta compiuta, è una conseguenza ovvia[47] e, per i motivi esposti, desiderabile[48].

In questo quadro, il riconoscimento di un ruolo politico che asciughi i profili discrezionali delle scelte è una precondizione che legittima il modello[49] e che lo rende altresì efficace. Se, in altri termini, l'autorità politica non può incidere sul modo in cui

---

[45] Si veda, su questi aspetti, l'analisi di E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., spec. 127 ss.

[46] Parla di una incidenza indiretta E. Bruti Liberati, op. ult. cit, 70 e 79.

[47] Sarebbe d'altra parte del tutto contraddittorio che il legislatore avesse espressamente fatti salvi gli orientamenti di politica generale, se tali orientamenti risultassero irrilevanti ai fini delle attività compiute dagli organismi di regolazione.

[48] Questo tipo di ragionamento, peraltro, non è affatto estraneo alle logiche europee, come si evince dalle conclusioni dell'avv. Gen. Jaakskinen, rese il 12 settembre 2013, nel caso *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, C-270/12, p. 85-87. Argomentando in modo non dissimile da quanto qui esposto, si osserva in quelle conclusioni che "[i]l principio di democrazia, consacrato dagli articoli 2 TUE e 10 TUE, implica necessariamente che qualsiasi potere di adottare un provvedimento dell'Unione che possa alterare gli elementi non essenziali di un atto normativo dell'Unione deve essere esercitato da un'istituzione dell'Unione che è democraticamente responsabile, in altri termini, dalla Commissione, che è il responsabile ultimo dinanzi al Parlamento europeo. Per contro, una simile restrizione non si applica nel caso dei poteri di esecuzione di cui all'articolo 291 TFUE. È certamente vero che l'articolo 291 TFUE, del pari all'articolo 290 TFUE, non menziona le agenzie tra gli organismi ai quali possono essere trasferite competenze di esecuzione a livello dell'Unione, tuttavia, dato che le competenze di esecuzione non si estendono fino a comprendere la modifica o l'integrazione di atti normativi con nuovi elementi, secondo la mia opinione, i principi fondamentali costituzionali non impediscono al legislatore di conferire tali competenze alle agenzie […]. Tale *modus procedendi* può risultare particolarmente appropriato quando siano necessarie valutazioni tecniche complesse, al fine di attuare un provvedimento dell'Unione".

[49] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 349, secondo cui "sarebbe necessario […] che fosse chiaro che spetta al potere politico il compito di dare una più puntuale indicazione della «pubblica utilità», cioè dei particolari interessi pubblici cui si vuole risponda il servizio, da quelli «di carattere sociale» (per esempio, definendo con precisione quali particolari esigenze di determinate categorie di consumatori si vogliono soddisfatte) a quelli di carattere ambientale, a tutti gli altri che possono rendere indispensabili deroghe alle regole della concorrenza".

ISSN 2036-7821

le competenze delle Autorità indipendenti debbono essere esercitate, è tenuto invece a farlo nel quadro della sua attività politica, cioè stabilendo tipologia, natura e rilievo degli interessi che meritano di essere considerati, anche chiarendo in cosa concretamente si sostanziano gli interessi pubblici che lo stesso diritto europeo chiama le Autorità indipendenti a considerare. Ciò, non per giustificare in via derogatoria l'esercizio a seguire della discrezionalità delle Autorità indipendenti: la mancanza di responsabilità circa il modo in cui il potere è esercitato, che si è già detto di ritenere l'elemento decisivo che impedisce il conferimento di poteri discrezionali all'Autorità, esclude che indirizzi dati *a priori* permettano di superare il difetto di legittimazione delle Autorità ad esserne investiti. La mediazione politica serve invece per far sì che l'attività delle Autorità indipendenti si mantenga entro i confini della tecnica, realizzando il miglior equilibrio degli interessi così precisati e realizzando al massimo grado ogni interesse, nel quadro dell'equilibrio tra tutti. Se ciò non è, allora l'esercizio delle competenze delle Autorità indipendenti finisce per travalicare la tecnica ed assumere una coloritura politica [50]

Il rischio che, in questo modo, la politica possa rendere più instabile la regolazione esiste. Ancora nella decisione *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, la Corte di giustizia ha considerato che proprio la dimensione del contingente debba rimanere estranea alle scelte regolatorie e ha individuato in ciò una delle ragioni giustificative della indipendenza funzionale[51]. Se ne comprende agevolmente il senso, che si lega alla certezza del quadro giuridico, condizione necessaria a creare un ambiente propizio al movimento e agli investimenti[52]. Nondimeno questa affermazione, che di per sé ha una sua ragionevolezza, non appare tanto convincente da consentire che si introduca un elemento di blocco rispetto al dovere degli organi politici rispetto alla Comunità. Le crisi r che i mercati, in particolare quelli regolati, attraversano in modo ricorrente debbono indurre a una riflessione e portare a riconsiderare l'idea della politica come elemento di contaminazione delle dinamiche virtuose del mercato: il

[50] Si pensi , sempre e solo come esempio, al settore postale: il Governo non ha adottato indirizzi generali e l'assenza di un quadro organico che abbia definito in sede politica i livelli di garanzia del servizio pubblico, ha reso fortemente discrezionale le scelte compiute dall'AGCOM nel definire i criteri di ragionevolezza con cui si valuta la congruità del numero di punti di accesso al servizio, nell'autorizzare la fornitura a giorni alterni o la distribuzione in luogo diverso da quello del domicilio, nel derogare agli standard di qualità previsti: su questi aspetti, in relazione al rapporto tra politica, si rinvia a S. Torricelli, *Poste* (voce), in B. G. Mattarella, M. Ramajoli, *Funzioni amministrative* (Enciclopedia del diritto), Milano, 2022, 941 ss.

[51] P. 112.

[52] "Al riguardo osservo anche che la piena separazione rispetto al potere politico permette alle ANR di seguire nella propria azione una prospettiva di lungo periodo, che è necessaria per realizzare gli obiettivi della direttiva, sganciando le sue decisioni dalle esigenze legate al ciclo elettorale cui sono invece legati i titolari degli organi politici. Questo legame, che certamente permette il collegamento con le domande e i bisogni presenti nella società e rappresentati nell'opinione pubblica è la virtù principale della democrazia rappresentativa, ma può diventarne il «tallone d'Achille» quando impedisce in materie tecniche l'adozione di una prospettiva di lungo periodo capace di resistere alle pressioni degli interessi settoriali", così l'avv. gen. Pitruzzella sempre nelle conclusioni del caso C-718/18, nota 44.

ISSN 2036-7821

mercato può essere virtuoso, se accompagnato dal costante adattamento degli obiettivi che si perseguono regolandolo e controllandolo. D'altra parte, proprio il divieto di dare disposizioni che incidano direttamente sulle competenze delle Autorità indipendenti riserva uno spazio regolatorio che consente loro di considerare, nel compiere le scelte, anche l'esigenza di rispettare gli affidamenti, dare continuità all'azione, assicurare sicurezza giuridica.

E in ultimo una considerazione a chiusura.

C'è poco da aspettarsi, in effetti, dalla spontanea capacità della politica di svolgere una rispettosa, costante e adeguata funzione di guida. *Ergo*, ci si deve chiedere cosa accada se, in uno spazio regolatorio lasciato vuoto, la funzione delle Autorità esonda producendo atti frutto di scelte politiche. La conseguenza non può che giocarsi in termini di legittimità, come d'altra parte è in quei termini che si gioca la violazione del principio di separazione tra politica e gestione nell'amministrazione tradizionale.

Il convitato di pietra di questo discorso è in effetti il giudice nazionale, che non sempre ha colto l'opportunità di chiarire i termini del rapporto tra indipendenza e discrezionalità[53], ma che potrebbe invece svolgere un ruolo propulsivo nel riassestamento del modello.

[53] E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 176.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The ECHR's constraints on the repressive power of public bodies

di Giovanni Martini

(Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Preliminary contents. – 2. The application of the Engel criteria by the successive decisions of the ECtHR. – 2.1. The legal classification of the offence under national law. – 2.2. The very nature of the offence. 2.3. The degree of severity of the penalty. – 3. The independence and impartiality of the body imposing the sanction. – 4. Sanctioning activity and discretionary powers. – 5. The full jurisdiction. – 6. The full juris-diction in the ECtHR's decisions. – 6.1. The latest directions taken by the ECtHR. – 7. Conclusion.

Abstract

The scope of this analysis is to reconstruct, with a brief look to the Italian case, the 'frame of reference' within which the rulings of the ECtHR on the Art. 6 of the ECHR, due to the particular strength that Article 46 of the Convention attributes to them, are made, to understand, at the outcome, how, and to what extent, the sanctioning activity of public bodies can be influenced by the principles of the ECHR as enforced by the Judges of Strasbourg. To this aim the focus will be addressed on the following, and more complex, profiles: (a) independence, impartiality and separation of functions; (b) sanctioning activity and discretionary powers; (c) sufficient judicial review and full jurisdiction, to conclude the investigation trying to verify, in the light of the latest directions taken by the ECtHR; (d) whether, and how, the types of sanctions can affect the conditions of the judicial protection.

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

ISSN 2036-7821

1. Preliminary contents.

As the examination of ECtHR's decisions will clearly highlight, in the activity of reconstructing the principles enshrined in the ECHR, the path of their argument does not always proceed in a linear and coherent manner. Not infrequently, in some decisions, Judges openly disavow the principles established in previous, even recent, rulings[1]. Other times new principles are immediately abandoned through the express reference to those previously elaborated[2]. Additionally, in cases while claiming to apply one or more general principles they seem to disregard the founding reasons behind them[3].

Faced with such a heterogeneous framework, it seems really difficult not to adhere to the opinion of Lord Phillips, which, to represent the poor linearity in the decision of the ECtHR, observed: «some of these decisions are mutually inconsistent and it is not always easy to identify the principle underlying others»[4].

Of course, due to the particular strength that Article 46 of the Convention attributes to them, the rulings of the ECtHR, despite their poor linearity, cannot be ignored, so, with a brief look to the Italian case, the scope of this analysis is to reconstruct the 'frame of reference' within which these decisions are made, to understand, at the outcome, how, and to what extent, the sanctioning activity of public bodies can be influenced by the principles of the ECHR as enforced by the Judges of Strasbourg.

To this aim the focus will be addressed on the following, and more complex, profiles: a) independence, impartiality and separation of functions; b) sanctioning activity and discretionary powers; c) sufficient judicial review and full jurisdiction, to conclude the investigation trying to verify, in the light of the latest directions taken by the ECtHR d) whether, and how, the types of sanctions can affect the conditions of the judicial protection.

---

[1] In this regard of particular significance is the application that the ECtHR did of the principle, enshrined in art. 6, co. 1, of the ECHR, of presumption of innocence, whose operativity is affirmed when the person acquitted of a criminal charge requests to the State the compensation for the damages suffered, and, unexpectedly excluded, when the claim for compensation is proposed by those who (victim and/or his family) assume to have received damage as a result of the criminal actions of the acquitted person. See Sekanina v. Austria, 25 August 1993 (Appl. n. 13126/87), and Rushiti v. Austria, 21/3/2000 (Appl. n. 28389/95) and Y v. Norway, 11/2/2003 (Appl. n. 56568/00) or Ringvold v. Norway, 11/2/2003 (Appl. n. 34964/97), in *https://hudoc.echr.coe.int*. See also R. KITAI, *Protecting the Guilty*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2003, 6, pp. 1169 ss.

[2] That's what happened with regard to the 'cloudy choice' of the ECtHR in identifying the criteria to identify the criminal (in nature) value of the tax surcharges. For example, Janosevic v. Sweden, 21/5/2003 (Appl. 34619/97) and Jussila v. Finland, 23/11/2006 (Appl. n. 73053/01), in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[3] It is sufficient to recall the incongruity that arises from the comparison between a decision that declares the character penal in nature of a road fine of a few Euros (in Öztürk v. Germany, 21/2/1974, Appl. n. 8544/79), and another that excludes it in the much more afflictive hypothesis of a confiscation of a huge property (M. v. Italy, 15/4/1991, Appl. n. 12386/86).

[4] Opinion expressed in Gale v. Serious Organized Crime Agency, [2011] UKSC 49, in *https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2010-0190.html*. See even, P. CERBO, *Una o più nozioni di sanzione amministrativa per le garanzie multilivello*, in *Studi senesi*, 2019, pp. 143 ss.

ISSN 2036-7821

2. The application of the Engel criteria by the successive decisions of the ECtHR.

If it is of no doubt that the *Engel decision* represents the leading case on the topic of the administrative sanctions, the successive step, according to the scope of this analysis, is to verify how the legal principles expressed in this decision have been applied by the successive decisions to define the sphere of influence of art. 6 ECHR, and then the possible effects on the exercise of the sanctioning power in the contracting States' legal systems.

2.1 The legal classification of the offence under national law.

The legal classification of the offence under national law represents nothing more than a mere indication because, in ECtHR's view, the legal qualification made by the contracting States' legal systems cannot be interpreted as a tool to narrow the extent of CEDU guarantee.

In this sense the ECtHR affirmed that «it must be remembered that the Convention is designed to "guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective"»[5].

To examine that requirement the ECtHR goes over the qualification of the sanction under national law, founding every evaluation on the effective process and its legal regime. Therefore, in Valico s.r.l. v. Italia, concerning a sanction for infringement of landscape legislation, the Court begins examining «whether the measure in question is imposed following conviction for a "criminal offence"», pointing out that further issues to consider are «its characterization under national law [and] the procedures involved in the making and implementation of the measure»[6].

In Escoubet v. Belgium, instead, the reference to the process under domestic law was not deemed adequate to ascertain the very nature of the penalty[7]. The case is about the withdrawal of a driving license as consequence of a car crash. The ECtHR states that: «The fact that a measure is provided for in a criminal statute of a respondent State does not in itself signify that it falls within the scope of Article 6 of the Convention», this provision is to be applied just when «there is a "criminal charge" against a particular person, that is, after the individual has received the "official

[5] Micallef v. Malta, 15/10/2009 (Appl. n. 17056/06), par. 81, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[6] Judgment 21/3/2006 (Appl. n. 7007/01), par. A2, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[7] This would overcome the argument followed at par. 81 of the decision Engel. As observes R. NAZZINI, *Administrative Enforcement, Judicial Review and Effective Judicial Protection in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 971 ss., in *http:/ssrn.com/abstract=2117187*, the approach of the decision Engel is unidirectional, «If an offence is criminal under national law, it is also criminal under Art. 6. But if an offence is not criminal under national law, the domestic classification of the offence is 'no more than a starting point'. It provides an indication carrying 'a formal and relative value'» (p. 16).

ISSN 2036-7821

notification by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence"»[8].
In that case from the lack of a formal charge, the ECtHR derives the non-penal nature of the measure at hand, ignoring (or pretending not to hear) the fact that the sanctions (the disqualification) was ordered by the Prosecutor during the investigations. Sure enough, the Court identified this measure as «part of a criminal investigation before bringing a "criminal charge"»[9].

2.2 The very nature of the offence.
The very nature of the offence, the second Engel criteria, is the most considered by ECtHR, to investigate on the real nature of a sanction. The review of the law cases shows, however, an indication not always coherent of the elements from which to deduce the existence of this requirement.
To this aim the Court investigates the purpose of sanction, considering them penal in nature if it has a dissuasive and punitive character[10].
On this line it has considered penal in nature the surcharge for tax fraud[11], the fine for reckless driving[12], a measure of confiscation of assets[13], and the financial penalty for

[8] Par. 34.
[9] Par. 34. This aim is hereby confirmed in Hangl v. Austria, 20/3/2001 (Appl. n. 38716/97), in *https://hudoc.echr.coe.int*., where the ECtHR affirms that «Therefore it cannot be said that in the proceedings for the withdrawal of the driving licence the applicant had been tried or punished again for an offence for which he had already been finally convicted, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7. Consequently, this provision does not apply to the proceedings at issue».
[10] In Grande Stevens and Others c. Italy, 4/3/2014 (Appl. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10), in *https://hudoc.echr.coe.int.*, the ECtHR observes, at par. 96, that «As to the nature of the offence, it appears that the provisions which the applicants were accused of breaching were intended to guarantee the integrity of the financial markets and to maintain public confidence in the security of transactions. […] These are general interests of society, usually protected by criminal law (see, mutatis mutandis, Menarini Diagnostics S.r.l., cited above, § 40; see also Société Stenuit v. France, report of the European Commission of Human Rights, 30 May 1991, § 62, Series A no. 232-A). In addition, the Court considers that the fines imposed were essentially intended to punish, in order to prevent repeat offending. They had therefore been based on rules whose purpose was both deterrent, namely to dissuade the applicants from resuming the activity in question, and punitive, since they punished unlawful conduct (see, mutatis mutandis, Jussila, cited above, § 38)».
[11] Si v. Paulow v. Finland, 14/2/2006 (Appl. n. 53434/99), in *https://hudoc.echr.coe.int*, where it's affirmed: «For the purposes of the present case, the Court will proceed on the assumption that Article 6, in its criminal aspect, may be regarded as applicable to the proceedings by which the applicant was required to pay a substantial surcharge under provisions intended to be of deterrent and punitive effect».
[12] See Öztürk v. Germany, 21/2/1984 (Appl. n. 8544/79), par. 53, in *https://hudoc.echr.coe.int*, where the ECtHR states that «Indeed, the sanction - and this the Government did not contest - seeks to punish as well as to deter. It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature».
[13] Welch v. The United Kingdom, 9/2/1995 (Appl. n. 17440/90), in *https://hudoc.echr.coe.int*., where, at par. 30, the Court points out that «However it cannot be excluded that legislation which confers such broad powers of

ISSN 2036-7821

infringement of landscape legislation[14].
In other cases, however, the ECtHR, has set aside this approach, affirming the penal nature of a sanction considering its potential general application only. Therefore, in a case regarding the seizure of offensive publications it stated that: «On the question of the nature of the offence committed by the applicant, the Court recalls that […] The latter provision regulates administrative law offences against the established order of administration. Accordingly, this legal rule is directed towards all citizens and not towards a given group possessing a special status. […] It follows that the legal norm in question is of general effect and therefore falls under the second Engel criterion»[15].
The study of these decisions restores the idea of non-linearity in ECtHR's opinion about the verification of the *very nature of the offence*. A quick glance could suggest that the penal nature is proper for the sanctions having a punitive purpose, with the exclusion of the ones principally directed to the pursuit of public interests.
That conclusion, however, does not seem to be persuasive for at least two reasons.
Firstly, the intent of law it is not the only requirement the ECtHR uses. In addition to this, in other cases, the Judges have also considered the effect of the rule, excluding penal nature when the sanction, while having punitive purpose, is directed to a limited group of persons for the particular status to which they are entitled.
And also, as the Court stated in many decisions, «the second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative»[16], so that the lack of punitive nature could always be overtaken looking at the *degree of severity of the penalty* (the third Engel criterion).

2.3 The degree of severity of the penalty.
The same argumentative non-linearity is found in the decisions regarding the last of the Engel criteria.
Regarding this profile, in the opinion of ECtHR, the sanction that can be imposed

confiscation on the courts also pursues the aim of punishing the offender. Indeed, the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment».

[14] See Valico c. Italia, 21/3/2006 (Appl. 7007/01), in *https://hudoc.echr.coe.int*., in which it's affirmed: «In this connection, it observes that the penalty provided for by section 16(5) of Regional Law no. 20 of 1989 does not seek to afford pecuniary reparation for damage but essentially to inflict punishment in order to prevent the repetition of breaches of the building conditions laid down by the Regional Authority (see, mutatis mutandis and in relation to the notion of a "criminal charge", Bendenoun v. France, 24 February 1994, § 47, Series A no. 284). Further support for this conclusion is to be found in the findings of the Consiglio di Stato, which in its judgment of 4 July 2000 stated that the absence of damage to the landscape did not prevent a fine being imposed. The penalty was therefore both deterrent and punitive, the latter being the characteristic that ordinarily serves to distinguish criminal penalties (see Öztürk v. Germany, 21 February 1984, § 53, Series A no. 73)».

[15] Balsytė-Lideikienė v. Lithuania, 4/11/2008 (Appl. n. 72596/01), par. 56. On the same line see: Ezeh and Connors v. The United Kingdom, 9/10/2003 (Appl. nn. 39665/98 e 40086/98), par. 104, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[16] Balsytė-Lideikienė v. Lithuania cit. par. 55.

ISSN 2036-7821

abstractly and within the specific context must be investigated. In this respect it states that: «The Court considers that significant weight should be attached to the severity of the penalty, both potential and actual»[17]. If that approach could appear acceptable, it is in the identification of the *degree of severity* that from the ECtHR's decisions no strong indications can be found.

This requirement was recognized in cases concerning fines of over one million Euro[18], when no limits to the fine amount are set[19], or even there is deprivation of freedom[20]. In other cases, the Court provides non-linear indications.

In a controversy regarding the penalty points endorsement for traffic violation, the severity of sanction is recognized examining its dissuasive nature more than its *degree*. In fact, the Court observes that «It is indisputable that the right to drive a motor vehicle is very useful in everyday life and for carrying on an occupation. The Court, like the Commission, accordingly, infers that, although the deduction of points has a preventive character, *it also has a punitive and deterrent character and is accordingly similar to a secondary penalty*»[21].

As the analysis carried out demonstrates, there is an evident difficulty to harmonize the juridical categories stated by the ECtHR with the ones typical of the national legal systems (of every contracting State).

3. The independence and impartiality of the body imposing the sanction.

Among the most relevant guarantees enshrined in art. 6 of the ECHR there are those of the independence and impartiality of the body called to impose a sanction (of a criminal nature).

The Judges, in order to ascertain the independence of an adjudicative body, identify four, interesting criteria: a) the manner of appointment of its members; b) the

[17] Valico c. Italia cit., par. 47.

[18] Grande Stevens and Others v. Italia cit., and Valico v. Italia cit.

[19] Janosevic v. Sweden, 21/5/2003 (Appl. 34619/97), par. 69, in *https://hudoc.echr.coe.int*, where the ECtHR states that «Swedish tax surcharges are imposed in proportion to the amount of the tax avoided by the provision of incorrect or inadequate information. The surcharges, normally fixed at 20% or 40% of the tax avoided, depending on the type of tax involved, have no upper limit and may come to very large amounts». To this case the ECtHR connects the situation in which non-payment of fines, penalties or surcharges can be converted in arrest, see Balsytė-Lideikienė v. Lithuania cit.

[20] In Ezeh and Connors v. The United Kingdom cit., where the sanction was the exclusion of the early release, the ECtHR states that «given the deprivations of liberty liable to be and actually imposed on the present applicants, there is a presumption that the charges against them were criminal within the meaning of Article 6, a presumption which could be rebutted entirely exceptionally, and only if those deprivations of liberty could not be considered "appreciably detrimental" given their nature, duration or manner of execution». With regard to the overcoming of this presumption, the Judges only check how the additional penalty is served, observing that « there was nothing before the Chamber, and nothing was submitted to the Grand Chamber, to suggest that awards of additional days would be served other than in prison and under the same prison regime as would apply until the normal release date set by section 33 of the 1991 Act».

[21] Malige v. France, 23/9/1998 (Appl. nn. 68/1997/852/1059), par. 39, in *https://hudoc.echr.coe.int* (my italics).

ISSN 2036-7821

duration of their office; c) the existence of guarantees against pressures from outside; and d) the (general) appearance of independence of the body[22].

All those elements are easy to find among (most of) the administrative bodies, and, even if the concepts of independence and impartiality «are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination»[23], it seems more useful to focus on the problem of the impartiality, because it appears more difficult to ascertain and more numerous are the rulings of the ECtHR concerning it.

In Micallef v. Malta, the ECtHR, reiterating what was expressed in its previous rulings, clarifies that according to art. 6, co. 1, of the ECHR, the impartiality of the judicial body, as well as the subjective bias of a single judge, can be assessed using a two-pronged approach. The first, of a subjective nature (*subjective test*), concerning the personal convictions and, more generally, the behavior of a particular judge, who manifested personal prejudice, or bias, in a given controversy[24]. The second, of an objective nature (*objective test*), concerning the structure and composition of the judicial body itself, to verify the presence of sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt about its impartiality[25].

Even if the there's non watertight division between these two criteria, in most cases, however[26], it could be not easy for the applicant to prove the existence of reasons of hostility or bad faith for the specific judge, and therefore his bias. For this very reason the ECtHR, more and more frequently, has preferred to focus its attention on the objective test[27]. In doing so, observes the ECtHR, it is necessary to evaluate the

---

[22] Court (Chamber), Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28/6/1984 (Appl. n. 7819/77; 7878/77), par. 78, in *https://hudoc.echr.coe.int*. The Court affirmed that «In determining whether a body can be considered to be "independent" - notably of the executive and of the parties to the case (see, inter alia, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, para. 55) -, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office (ibid., pp. 24-25, para. 57), the existence of guarantees against outside pressures (see the Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, p. 13, para. 27) and the question whether the body presents an appearance of independence (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, para. 31)».

[23] Grand Chamber, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal, 6/11/2018 (Appl. n. 55391/13, 57728/13 and 74041/13), par. 150, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[24] With regard to the judge's personal convictions (subjective criterion), following the previous law cases, the ECtHR states that his impartiality must be presumed until proven otherwise, as happens when he has openly manifested a particular hostility towards one of the parties. See Kyprianou v. Cyprus, 15/12/2005 (Appl. n. 73797/01), par. 119, in *https://hudoc.echr.coe.int*. In addition, see also Olujić v. Croatia, 5/2/2009 (Appl. n. 22330/05), par. 58, where the Court states that «In applying the subjective test the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see Hauschildt v. Denmark, 24 May 1989, § 47, Series A no. 154). As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill-will or has arranged to have a case assigned to himself for personal reasons».

[25] See Fey v. Austria, 24/2/1993 (Appl. n. 14396/88), par. 27-28; Wettstein v. Switzerland, 21/12/2000 (Appl. 33958/96), par. 42, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[26] See Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal cit., par. 146.

[27] Olujić v. Croatia cit., par. 58.

ISSN 2036-7821

existence of circumstances capable of injecting a certain doubt about the impartiality of the body called to take the decision[28], in this sense to assume relevance is not the fear of the subjects interested, but that this is objectively justified[29].

So still, in Olujić v. Croatia the ECtHR adds that anyone who is entrusted with adjudicative functions should employ them using the utmost discretion avoiding, in order to preserve his own impartial figure, making statements to the press even when expressly requested to do so[30]. This is because «justice must not only be done: it must also be seen to be done», and in fact, appearances also have a considerable importance, since relevancy is the confidence that every Court, in a democratic society, must generate in the community[31].

So, in the decision Grande Stevens and others c. Italy, is the impartiality of Consob (the Italian supervisory authority for Companies and Stock Exchange) to be challenged, with regard to the dual role of the President. In fact, in addition to presiding over the body responsible for pronouncing the sanction, the latter also has the task of supervising the preliminary investigation carried out by the offices, preventing the separation between the preliminary and the decisional phase of the proceeding.

For these reasons, the ECtHR accepts the lodged claim, noting that, although there is a formal separation between the bodies responsible for carrying out the investigation and the body responsible for applying the sanction, nevertheless «the Directorate and the Commission are merely branches of the same administrative body, acting under the authority and supervision of a single chairman. In the Court's opinion, this amounts to the consecutive exercise of investigative and judicial functions within one body; in criminal matters such a combination of functions is not compatible with the requirements of impartiality set out in Article 6 § 1 of the Convention»[32].

---

[28] This can happen, according to the Court when there are hierarchical relationships between the judge and other parties, as well as when this relationship is such as to indicate a clear loss of impartiality by the judge. See Miller and Others v. the United Kingdom, 26/10/2004 (Appl. nn. 45825/99, 45826/99 e 45827/99); Pullar v. the United Kingdom, 10/6/1996 (Appl. n. 22399/93), in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[29] In the par. 69 the Corte EDU observes that «As to the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see Wettstein, cited above, § 44, and Reports 1996-III)». Referred to in the same decision, see also Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7/8/1996 (Appl. n. 19874/92), par. 58, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[30] See Olujić v. Croatia cit., par 59, in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[31] In Micallef v. Malta cit., par. 98, the ECtHR pointed out that «In this respect even appearances may be of a certain importance or, in other words, "justice must not only be done, it must also be seen to be done" (see De Cubber, cited above, § 26). What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw». See even, Castillo Algar v. Spain, 28/10/1998 (Appl. n. 28194/95), in *https://hudoc.echr.coe.int*.

[32] See Second Section, Grande Stevens v. Italy, 4/3/2014 (Appl. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e

ISSN 2036-7821

4. Sanctioning activity and discretionary powers.

The issue of administrative sanctions discretion has always been controversial in the context of law studies.

The doubt concerns the possibility of conferring to the administrations the power to evaluate the opportunity of imposing the sanctions, legitimately allowing it to decide or to omit its application where it is so required, in the individual case, by evaluations concerning public interests.

The focus on this very sensitive topic, actually easy to understand, is influenced by the debate on the assimilation, as for its legal basis, with criminal sanctions, whose application is normally a duty and not a choice.

And in fact, the thesis of the compulsory exercise of punitive power by the Administrations could be supported on the basis of multiple arguments.

Sanctioning proceedings go to the heart of the rule of law forcing the legislator to set out the conditions of the sanction without leaving any margin of choice, in the application, to the administration. In this respect, the law, when setting the conditions of the sanction, would exhaust all the profiles related to its convenience, thus depriving the administration of every power of assessment on the matter[33].

18698/10), par. 137, in *https://hudoc.echr.coe.int*. For an in-depth study of the ruling see M. ALLENA, *Il caso* Grande Stevens *c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 1053 ss., and, in addition, ID., *Garanzie procedimentali e giurisdizionali alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *www.giustamm.it.*, n. 12/2011, where it's been obeserved «è significativo che, nel nostro ordinamento, si sia cercato di dare attuazione agli obblighi convenzionali già nel 2005, tramite la legge n. 262, sulla tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, il cui art. 24 introduce, con riguardo ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP, il principio di separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'irrogazione delle sanzioni. Alla luce di questa previsione, si può allora ritenere che, anche con riguardo ai procedimenti amministrativi diversi da quelli sanzionatori, debba essere attuato pienamente quel principio di separazione tra organo istruttorio e organo competente all'adozione del provvedimento finale, già invocato da una parte della dottrina al fine di garantire la realizzazione di un'azione amministrativa davvero imparziale: la necessità di tale distinzione, del resto in qualche misura già abbozzata (sia pure in forma di mera possibilità) dal legislatore della legge n. 241 del 1990 nelle norme dedicate alla figura del responsabile del procedimento, trova dunque nei principi CEDU un nuovo ancoraggio di diritto positivo (o, meglio, costituzionale)». See also: F. FRACCHIA, *Il giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 451 ss.; R. VILLATA - F. GOISIS, *Procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali*, in L. DE ANGELIS - N. RONDINONE (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 541 ss., spec. pp. 543 ss.; B.G. MATTARELLA, *Artt. 23-24*, in A. NIGRO - V. SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 438 ss.; A. TONETTI, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della CONSOB*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 1227 ss. With regard to the separation between organs with preliminary and with decision-making functions, see: M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 505 ss.; U. ALLEGRETTI, *Legge generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1. ss.

[33] As observed by da E. CAPACCIOLI, Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive, in AA.VV., Le sanzioni in materia tributaria, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 125 ss., 139, «non sta all'Amministrazione di valutare se convenga piuttosto omettere l'applicazione della pena pecuniaria». This conclusion is confirmed in ID., Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative, in AA.VV., Le sanzioni amministrative (Atti

ISSN 2036-7821

The same conclusion could also be reached by reasoning that the 'principle of equality' would require the regulation of exclusions from the application of the sanction to be reserved only to the general provisions, and especially to the law, regardless of any assessment of opportunities for the Administration[34].
As a consequence, it is possible to achieve the same outcomes by reasoning on the role of the administrations, since, with respect to sanctioning power, to the effects of this principle their tasks are an equal treatment of all the individuals administered, and, therefore, anyone is found to be in the conditions laid down by the sanctioning legislation, and for this only, will have to suffer the application without any further margin for assessment[35]. With the conclusion that, from administrative proceedings, discretionary powers are excluded[36].
In this sense they have disposed of the legislations of many contracting States. For example, the Italian Act n. 689/1981 supports this view stipulating, in Articles 14 and 17, respectively, that any infringement «*must* be immediately contested», and, where this is not possible «the seeds of violation *must* be notified to the to the parties concerned» and, in addition, that, if «the reduced payment is not made, the officer who ascertained the violation *must* submit report»[37], thus providing, the Italian law would seem to outline a system that does not allow any power of choice for the administration which, verified the existence of the unlawful conduct, in the same

---

del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 18-20 settembre 1980), Giuffrè, Milano, 1982, pp. 57 ss., 118, in which he affirmed that : «Quando la legge stabilisce le condizioni perché la sanzione sia applicabile, fissa il tipo di sanzione, ne determina la misura, sia pure fra un minimo ed un massimo, non c'è spazio per la discrezionalità amministrativa. Semmai c'è spazio per valutazioni tecnico-empiriche, che nulla hanno a che vedere con la discrezionalità amministrativa». On the same line U. BORSI, L'esecutorietà degli atti amministrativi, in Scritti di diritto pubblico, I, Cedam, Padova, 1976, pp. 139 ss., 140, observing that wherever «il disobbediente si affretti a tornare all'osservanza dei propri obblighi nonostante che la disobbedienza […] siasi già verificata, può l'Autorità amministrativa dispensarsi dal punirlo o dal farlo punire».

[34] See on this point C.E. PALIERO – A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative, in Enc. dir., vol. XLI, 1989, pp. 345 ss., 374, according to which the sactioning rules «"debbono osservare i principi di imparzialità e ragionevolezza", non soltanto sotto il profilo sostanziale – di adeguatezza della misura della sanzione alla gravità dell'illecito – ma anche sotto il profilo formale – di 'indiscriminatezza' dell'irrogazione –, senza ammettere condizionamenti di 'opportunità', né oggettiva (interessi amministrativi particolari), né, tantomeno soggettiva (persona del trasgressore)». See also M.A. SANDULLI, Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali, Jovene, Napoli, 1983, pp. 199 ss.

[35] See C.E. PALIERO – A. TRAVI, voce Sanzioni amministrative cit., p. 374, where they observ that «Vi è pertanto lo spazio per desumere dall'art. 97 Cost. una garanzia più pregnante, di trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni («chiunque trasgredisce deve essere punito»). See even R. RODORF, Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari, in Le Società, 2010, pp. 981 ss., 985. the Italian Courts are of the same opinion, see Consiglio di Stato, Sez. V, 27/6/2012, n. 3787, in www.giustizia-amministrativa.it, which points out that «l'amministrazione, al pari del giudice penale, ha l'obbligo di esercitare l'azione e di concludere il procedimento: il principio di officialità deriva dalla vigenza, in materia di sanzioni punitive, del principio di legalità sostanziale ricavato dagli artt. 23 e 97 Cost., in virtù del quale il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge».

[36] C.E. PALIERO – A. TRAVI, La sanzione amministrativa. Profili sistematici, Giuffrè, Milano, 1988, p. 255.

[37] Emphasis added by the author.

ISSN 2036-7821

way as the judicial investigating body, must initiate the repressive (administrative) procedure.

The same conclusions also seems to point out the text of art. 18 of Act n. 689/1981, as it provides that the sanction proceedings *must* be concluded with a payment order to the offender (to pay a financial penalty), or with an order to close the proceeding when there is no ground for investigations This means that, once the knowledge of the infringement has been acquired, the Administration has no place for further considerations on the opportunity to sanction or not the offender[38].

Instead, a different approach is followed by those who concluded in favor of the compatibility between sanctioning power and discretion, claiming that the sanctioning power is a tool designed for achieving public interest, the same interest for which the law attributes tasks to administrative bodies[39].

As it is an expression of administrative activity, under this approach, there will be no obstacle to the configuration of the sanctioning power as discretionary, this depending on the legislative choice made when this power is attributed to the Administration. It is also alleged, in the light of this reconstruction of the sanctioning power, the existence of a presumption of discretionary power, which can be overcome only when it is the law to exclude it[40].

This is also the conclusion that could result from the study of the sanctioning powers of the independent Agencies.

It has been noted that the relevant regulation only lays down generically the detrimental conduct, using phrases with indeterminate content, which means that the same Authorities are called to define their actual content. This allows us to affirm that the legislation attributes to the Agencies broad discretionary powers to determine the substance of the rule, and, in this way, the definition of the forms of protection in a given sector[41].

---

[38] On this point see M.A. SANDULLI, voce *Sanzione* cit., pp. 15-16, according to which «Atteso che l'archiviazione costituisce nel procedimento amministrativo l'unico possibile sbocco della decisione di non applicazione della pena pecuniaria, ne discende che, in ogni caso, l'autorità adita dovrà emettere ordinanza motivata sulle ragioni di fatto e di diritto, soggettive ed oggettive, che abbiano determinato il proprio giudizio. Siamo quindi sicuramente in presenza, almeno in questa ipotesi, di una positiva enunciazione del principio di obbligatorietà della sanzione amministrativa».

[39] See G. PAGLIARI, Profili teorici della sanzione amministrativa, Cedam, Padova, 1988, p. 196, who pointed out that «l'"autonoma valenza funzionale" la misura sanzionatoria amministrativa […] si caratterizza per attuare il diritto attraverso (la ricostruzione delle condizioni per) il perseguimento dell'interesse pubblico primario, per la cui cura è stata conferita la competenza di amministrazione attiva, della quale il potere sanzionatorio costituisce esplicazione».

[40] In the opinion of G. PAGLIARI, (cited work) p. 238, «dalla tesi proposta si può dedurre in via consequenziale esattamente il principio contrario e, con esso, una presunzione di discrezionalità nella sua dimensione più ampia, ogniqualvolta la norma di diritto positivo non escluda la discrezionalità o non la limiti a taluno degli elementi che la caratterizzano e la cui, anche individua, presenza notoriamente è sufficiente a dimostrare la natura discrezionale del potere conferito».

[41] A. POLICE, Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in C. RABITTI

ISSN 2036-7821

An additional element, from which to infer the compatibility between discretion and sanctioning power, is found in the context of the competition law. The initiation of sanctioning proceedings by the antitrust Authority may, in fact, be interrupted through the assumption of "commitments" by the undertaking that has implemented the unlawful conduct, that, if deemed suitable and made compulsory by the Authority, may lead to a decision to close the proceedings instead of imposing the sanction[42]. This would allow us to deduce, in these cases, the existence of a wide discretion for the antitrust authority, which, as remarkably observed, when assessing the suitability of the commitments to remove the continuation of the anti-competitive situation can choose, through an evaluation of expediency, if accepting the commitments or go on with the sanctioning proceeding[43].

It is worth-noticing that there are good reasons to support the subordination of the sanctioning power to discretionary choices of the Administrations, that's what happens, for example, when law entrusts to them the definition of the conditions to proceed with the imposition.

To find a solution to this very delicate question concerning how to exercise the sanctioning power, it seems more profitable to start from the conclusions reached, on the basis of the analysis about the identification of different types of sanctions with regard to the purpose they are designed to pursue[44].

In the framework of the unitary sanctioning activity, intended as a reaction of each legal system to the breach of a rule, it is possible to distinguish, in relation to the purpose that the law attributes to them, between punitive sanctions, which, as the penal ones, aim to disincentive the commission of the prohibited conducts; sanctions directed to the implementation of public interest, and, finally, disciplinary sanctions, which instead require a particular relationship with the Administration.

For the sanctions belonging to the first category, having an eminent punitive function to characterize their exercise should be of necessity, the exercise of the punitive

---

BEDOGNI – P. BARUCCI (edited by), 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 369 ss., 380.

[42] See art. 14-ter, Italian Act n. 287/2000 and the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006/C 298/11).

[43] S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 110 (in a footnote). The Author calls attention to the hypothesis of the leniency programmes which consent to the antitrust Agency to decrease the amount of the penalties or «rinunciare a concludere il procedimento […] nei confronti di una impresa coinvolta in un cartello che, dissociandosi dallo stesso e denunciando gli altri componenti dell'operazione illecita, fa venire allo scoperto con la sua autodenuncia queste intese» (p. 113).

[44] The same approach is found, in V. ANGIOLINI, Principi costituzionali e sanzioni amministrative, in Jus, 1996, pp. 227 ss., 232, which, while orienting the analysis towards different targets, claims that «Ciò che preme mettere in rilievo è, però, che il giostrare i principi degli artt. 23 e 97 Cost. o anche le regole e i principi concernenti libertà costituzionalmente tutelate sul metro della "ragionevolezza" postula, comunque, un preventivo chiarimento sulla nozione o sulle nozioni di sanzione amministrativa, il quale dia conto delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione nell'attività sanzionatoria».

ISSN 2036-7821

function not tolerating interruptions in its application as well as evaluations that are not directed to verify the existence of the harmful conduct.

On the other hand, a different argument should be used with regards to sanctions that aim to the realization of the public interest.

Once intended as a tool (maybe even of secondary nature) to achieve public tasks, its most relevant profile it seems to be the one of the duty (of care), which represents the typical character of the administrative activity. Administrative power finds at its base the duty of care of the public interest, and does not aim to a generic achievement of the purpose for which is attributed, but to realize the most suitable activity in order to guarantee the highest level of its satisfaction[45]. Satisfaction that, in some cases, could consist in the maintenance of the *status quo*.

The notion of duty (and dutifulness) comes from Jurisprudence and evokes the relationship between prescription and (administrative) measure, relationship designed as necessity of the (administrative) action[46]. In this sense, the duty of the administration is only to exercise power by ensuring the highest achievement of the public interest.

With regard to the relationship between sanction and public interest, when the law constitutes the sanctioning power of an administrative body as discretionary, it is possible to imagine different solutions. The discretion of the administration may be limited to the mere determination of the penalty, depending on the most appropriate conditions to pursue public interest[47]. Or the administration can be attributed the choice about the *conditions* of the sanction, either explicitly, through an express legal provision, or even implicitly, as happens when the faculty to integrate with its own provisions the components of the rule, or to lay down the conditions for the application of the sanction, is left to the administration[48].

It is obvious, therefore, that in the latter hypothesis, the outcome of the assessment made by the administration may also be a decision not to proceed, the choice not to

---

[45] See F. GOGGIAMANNI, La doverosità della pubblica amministrazione, Giappichelli, Torino, 2005, p. 76, according to which «sottolineare il rapporto di derivazione del potere dal dovere sembra prefigurare, quindi, un avanzamento rispetto all'ottica del potere funzionalizzato implicando l'incidenza sulle modalità di esercizio del primo ed un controllo più pregnante sull'adeguatezza del risultato raggiunto rispetto all'interesse perseguito».

[46] See again F. GOGGIAMANNI, La doverosità della pubblica amministrazione cit., p. 57.

[47] As observed by S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 113, «nello specifico settore del diritto *antitrust*, sono previsti anche i c.d. programmi di clemenza (*leniency programmes*), già richiamati sopra, in virtù dei quali l'AGCM può rinunciare a concludere il procedimento sanzionatorio (ovvero può ridurre l'entità della sanzione) nei confronti dell'impresa coinvolta in un cartello che, dissociandosi dallo stesso e denunciando gli altri componenti dell'operazione illecita fa venire allo scoperto con la sua auto-denuncia queste intese (che ovviamente hanno natura segreta), fornendo così un contributo decisivo per l'accertamento dell'infrazione e, in tal modo, facendo cessare l'operazione anticoncorrenziale».

[48] See again S. CIMINI, (cited work) p. 108, which observes that «nel procedimento sanzionatorio *antitrust* la discrezionalità nell'*an* si può chiaramente desumere dalla circostanza che la fattispecie illecita in questo settore è individuata dalla legge con una nozione del tutto indeterminata, come quella di "infrazioni gravi", che lascia ampio spazio di scelta in capo all'Autorità sanzionatrice».

ISSN 2036-7821

adopt any sanction strengthens the idea of the functionality of it in the pursuit of the public interest[49].
Finally, as regards disciplinary sanctions, considering the particular relationship that exists with the interests of the administration, the general rule could well be that of the widest discretion of it.
On the other hand, this reconstruction does not seem to conflict with the ECHR, given that the provisions contained in art. 6 of the Convention no constraint is imposed on the States about the manner in which to exercise of sanctioning power[50].

5. The full jurisdiction.
As pointed out in Menarini, in the opinion of the ECtHR, a due process of full jurisdiction can 'cure' an eventual loss of conventional guarantees by the administrations.
Particularly, it serves as remedy in all cases where a sanction, as well as the definition of a civil right, is made by a public body with a lack of impartiality, which happens when the same subject or authority is appointed by law to conduct the investigation and to adopt the final decision[51].
That approach underpins the fundamental idea, put forward by the ECtHR, to consider the process as single, secondary, step of a unitary function aimed to define the level of a sanction or civil rights. This point of view has its roots in the thought, which comes from the medieval legal experience[52], that an administrative decision has the same value of a judgement to determine nature and consistency of a right because both are an application of the law in the single cases.

---

[49] In this regard see F. BASSI, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1981, pp. 480 ss., 484, according to which it can happen that a public body decides «di non emanare alcun ordine repressivo qualora l'attenta ponderazione degli interessi in gioco lo convinca che il modo migliore di tutelare l'interesse pubblico turbato sia quello di non immutare la situazione di fatto creatasi con la perpetrazione dell'abuso». See, in addition, G. PAGLIARI, (cited work) p. 237, which claims that «la circostanza che la rimessione all'organo attributario della competenza renda eventuale l'applicazione della sanzione non diminuisce, ma rafforza la funzione attuativa perché la ricollega in termini meno formali all'esigenza di effettività dell'ordinamento giuridico».

[50] In Escuobet v. Belgium, 28/10/1999 (Appl. n. 26780/95), in *https://hudoc.echr.coe.int*, the ECtHR states that art. 6 of the Convention «is not applicable unless there is a "criminal charge" against a particular person».

[51] The rulings concerning the lack of impartiality by a public body are truly manifold. Is it possible to recall, particularly: Piersack v. Belgium, 1/10/1982 (Appl. n. 8692/79), par. 31; De Cubber v. Belgium, 26/10/1984 (Appl. n. 9186/80), par. 29; Fey v. Austria, 24/2/1993 (Appl. n. 14396/88), par. 27-28; Pullar v. the United Kingdom, 10/6/1996 (Appl. n. 22399/93); Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7/8/1996 (Appl. n. 19874/92), par. 58; Castillo Algar v. Spain, 28/10/1998 (Appl. n. 28194/95); Wettstein v. Switzerland, 21/12/2000 (Appl. 33958/96), par. 42; Miller and Others v. the United Kingdom, 26/10/2004 (Appl. nn. 45825/99, 45826/99 e 45827/99); Kyprianou v. Cyprus, 15/12/2005 (Appl. n. 73797/01), par. 119; Olujic v. Croatia, 5/2/2009 (Appl. n. 22330/05), par. 58; Micallef v. Malta, 15/10/2009 (Appl. n. 17056/06); Franz v. Germany, 30/1/2020 (Appl. n. 29295/16); Ali Riza and Others v. Turkey, 28/1/2020 (Appl. n. 30226/10). All the decisions are in https://hudoc.echr.coe.int.

[52] Although in this period the differences between jurisdiction and administration were cloudy. On that point see L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2001, pp. 201 ss.

ISSN 2036-7821

Otto Mayer, while examining the notion of administrative measure, observed that: «*l'acte administratif saisit donc le cas individual à la manière du jugement du tribunal civil*»[53], in this way the administrations could be assimilated to the Courts, both having the task to enforce the legal provisions. On the same line Kelsen deemed that if «the Constitution prescribes that no interferences with property, freedom or life of the individuals can take place except by the "due process of law", this does not necessarily entail a monopoly of the courts on the judicial functions»[54]. The fundamental idea is that, in the modern States, «There are not three but two basic functions […]: creation and applications (execution) of Law»[55], because both administration and jurisdiction have an executive function, which consists in the application of norms, then what ought be relevant are that the guarantees do not decrease in connection with the organ appointed to exercise the function in the individual case.

Moreover, if administration and jurisdiction represent, unitarily, forms of execution of law, there are no reasons to exclude that the Courts can substitute their evaluations to the ones made by the Administrations.

In so doing, the ECtHR shows an approach that does not take into account the evident differences of contracting States' legal systems, to build a system founded on the fundamental right enshrined in the Convention, that could be enforced in every contracting State superceeding the differences between them. This is a trend line that is well known in many continental legal systems, where the protection of fundamental rights provided by Constitutions can cause the harmonization of different prerogatives that, in the generality of cases, are expression of different and separated powers of the States[56].

From the point of view of individual states, the 'spreading' of conventional guarantees between Administrations and Court is mainly a domestic issue. The judicial review on the administrations depends on the structure of public powers as defined in each constitution or fundamental norm[57], and not just from the level of protection that the ECtHR recognizes for such conventional right. It falls outside the

[53] O. MAYER, *Le droit administrative allemand*, Tome Premiere (Partie Générale), V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1903, p. 129. The Author observes in addition that «Pourvu qu'il n'ait pas à produire son effet comme une régle de droit, il peut s'attaquer, de différentes manières, au cas individuel qu'il vise».

[54] H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, p. 278 ss.

[55] H. KELSEN, *General Theory of Law and State* cit., p. 269.

[56] See for this profile M. ALLENA, *Art. 6 of the ECHT and the continuity between administrative proceedings and judicial process*, in B. GILIBERTI (edited by), The control of full jurisdiction on administrative measures¸ Giapeto editore, Napoli, 2019, pp.163 ss.

[57] For example, the 'combination' between administration and jurisdiction is a traditional part of the English legal system. From the Middle Ages to the XVI century the executive justice (King's Council and Star Chamber) had predominance on the judicial justice (King's Courts of Law). The HRA, art. 6(3-b), sets out «In this section "public authority" includes — (a) a court or tribunal, (b)any person certain of whose functions are functions of a public nature». See M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 81 ss.

ISSN 2036-7821

powers of the ECtHR to re-built, in every contracting state, the balance of the respective roles between Courts and Administration[58], and to adhere to a different perspective which consents to harmonize a not theorical protection of the fundamental (conventional) rights with the prerogative of each legal system (of each contracting state).

In this regard, it should be accepted with deference the words of Lord Bingham in Ullah, describing the 'dialogue' between ECtHR and the domestic courts, according to which «the duty of the national courts is to keep pace with Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more but certainly no less»[59].

It is evident that no particular problems arise when the administration has just to adapt the law provision to the single case, as it happens when all the relevant facts are well fixed by law and can be ascertained by an Agency without any doubt. The real problem is if the review of discretionary powers should be discretionary as well[60].

A valid answer to that doubt should involve a second question concerning the role of the Courts (and more generally of the *judiciary*) in the modern States, namely if the Judges, as the Administrations, maybe even in particular cases, have to ensure public tasks or if that goals instead are typical of Agency, Local Authorities, Ombudsman and so forth. In other words, it does not seem fair to let fall on the shoulders of the Courts the evaluation of the consistency of public needs even in a specific situation.

To clarify that conclusion, it could be useful to have recourse to a figurative example. Comparing the State to the human body, the role of the national administration can be possibly compared to the one of the clinician, whose job it is to make the choices aimed to guarantee the good health of the entire system. Instead the Courts are like the surgeon, which have a shorter perspective focalized on the single problem to remove without more general consideration regarding all the body. And to this difference of roles corresponds the different structure of the respective decisional procedure, and the different way of their investiture.

Coherently, in Alconbury[61], Lord Nolan wrote: «To substitute for the Secretary of State an independent and impartial body with no central electoral accountability

[58] Particularly significant, on this point, is the approach followed by the English Parliament when it enacted the Human Right Act (1998), whose art. 6 sets forth: «It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right» (1), and immediately clarify that «Subsection (1) does not apply to an act if – (a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or (b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions».

[59] See Regina v. Special Adjudicator (Respondent) ex parte Ullah (FC) (Appellant), [2004] UKHL 26, par. 20.

[60] See J. KAHN, *Pouvoir Discretionnaire et le Juge Administratif*, in *Le Pouvoir Discretionnaire et le Juge Administratif*, ed. Cujas, Paris, 1978.

[61] The decision is in https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.htm.

ISSN 2036-7821

would not only be a recipe for chaos: it would be profoundly undemocratic»[62], here it seems clear that the stringency of the review should depend not only on the level of guarantees afforded by an Agency, but even the level of policy it expressed[63].

Now the problem is to ascertain if these conclusions are coherent with the notion of full jurisdiction, as *point by point* review, set forth by ECtHR.

That question arises because the definition of the notion of «civil rights and obligations», as wells as the one of «criminal charge», could entail evaluations of expediency related with the exercise of discretionary powers to be performed by Administrations.

That is mostly evident with regard to the civil rights, whose definition can be so connected with policy decisions to be difficult in the single case to ascertain when a civil right, then an obligation owned to individuals, has been determined, and to this aim a brief reference to some judicial decisions may be helpful.

So, in *Husain*[64], which involved a complaint against the decision of the Secretary of State to stop providing the claimant with support, the English High Court stressed that while civil rights and «Obligations give rise to rights; discretionary payments and discretionary support do not»[65], and anyway «The principle behind the distinction between decisions determinative of rights and those made in the exercise of a discretion is not hard to see. […] A right by definition is something to which the citizen is entitled, to which he has an enforceable claim. A discretionary benefit, one that a government may give or refuse as it wishes, cannot be the subject of a right»[66]. But yet, the Court concludes that «The line between a discretionary benefit and one to which the citizen may be entitled may not be an easy one»[67].

Likewise, in *Tomlinson and Other* [68], a judgment regarding a decision of the local housing authority, the Supreme Court deemed that «There is a considerable area of administrative discretion as to how that accommodation is to be provided by the

---

[62] Par. 60.

[63] See P. CRAIG, The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights cit., p. 763, according to which: «The sufficiency of judicial review […] depends not on safeguards, but on respect for the ministerial decision on matters of policy or expediency». See even, S. ROSSA, Il difficile rapport fra la piena giurisdizione CEDU, le sanzioni delle amministrazioni indipendenti e il giudizio amministrativo, in Dir. e proc. amm., 2020, pp. 287 ss.

[64] Hamid Ali Husain v. Asylum Support Adjudicator, [2001] EWHC Admin 852, in *https://www.refworld.org/pdfid/3dec98bf4.pdf*.

[65] Par. 26.

[66] Par. 27.

[67] Par. 28. See even Begum v. London Borough of Tower Hamlets, [2003] UKHL 5, in https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030213/begum-1.htm, where the House of Lords reiterates that «In this case the subject matter of the decision was the suitability of accommodation for occupation by Runa Begum; the kind of decision which the Strasbourg court has on several occasions called a "classic exercise of an administrative discretion"» (par. 52).

[68] Tomlinson and others v. Birmingham City Council, [2010] UKSC 8, in *https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0050-judgment.pdf*. See also, Ali v. Birmingham City Council [2010] UKSC 8.

ISSN 2036-7821

authority in any given case»[69]. And more recently, in *Poshteh*[70], a law case concerning the refusal of permanent accommodation by the appellant. On this specific profile Lord Carnwath (with whom Lord Neuberger, Lord Clarke, Lord Reed and Lord Hughes agree) affirms that although «Our duty under the Human Rights Act 1998 section 2 is "take account of" the decision of the court. […] In my view, this is a case in which, without disrespect to the Chamber, we should not regard its decision as a sufficient reason to depart from the fully considered and unanimous conclusion of the court in Ali. It is appropriate that we should await a full consideration by a Grand Chamber before considering whether (and if so how) to modify our own position »[71].

A similar argument can be used on the field of the criminal charges yet, because, beside the sanctions with a punitive purpose, which have the same scope as the penal ones, and often are the product of legislative dispositions aimed to decriminalize minor offence, there are others which represent an important tool, in the hand normally of an Agency (but even of an administration), to 'guide' a particular field of the national economy or social life.

To this regard an example could be useful.

If we consider the review of European Judges (Tribunal and Court of Justice) on the sanction decisions taken by the Commission on the matters of the competition law, we can observe a deferential approach by the European Courts towards these decision on the ground that «the fining system is an important question of policy»[72]. As stressed by EU Tribunal: «it must be borne in mind that the Commission has a margin of discretion when setting the amount of fines, since fines constitute an instrument of competition policy. That margin of discretion extends, necessarily, to deciding whether or not it is appropriate to impose a fine»[73].

---

[69] Par. 36.

[70] Poshteh v. Royal Borough of Kensington and Chelsea, [2017] UKSC 36, in *https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0219-judgment.pdf.*

[71] Par. 36-37.

[72] R. NAZZINI, Administrative Enforcement, Judicial Review and Effective Judicial Protection in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective, in Common Market Law Review, 2012, n. 49, Issue 3, pp. 971 ss., 32 (of the electronic copy), in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117187. See even CGUE, Sez. II, 8/2/2007, C-3/06, par., 37, in https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/, according to which «That appraisal by the Court of First Instance is consistent with the law. In accordance with settled case-law, the Commission has a particularly wide discretion as regards the choice of factors to be taken into account for the purposes of determining the amount of fines, such as, inter alia, the particular circumstances of the case, its context and the dissuasive effect of fines, without the need to refer to a binding or exhaustive list of the criteria which must be taken into account (see, inter alia, order in Case C-137/95 P SPO and Others v Commission [1996] ECR I-1611, paragraph 54, and judgment in Case C-219/95 P. Ferriere Nord v Commission [1997] ECR I-4411, paragraph 33)».

[73] Trib. UE, 6/4/1995, T-150/89, par. 59; Trib. UE 22/10/1997, T-213/95 e T-18/96, par. 239, in https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/. As observed by P. CRAIG, EU Administrative Law, Oxford, 2012, p. 592 «The administrative/political arm of government makes policy choices, and it is generally recognized that the

ISSN 2036-7821

The Courts are less sensitive to appreciate the changes that have occurred in society, and in fact, unlike the administrative procedure, the process is not the most appropriate place for gathering and knowing all the interests involved in a given case, the judge being bound by only the facts deduced from the parties[74].

This conclusion also appears to comply with the provisions of the Council Regulation n. 1/2003 (on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty), which states: «When national courts rule on agreements, decisions or practices under Article 81 or Article 82 of the Treaty which are already the subject of a Commission decision, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission. They must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated». And even if this provision is directed only to the national Courts, and not to the Administrations, nevertheless it recognizes the predominant role of the Commission in making competition decisions.

In cases of decisions both on the fields of civil rights or criminal charges, when questions of expediency, connected to public choices, are involved, the stringency of the judicial review should normally decrease to respect the single sector policies, so that «The wider the margin of discretion enjoyed by an EU institution is, the less intense judicial scrutiny will be»[75]. Therefore, to clarify, the intensity of the judicial review should be measured as inversely proportional to the evaluation of expediency connected to the definition of a civil right or a criminal charge

But as stated above: do these conclusions, consistent with the constitutional traditions of all ECHR contracting States, comply with the notion of full jurisdiction set forth by ECtHR?

To answer this question, it is necessary to briefly examine the ECtHR rulings that address this delicate issue, while being aware that «The principle of effective judicial protection is better safeguarded, in a democratic society, by a legal test which complies with it and is clear and certain in advance rather than by courts departing from a test which is not compliant with such a principle on a case-by-case basis and, more worryingly, without providing reasons for the departure from the

courts should not overturn these merely because they believe that a different way of doing things would have been better. They should not substitute their judgment for that of the administration».

[74] K. LENAERTS – J.A. GUTIÉRREZ-FONZ, A Costitutional Perspective, in R. SCHÜTZE – T. TRIDIMAS (editors), Oxford Principles of European Union Law. The European Union Legal Order, vol. I, Oxford University Press, 2018, pp. 126-127, «The EU political institution enjoy discretionary power where they are called upon to weight different interest and EU policies; where the adoption of EU measures is based on technical and expert knowledge that the UE Courts lack, and where the policy choices made by the EU political institutions involve complex economic assessment. This shows that discretion may arise where the EU Courts recognize the higher institutional capacity of the EU political process to adopt certain policy decision».

[75] K. LENAERTS – J.A. GUTIÉRREZ-FONZ, A Costitutional Perspective cit., p. 126.

ISSN 2036-7821

noncompliant test but, on the contrary, purporting to apply it»[76].

In *Sigma Radio Television Ltd*, the ECtHR stressed that «Both the Commission and the Court have acknowledged in their case-law that the requirement that a court or tribunal should have "full jurisdiction" will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised "sufficient jurisdiction" or provided "sufficient review" in the proceedings before it»[77], but when, or under what conditions, can a judicial review be said to be 'sufficient'?

Just to answer this question the Section clarify that «it is not the role of Article 6 of the Convention to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities. In this regard, particular emphasis has been placed on the respect which must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of "expediency" and which often involve specialized areas of law»[78]. Consequently, the Court continues, a judicial review would be considered sufficient with regard «to the powers of the judicial body in question, and to such factors as (a) the subject-matter of the decision appealed against, in particular, whether or not it concerned a specialized issue requiring professional knowledge or experience and whether it involved the exercise of administrative discretion and if, so, to what extent; (b) the manner in which that decision was arrived at, in particular, the procedural guarantees available in the proceedings before the adjudicatory body; and (c) the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal»[79].

These conclusions, for more reasons, could appear consistent with the assumption that the area of the administrative discretion remains in the domain of the administration, protected from the 'interference' by the Courts. First of all, the reference to the procedural guarantees available in the proceedings before the adjudicatory body, looking at the normal lack of impartiality of the administrations, makes really difficult to comply with the indication of the ECtHR.

Secondly, it must be distinguished that cases concerning the definition of civil rights and obligations from those concerning criminal charges, because «in its case law the Court followed a different approach as regards the scope of review of criminal

[76] R. NAZZINI, Administrative Enforcement, Judicial Review and Effective Judicial Protection in EU Competition Law: A Comparative Contextual-Functionalist Perspective, p. 35.

[77] Sigma Radio Television Ltd. v. Cyprus, Fifth Section (Appl. nn. 32181/04 and 35122/05), 21/7/2011, par. 152, in https://hudoc.echr.coe.int/eng. See even: Zumtobel v. Austria, 21/9/1993, Series A no. 268-A, par. 31-32; Müller and others v. Austria (dec.), 23/11/1999 (Appl. n. 26507/95); and Crompton v. the United Kingdom, 27/10/2009 (Appl. n. 42509/05), parr. 71 and 79.

[78] Par. 153.

[79] Par. 154. In Fazia Ali v. The United Kingdom, Fourth Section, 20/01/2016 (Appl. 40378/10), par. 84, https://hudoc.echr.coe.int/eng., the ECtHR requires, in addition, to verify «the nature of the "civil rights and obligations" at stake and the nature of the policy objective pursued by the underlying domestic law».

ISSN 2036-7821

sanctions imposed by administrative authorities»[80]. To respect the conventional guarantees «Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi»[81].
So, according to the words of the Court, the cases in which a judicial review of non-stringency will be admissible seem to be really few.
Obviously, as clarified by Lord Carnwath in Poshteh: «That is a possible view, but one which should not readily be adopted without full consideration of its practical implications for the working of the domestic regime»[82].
By adopting this point of view, it is possible to try to carry out a further examination of the ECtHR's decisions in order to verify, in concrete terms, whether and to what extent to reconcile the conventional guarantees with the protection of the sphere of administrative discretion.

6. The full jurisdiction in the ECtHR's decisions.
In order to understand the exact meaning of full jurisdiction, it is useful to examine the most significant ECtHR's rulings, separating those relating to criminal charges from those relating to civil rights.
Starting from the latter, five decisions appear particularly relevant.
In *Albert and Le Compte v. Belgium*[83], a case concerning disciplinary sanctions imposed on medical practitioners, who complained that they had not a fair and public hearing because all publicity before the Appeal Council was forbidden (both for hearings and for pronouncement of the decision), the Plenary stressed that «The public character of the cassation proceedings does not suffice to remedy the defect found to exist at the stage of the disciplinary proceedings». And the reasons for this conclusion is in the fact that «The Court of Cassation does not take cognisance of the merits of the case, which means that many aspects of "contestations" (disputes) concerning "civil rights and obligations", including review of the facts and assessment of the proportionality between the fault and the sanction, fall outside its jurisdiction»[84].
In a similar way, the Court rules in *Obermeier v. Austria*[85], about the suspension and ensuing dismissal of a worker in the form of 'administrative retirement'. The Court observed that «The Provincial Governor's decisions may, however, be the subject of

[80] Steininger v. Austria, First Section, 17/4/2012 (Appl. n. 21539/07).
[81] Affaire Silvester's Horeca Service c. Belgique, Première Section, 4/3/2004 (Req. n. 47650/99), par. 27.
[82] Poshteh v. Royal Borough of Kensington and Chelsea cit., par 36.
[83] Plenary, 10/2/1983 (Appl. n. 7299/75 and 7496/76), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[84] Par. 36.
[85] Chamber, 28/6/1990 (Appl. n. 11761/85), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.

ISSN 2036-7821

an appeal to the Administrative Court. This appeal can be considered sufficient under Article 6 § 1 (art. 6-1) only if the Administrative Court could be described as "a judicial body that has full jurisdiction" within the meaning of the Albert and Le Compte judgment of 10 February 1983». And because «the Austrian Administrative Court has itself inferred that the Administrative Court can only determine whether the discretion enjoyed by the administrative authorities has been used in a manner compatible with the object and purpose of the law. This means, in the final result, that the decision taken by the administrative authorities […] remains in the majority of cases, including the present one, without any effective review exercised by the courts»[86].

Likewise, in *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. The United Kingdom*[87], concerning the loss of contracts (and subcontracts) on security grounds. The Court observes that «the judicial review proceedings in the High Court of Northern Ireland in the Tinnelly case never led to a full scrutiny of the factual basis of the Secretary of State's certificate affirming that NIE's decision to refuse Tinnelly the Ballylumford contract was an act done for the safeguarding of national security». To conclusively stress: «Having accepted that the assessment of the security risk […] was exclusively a matter for the Secretary of State, Mr Justice McCollum had to decline jurisdiction to assess whether there was indeed any sound factual basis for withholding the contract on valid security grounds […]. His hands were tied by the conclusive nature of the certificate and the Secretary of State's invocation of national security considerations»[88].

And similarly, in *Tsfayo v. The United Kingdom*[89], concerning the failure to submit a benefit renewal form because of the applicant's lack of familiarity with the benefits system and poor English, the Court considered that «in the instant case, the HBRB was deciding a simple question of fact, namely whether there was "good cause" for the applicant's delay in making a claim […]. The HBRB found her explanation to be unconvincing and rejected her claim for back-payment of benefit essentially on the basis of their assessment of her credibility»[90], and concluded that the inadequacy of review was because «Whilst the High Court had the power to quash the decision if it considered, *inter alia*, that there was no evidence to support the HBRB's factual findings, or that its findings were plainly untenable, or that the HBRB had misunderstood or been ignorant of an established and relevant fact, it did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's

[86] Par. 70.
[87] ECtHR, 10/7/1998 (Appl. 62/1997/846/1052–1053), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[88] Par. 74.
[89] Fourth Section, 14/11/2006 (Appl. 60860/00), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[90] Par. 46.

ISSN 2036-7821

credibility»[91].

Ultimately, in *Družstevní Záložna Pria and Others v. The Czech Republic*[92], where a credit union was put in receivership for a period of six months for contravening the relevant legislation as a result of engaging in activities outside its purview without authorization. In this case the Section observed that «the Czech administrative courts did not have full jurisdiction to review administrative acts, their scrutiny being limited […] to the examination of issues of legality»[93], for these reasons «The Court notes that due to its jurisdiction limited to review of legality, the Prague High Court when dealing with the second limb of the appeal, abstained, as it is apparent from its reasoning, from conducting its own examination of whether the applicant credit union was in fact in a situation justifying the imposition of receivership»[94].

Before drawing some conclusions from the examination of the reported decisions, it seems useful to examine some judgements in which the Court considered sufficient the review exercised by the national judge.

For example, in *Zumtobel v. Austria*[95], concerning an expropriation proceeding, the ECtHR held sufficient the review exercised by the Administrative Court for two reasons, first of all: «because Article 44 para. 1 of the Provincial Highways Law makes the lawfulness of such a measure subject to a condition: the impossibility "of constructing or retaining a section of highway which is more suitable from the point of view of traffic requirements, environmental protection and the financial implications"»[96]; and then because, consequently, «The Administrative Court in fact considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining various facts»[97].

In the same way the ECtHR decided in *Fazia Ali v The United Kingdom*[98], concerning the refusal of accommodation of a homeless individual (with consequent declaration, by the City Council, that its duty to her had been nevertheless discharged), observing that «Although the County Court did not have jurisdiction to conduct a full rehearing of the facts, the appeal available to the applicant did permit it to carry out a certain review of both the facts and the procedure by which the factual findings of the Officer were arrived at»[99].

In the light of the judgments examined, two partial conclusions can be reached.

In the first place, in order to deem sufficient the review of the national Courts, the

[91] Par. 48.
[92] Fifth Section, 31/7/2008 (Appl. n. 72034/01), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[93] Par. 109.
[94] Par. 112.
[95] Chamber, 21/9/1993 (Appl. n. 12235/86), in https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[96] Par. 31.
[97] Par. 32.
[98] Fourth Section, 20/10/2015 (Appl. n. 40378/10), https://hudoc.echr.coe.int/eng.
[99] Par. 83.

ISSN 2036-7821

ECtHR does not require them to re-examine the situation on the merits, replacing their own assessments with those of the Administrations. It considers the conventional guarantees to be satisfied with full access, and control, to facts relevant for the judgment.
It is therefore sufficient that the administrative Court has the power, not to substitute its evaluations for that of the administration, but to review the correctness and proportionality of the choices, made by the administrations, and to quash its decisions in the light of the factual elements on which it is based.
In fact, to confirm this point of view, in *Zumtobel*, the ECtHR, after verifying that the domestic Court had «considered these submissions on their merits, point by point», a statement that would refer to the Court's power to replace his own assessments with those of the administration, states that respect «must be accorded to decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency»[100].
Considering, in this way, the review of the domestic Courts, it follows that, although the range of choices left to the administrations is reduced, political decisions aimed at shaping the address lines of the administrative action are still excluded from judicial control.
On the other hand, the intention of the ECtHR not to impose a jurisdiction aimed at substituting its own evaluation to that of the administrations, whenever arises a question on ground of civil rights or criminal charges, is also demonstrated by the fact that, as stated «The European Court should confine itself as far as possible to examining the question raised by the case before it. Accordingly, it should only decide whether, in the circumstances of the case, the scope of the competence of the Administrative Court satisfied the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1)»[101].
This last statement readily allows the examination of the rulings concerning cases of applicability of art. 6 par. 1 under its criminal head, in order to verify if the conclusions reached can be also extended to this additional area.
For this purpose, in addition to a brief reference to *Menarini*, the *Sigma Radio Television Ltd*[102] case, previously mentioned, will also be examined.
In *Menarini*, by confirming that explained above, the ECtHR concludes the

[100] Zumtobel cit., par. 32.
[101] Zumtobel cit., par. 32.
[102] The controversy concerned the application of numerous fines imposed to a company which operates a television station, and «Notwithstanding, the applicant argued, that the fines imposed by CRTA were in fact of a criminal nature and that therefore their complaints could also be examined under the criminal head» (par. 124), if the art. 6 of the Convention is applied under its civil head, it's just because «Having regard to the applicant's complaints, the Court does not find it necessary to determine whether the criminal limb of Article 6 § 1 is applicable as paragraph 1 of Article 6, violation of which is alleged by the applicant, applies in civil matters as well as in the criminal sphere. As the parties do not dispute the applicability to the proceedings at issue of Article 6 § 1 under its "civil" head, the Court, seeing no reason to differ, shall examine the present case under that head» (pars. 126-127).

ISSN 2036-7821

sufficiency of the Italian Administrative Court's review because «Les juridictions administratives ont pu vérifier si, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, l'AGCM avait fait un usage approprié de ses pouvoirs. Elles ont pu examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de l'AGCM et même vérifier ses évaluations d'ordre technique»[103]. It particularly observes that «le Conseil d'Etat […] s'est livré à une analyse détaillée de l'adéquation de la sanction par rapport aux paramètres pertinents, y compris la proportionnalité de la sanction même»[104].

Furthermore, the statements of the ECtHR in *Sigma Radio Television* are particularly significant, while noting that «the power of review of the Supreme Court under Article 146 of the Constitution was not capable of embracing all aspects of the CRTA's decisions»[105], it concludes that, «the Supreme Court could not substitute its own decision for that of the CRTA and its jurisdiction over the facts was limited. […] Such an approach by an appeal tribunal conducting the review of a decision of an administrative body can reasonably be expected, having regard to the nature of review proceedings and the respect which must be given to decisions taken by administrative authorities on grounds of "expediency"»[106].

Neither it seems correct to argue otherwise referring to the case *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, deriving from this decision the necessity, for national Courts, to exercise a review of full jurisdiction, that should be able, not only to quash the sanction, but also to replace its own assessments to those of the administration[107]. Looking at this ruling, some room for doubt can arise considering that the ECtHR, while reiterating that «Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur», with specific reference to the case at hand, declaring insufficient the review exercised by Belgian Courts stating: «la cour d'appel de Bruxelles estima en effet qu'elle était uniquement appelée à examiner la réalité des infractions au code de la TVA et à contrôler la légalité des amendes fiscales réclamées, sans être compétente pour apprécier l'opportunité ou accorder une remise complète ou partielle de cellesci».

Even if the assumptions of the Court lend themselves to different interpretations, it does not seem necessary to draw from them a resolute argument capable of disavowing the conclusions previously reached.

Actually, the real reason why the Court of Strasbourg considers insufficient the

[103] Menarini cit., par. 64.

[104] Par. 66.

[105] Sigma Radio Television Ltd cit., par. 159.

[106] Par. 159-160.

[107] Première Section, 4/3/2004 (Req. n. 47650/99), https://hudoc.echr.coe.int/eng. For a different point of view see F. GOISIS, The canon of full jurisdiction, between proteiformity and full scrutiny of complex technical assessments. Critical reflections on art. 7, par. 1, Legislative Decree 19 January 2017, n. 3, in B. GILIBERTI (a cura di), The control of full jurisdiction on administrative measures¸ Giapeto editore, Napoli, 2019, pp. 317 ss., 332.

ISSN 2036-7821

review exercised by the Belgian Supreme Court does not seem to depend on the inability of this Judge to replace the administration in the determination of the penalty, but by its inability or the impossibility of ascertaining the proportionality of the sanction (in relationship to the facts of this case).
Therefore, in the ECtHR view, even in the case of sanctions criminal in nature, a review of full stringency on relevance of the facts and on the proportionality of the decision can be considered sufficient, while leaving to contracting State's legal systems the decision that the Courts may impose their evaluations to the administration, or if they have to be limited to quashing the administrative decision with or without referring the case back[108].
This seems to be the reason why in Menarini the Judges of Strasbourg considered the Italian system of administrative justice suitable to remedy the lack of the conventional guarantees during the administrative procedure[109]. Although the Council of State affirmed that it cannot review the core of the Italian antitrust Agency decision, full control over the facts and circumstances, and on the proportionality of the sanction, convinced the Court on the existence of a syndicate of full jurisdiction.

6.1 The latest directions taken by the ECtHR.
The conclusions reached by the outcome of this scrutiny about the characters of the sufficient review can be summarized as follows.
The duty of the Courts to respect the evaluations of the relevant facts made by the administration certainly does not conform with conventional guarantees. An external review limited to verifying only the logic of the decision taken by the administrations, without the possibility of directly accessing the facts in order to re-examine the matter, including the proportionality of the sanction imposed, must certainly be considered a review (*deferential*) not in line with the Court's rulings.
In this respect, the ECtHR affirmed that «The right guaranteed to an applicant under Article 6 § 1 of the Convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive»[110].

[108] In Grande Stevens v. Italy, Second Section, 4/3/2014 (Appl. n. 18640/10), in https://hudoc.echr.coe.int/eng, the Court so stated: «The characteristics of a judicial body with full jurisdiction include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. It must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it (see Chevrol v. France, no. 49636/99, § 77, ECHR 2003-III; Silvester's Horeca Service v. Belgium, no. 47650/99, § 27, 4 March 2004; and Menarini Diagnostics S.r.l., cited above, § 59)».

[109] See R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed. Giappichelli, Torino, 2017, p. 153, according to which «la Corte EDU, con la nota sentenza Menarini, ha ritenuto conforme all'art. 6, par 1, Cedu, e quindi ai dettami dell'"equo processo", il modello di sindacato offerto dal nostro ordinamento nei riguardi dell'Autorità garante della concorrenza e mercato».

[110] Tinnelly & Sons Ltd and others and Mcelduff and others v. The United Kingdom, 10/7/1998 (62/1997/846/1052–1053), par. 77. In addition, see Družstevní Záložna Pria and others v. the Czech Republic, Fifth

ISSN 2036-7821

On the other hand, an effective and stringent judicial review, capable of examining the relevant issues independently, departing from the conclusion achieved by an administrative body, may well be considered sufficient.

What's more, the substantial correctness of such an approach, not only by the coherence with the decisions of the Court, but also derives from the fact that it has the clear advantage of leaving any further profile to the discipline of each individual jurisdiction. And in fact, once the necessary tools of judicial control on the relevant facts and issues have been identified, what remains is only the profile relating to the powers of courts deciding on appeal against a measure adopted by an administration. This is a profile that must necessarily be left to the determination of the single contracting States, since it represents a direct derivation of the relations between the powers of State as configured in each legal system, which can take on a different meaning dependently on the legal traditions and times.

Therefore, within these limits, the legislation of each contracting State will be able to decide whether it entrusts the Courts with the power to replace its own decisions to these of the administrations, so that the discipline of the individual case will find the source of its regulation directly in the judgment. In this way, the ruling will immediately establish "*an*" and "*quantum*" of the sanction, or determine the content of a civil right and the object of an obligation. Furthermore, it is possible to require the power of the Courts only to quash the administrative measure, with or without a subsequent referral of the matter to the administration in order to obtain a new assessment in accordance with the principles stressed by the Courts.

At this point, the next and final step is to verify the stability of these conclusions even in the light of recent decisions of the Court of Strasbourg in the matter of full jurisdiction, by which it returned to examining, once again, to this sensitive issue. On the other hand, because of its particular object, the European Convention, as stated by the ECtHR «that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions»[111].

This first decision arises from a case that is interesting to describe, concerning three sets of disciplinary proceedings against a Portuguese judge opened by the High Council of Judiciary.

The first, concerning the disrespectful remarks toward a colleague (accused of inertia, lack of diligence and characterised as being a liar), she made during a telephone

---

Section (Appl. n. 72034/01), par. 111, in https://hudoc.echr.coe.int, «the Court found violations of Article 6 § 1 of the Convention in other cases where the domestic courts had considered themselves bound by the prior findings of administrative bodies which were decisive for the outcome of the cases before them, without examining the relevant issues independently (see Obermeier v. Austria, judgment of 28 June 1990, Series A no. 179, pp. 22-23, §§ 69-70; Terra Woningen B.V., cited above, pp. 2122-23, §§ 52-55; I.D., cited above, §§ 46 and 50-55; and Capital Bank AD v. Bulgaria, cited above §§ 99-108».

[111] Chamber, Tyrer v. The United Kingdom, 25/4/1978 (Appl. n. 5856/72), par. 31, in https://hudoc.echr.coe.int.

ISSN 2036-7821

conversation with him around the time of her performance appraisal (at that moment the applicant judge was in maternity leave).
The second one regarding the use of a false testimony in the first proceeding acting in breach of her duty of honesty.
Finally, the third set of disciplinary proceedings having as subject matter the attempt of the applicant to persuade the judicial investigator, during a private conversation, not to institute a disciplinary proceeding against the (false) witness she bore in the first set of disciplinary proceedings.
The applicant alleged the violation of her right to an independent tribunal with full jurisdiction and to a public hearing.
The applicant alleged a violation of art. 6 of the Convention since the national Court (the Judicial division of the Supreme Court), with regard to all the three appeals she lodged, took a review of lawfulness rather than an appeal of full jurisdiction, always considering being bound by the finding of facts made by the administrative body. She complained also, during the admistrative proceedings and before the Judicial division of the Supreme Court, of the lack of a public hearing she requested in order to obtain a fresh ruling on the facts on which there were dispute.
The ECtHR begins the examination of the case from the conclusion taken in Sigma Radio Television, examined above, about the notion of full jurisdiction within the meaning of the Convention. Thus, it decides to conduct a combined examination of the alleged complaints concerning the extent of the review which was empowered the Supreme Court and the lack of public hearing. And with regard to the latter the ECtHR observes that a public hearing held on appeal could not necessarily remedy its lack at the lower level when the national Court's review cannot rehear all the administrative assessment concerning relevant facts; questions of law and the proportionality of a sanction in respect to such conduct.
Shifting the focus on the controversy at stake, the Court displays the principles on which it carries out its considerations.
First of all, it clarifies that in the present case the disciplinary sanctions imposed do not require exercise of administrative discretion, and that the review could come within the jurisdiction of any Court. In addition, the proceedings at stake, since they concern a judge, even if they do not come within the scope of art. 6 of the Convention under its criminal limb, nevertheless can entail, for their seriousness of the consequence, a significant grade of *stigma*. Consequently, the review must be adequate to the subject-matter to be considered sufficient in the meaning of the Convention.
Considering that the proceedings before the Council of Judiciary were concluded without a hearing being held, and moreover that, during the third set of proceedings, an express request of the applicant was refused, the ECtHR, to verify if this lack of

ISSN 2036-7821

hearing could be remedied by the one held before the Judicial Division of the Supreme Court, decided to take into account: a) the issues submitted for judicial review; b) the method of judicial review; c) the decision making powers of the domestic Court.

With regard to the issues submitted, three were the complaints alleged by the applicant having as their subject the facts (she denied), the breach of professional duties and the proportionality of the sanction.

To the extent of the review carried out on the relevant facts, considering the limits imposed by law to the review of domestic Judge, the ECtHR aims to determine if a review of lawfulness was sufficient for the purpose of art. 6 CEDU. Just with respect to these limits the Supreme Court, in the third set of proceedings, refused the request of a hearing. On this point, the judges of Strasbourg, to justify the importance of holding a hearing, observe that is was not a task of Supreme Court to rehear the evidences «it nevertheless had a duty to ascertain whether the factual basis for the decisions taken by the CSM was sufficient to support the latter's conclusions»[112].

This is because, considering the decision-making powers, the Supreme Court can always set aside a decision «in the event of a "gross, manifest error"»[113], with the conclusion that it failed to exercise a sufficient review because «the lack of a hearing in respect of the decisive factual evidence […] prevented it from including in its reasoning considerations relating to the assessment of those issues»[114].

This decision presents profiles of particular interest, developing certain principles already present in previous decisions.

First of all, the Court rules that, to establish the extent of a judicial body jurisdiction, the level of guarantee afforded to the administrative body has to take into account[115]; and furthermore that a sufficient review will depend not only on the discretionary power exercised, or the technical nature of the questions at stake, but generally «on the nature of the "civil rights and obligations"» as well as to the policy objective to which the national law aimed[116].

In particular, this last statement was confirmed, to a large extent, in two successive pronouncements. In both decisions it was stated that a sufficient review by a judicial body, as seen in a substantive sense, depends on «subject matter of the proceedings and the content of the dispute»[117].

Leaving aside the first observation that looks like a reminder of the freedom of

[112] Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal cit., par. 211.
[113] Par. 212.
[114] Par. 213.
[115] Par. 133.
[116] Par. 180.
[117] Fifth Section, Franz v. Germany, 30/1/2020 (Appl. 29295/16), par. 82. Along the same line is the Second Section, Ali Riza and Others v. Turkey, 28/1/2020 (Appl. 30226/10), par 195, which states that the procedure before a tribunal «it must ensure the "determination of the matters in dispute" as required by Article 6 § 1».

ISSN 2036-7821

contracting States to modulate their justice systems in order to distribute the guarantees provided by the Convention between proceeding and process, so as to respect the letter of the Convention without overturning the shape of public powers within each internal legal system. It seems clear that «it is not the role of Article 6, in principle, to guarantee access to a court which can substitute its own assessment or opinion for that of the administrative authorities», even considering the regard which must be accorded to decisions taken «on grounds of expediency and which often involve specialised areas of law»[118].

This last statement, by the way, overcomes the opinion of those who used the reference to art. 6 of the Convention, as interpreted by the ECtHR, to support the power of national judges to replace their own decisions to the ones of the administration, at least where the judgment concerned sanctions (having a substantive criminal nature), as well as the definition of civil rights and obligations, and then calling for a subsequent extension of such a power to the whole sphere of its jurisdiction[119].

In any case, it's possible to reach some quick conclusions, to overcome the uncertainties that emerge, particularly, with reference to the second of the principles sanctioned by the ECtHR.

7. *Conclusion.*

From the reading of the decisions of the ECtHR there does not emerge a well-defined criterion capable of giving evidence, in every individual case, what the correct way of considering the level of sufficient review is. The one mentioned above, relating to the nature of the "civil rights and obligations", as well as to the policy pursued by domestic laws, is very vague, and in fact is the same Court to hold that «whether the review carried out was sufficient will thus depend on the circumstances of a given case»[120] without providing further references.

In view of the above and following the opinion expressed before, it's possible to define, in conclusion, a reconstruction that can explain away the different modulation of the criteria used by the ECtHR to describe the full jurisdiction of the national Courts, and therefore the level of sufficient review, overcoming the excessive uncertainty that emerges from the last rulings examined.

Giving a look to the categories of sanctions, on which the ECtHR has over the years focused, three types can be isolated.

---

[118] Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal cit., par. 178. See even Sigma Radio Television Ltd, cited above, § 153.

[119] This is, in particular, the opinion of F. GOISIS, *The canon of full jurisdiction, between proteiformity and full scrutiny of complex technical assessment. Critical reflections on art. 7, par. 1, legislative decree 19 January 2017, no. 3*, in B. GILIBERTI (cited work), pp. 317 ss.

[120] Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal cit., par. 181.

ISSN 2036-7821

As noted above[121], it's possible to identify sanctions having an eminently punitive purpose, that, regardless of their nature according to national legal systems as criminal or administrative, have an eminently deterrent function, with respect to which the public interest, at most, remains in the background. Then there are sanctions whose main purpose is the realization of a public interest, in a such a way as they present a clear function of policy definition, and finally, disciplinary sanctions whose purpose seems to be the protection of interests related to the administrative organization, since they are connected to the employment relationship that exists between the administration and its employees.

This distinction seems relevant to reconstructing the level of stringency of the judicial review when the sanctions are applied to the outcome of an administrative proceeding not able to fulfill all the guarantees imposed by art. 6 of the ECHR.

Closely considered, when the purpose of a sanction is the punishment of behaviour constituting a damage, for purposes of deterrence and (general and particular) prevention, so that they can't be distinguished, with regard to the function, from those laid down by national penal law, it is necessary to think about a particularly stringent control by the national Courts, not limited to a *deferent* review of the administrative procedure lawfulness, or aimed to ascertain the sufficiency of the evidentiary material used by the administrations, but that proceed to rehear the evidence, or to acquire new ones even at the request of the accused, in order to verify, in depth, the responsibility of an offender.

These are cases in which it is possible even to doubt the possibility to entrust an administrative body the imposition of such sanctions. As observed by the judge Pinto de Albuquerque in his dissenting opinion in the case Menarini «According to these principles, the imposition of publicly enforceable penalties goes beyond the traditional remit of the administrative authorities and should be a matter for the courts»[122].

This conclusion is not farfetched, since it can be clearly identified – as it's been correctly observed with regard to the relations between the sanctioning power of the European Commission and the scope of the jurisdiction of EU Courts – «fines, which fall within the criminal sphere protected by Article 6 ECHR, from other decisions», in respect of which «no room would be left for any particular discretion in the […] decision-making»[123].

---

[121] See par. 4.

[122] Par. 9 of his *dissenting opinion* in Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy, 27/9/2011 (Appl. n. 43509/08), in https://hudoc.echr.coe.int/eng. In addition, he affirmed that «The moves towards decriminalization, although welcome, must not result in a blank cheque being handed to the administrative authorities. When the procedure for imposing an administrative sanction has concluded, there needs to be a court to which members of the public can turn, without any restriction, in order to seek justice».

[123] M. BRONCKERS – A. VALLERY, *Fair and effective competition policy in the EU: which role for authorities and which role for the courts after Menarini?*, in *European Competition Journal*, 2012, pp. 283 ss., 295.

ISSN 2036-7821

Conversely, the case of disciplinary sanctions and of those designed for the care of a specific sector of administration is completely different. In both cases these sanctions appear to be more properly directed to assume a policy-making function with respect to which the judge's review will have to submit a greater level of *deference*. Furthermore, evidence of the correctness of this assumption is found once again by examining the dynamics of the relations between the sanctioning power of the European Commission and the review of EU Courts.

In this respect, the words of Lord Nolan in the Alcombury decision, referred before, appear entirely acceptable[124]: «To substitute for the Secretary of State an independent and impartial body with no central electoral accountability would not only be a recipe for chaos: it would be profoundly undemocratic»[125]. so that, with respect to decisions having, *lato sensu*, a policy content «The sufficiency of judicial review […] depends not on safeguards, but on respect for the ministerial decision on matters of policy or expediency»[126].

In such cases, a judicial review aimed at verifying the reliability of the choices made by the administration may well be performed, not to replace with their decisions the ones of the administration, but to verify that the choice made is the most reliable even in comparison with other possible choices [127], all this in order to quash the sanction without having to go into the substance of issue that its underlying.

[124] The text is available on *https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010509/alcon-1.htm*.

[125] Par. 60. In the same vein, Lord Hoffman, as referred to in par. 117, pointed out that «If, therefore, the question is one of policy or expediency, the "safeguards" are irrelevant».

[126] P. CRAIG, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights* cit., p. 763. That opinion is shared by Lord Hoffman, which stated «It is only when one comes to findings of fact, or the evaluation of facts, such as arise on the question of whether there has been a breach of planning control, that the safeguards are essential for the acceptance of a limited review of fact by the appellate tribunal» (par. 117).

[127] M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2018, p. 15. See even G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IV ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 364, according to which «Il giudice, invece, dovrebbe poter ricorrere alla C.T.U. soltanto laddove sia chiamato a decidere sulla sussistenza di un fatto, ovvero sulla correttezza di una decisione amministrativa, la cui rilevazione, o assunzione, presentano margini (più o meno ampi) di opinabilità tecnico-scientifica: in tali casi, infatti, il mezzo istruttorio dovrebbe corrispondere alla sola esigenza di 'illuminarlo' su una disciplina estranea alla sua cognizione professionale, allo scopo, per ciò, di consentirgli la (altrimenti impossibile) intelligenza della plausibilità tecnico-scientifica del criterio assunto dalla P.A. per acclarare la sussistenza del fatto presupposto, avvero per definire il contenuto, del provvedimento impugnato».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sussidiarietà e ambiente. Nuove dinamiche in tema di governance ambientale.

di Marco Brocca

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università di Lecce)

Sommario

1. Il binomio pubblico-privato. La componente pubblica tra potere amministrativo e ragioni del "centro". 2. La componente privata: dalla partecipazione alla codecisione ambientale. 2.1 Il privato-operatore economico. 2.2 Il privato-cittadino. 3. Un nuovo approccio e l'"occasione" dell'economia circolare.

Abstract

The relations between public and private constitute a significant observatory for grasping some of the most complex and still open questions linked to the theme of environmental policies: first of all, the institutional question, and therefore the search for optimal levels of environmental governance, a theme that intersects and it is conditioned, in turn, by the other question, of a functional nature, of the search for the best approaches and intervention tools for environmental protection.

Thus, this perspective shows, immediately, the initial and still dominant, in some ways infungible, approach of public intervention - expressed by the so-called command and control model - which translates, from an organizational point of view, into the primacy of the public and, on a functional level, in the hegemony of the use of administrative powers, expressed in various forms: constraints, plans, standards, authorisations, controls, sanctions.

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

ISSN 2036-7821

1. Il binomio pubblico-privato. La componente pubblica tra potere amministrativo e ragioni del "centro".

Le relazioni tra pubblico e privato costituiscono un osservatorio significativo per cogliere alcune tra le più complesse e ancora aperte questioni legate al tema delle politiche ambientali: anzitutto, la questione istituzionale, e dunque la ricerca di ottimali livelli di governo ambientale, tema che si interseca ed è condizionato, a sua volta, dall'altra questione, di tipo funzionale, della ricerca degli approcci e degli strumenti migliori di intervento per la tutela dell'ambiente.

Così, questa prospettiva mostra, da subito, l'impostazione iniziale e ancora dominante, per certi versi infungibile, dell'intervento pubblico – espressa dal modello detto di *command and control* – che si traduce, dal punto di vista organizzativo, nella primazia della parte pubblica e, sul piano funzionale, nell'egemonia del ricorso ai poteri amministrativi, declinati in varie forme: vincoli, piani, standards, autorizzazioni, controlli, sanzioni.

I due piani, come detto, si incrociano perché la preferenza verso misure di tipo autoritativo, cogente, unilaterale chiama in causa la parte pubblica ed evoca, in seconda battuta, la questione del "chi" debba esercitare i relativi poteri.

Il tema è particolarmente avvertito nel nostro ordinamento connotato da un sistema amministrativo articolato e policentrico, che, peraltro, nella materia ambientale, diviene più complesso in quanto oltre alla componente multilivello delle amministrazioni territoriali rileva una pletora di amministrazioni tecniche, non territoriali, attributarie di funzioni amministrative (autorità di bacino, enti parco, autorità portuali, ecc.). In altre parole, la definizione dei poteri amministrativi utili per la gestione ambientale si interseca con la ricerca di un ottimale assetto organizzativo e la materia ambientale finisce per divenire un "laboratorio di ingegneria istituzionale", in cui il legislatore si affanna a mettere in equilibrio i diversi livelli istituzionali, spesso con inevitabili "pesi" e "contrappesi". Singolare è la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica, strumento terminale ed "estremo baluardo" di tutela del paesaggio che ha conosciuto una storia infinita sul piano delle competenze: dall'imputazione statale con la legge n. 1497/1939, alla devoluzione a favore delle Regioni, con delegabilità a favore dei Comuni negli anni '70 (d.P.R. n. 616/1977) e ritorno sulla scena dell'amministrazione statale a opera della legge Galasso (legge n. 431/1985) con l'attribuzione a essa di un potere di controllo dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata fino a un nuovo regime introdotto dal codice dei beni culturali (d.lgs. n. 42/2004), e più volte ancora modificato. Attualmente la funzione autorizzatoria è imputata all'ente regionale, che può delegarla agli enti locali (comuni da soli o in forma associata o provincia o anche ente parco all'interno delle aree naturali protette), ma solo in caso di riscontro positivo della sussistenza di due condizioni – la differenziazione amministrativa tra esercizio

ISSN 2036-7821

di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia e attività di tutela paesaggistica e un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche in materia paesaggistica –; mentre il ruolo statale è stato modificato nel senso della sua riconduzione all'interno del procedimento di rilascio dell'atto di assenso e nella forma di parere, la cui natura è stata modificata più volte: da meramente obbligatorio a vincolante *tout court*, a vincolante ma 'degradabile' in vincolante in presenza di certe condizioni (approvazione del piano paesaggistico, "vestizione" dei vincoli paesaggistici, adeguamento degli strumenti urbanistici comunali al piano paesaggistico), oggi anche accantonabile in caso di mancata espressione nel termine di legge.

Questo regime, sia pure riferito a una determinata funzione amministrativa e a uno specifico settore, è sintomatico della linea di indirizzo tenuta dal legislatore in materia ambientale: quella di una faticosa definizione dell'assetto organizzativo il cui esito è una sostanziale allocazione delle funzioni amministrative verso l'alto, con un baricentro assestato essenzialmente tra il livello statale e quello regionale; opzione che formalmente è tributaria di una duplice argomentazione: la disponibilità in capo alle amministrazioni statali e regionali di un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche, per la presenza di strutture e risorse specifiche (ministero *ad hoc*, Ispra, agenzie di protezione ambientale, ecc.) e il tema dei localismi, nel senso che l'ente più vicino al territorio quale è il Comune potrebbe, da un lato, indulgere a pressioni economiche a scapito della protezione ambientale ovvero, all'opposto, optare per un iperprotezionismo ambientale con l'effetto di tenere aprioristicamente un atteggiamento ostile alle trasformazioni del territorio[1]. Considerazioni peculiari che vanno confrontate e calibrate con quelle generali e 'di sistema', anzitutto di matrice costituzionale, che inducono il decisore a una tendenziale preferenza degli enti più vicini al territorio (principio di sussidiarietà) e ammettono, altresì, un sistema amministrativo "a geometria variabile", differenziato e non uniforme (principio di differenziazione), basato sulla capacità dell'ente di esercitare al meglio le funzioni amministrative (principio di adeguatezza). Si tratta di principi impermeabili rispetto al soggetto legislatore che è chiamato ad applicarli e che, tuttavia, finiscono per riflettere, inevitabilmente, la visuale e la concezione di colui che li applica in una materia, quella ambientale, in cui la legittimazione spetta al legislatore statale, in virtù dell'opzione costituzionale che rimette la "tutela dell'ambiente" alla potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. s). Peraltro, a conferma della peculiarità della materia ambientale, la potestà legislativa si atteggia in materia articolata e 'ulteriore' rispetto al mero dato testuale, in quanto, per consolidata giurisprudenza costituzionale, vige il principio della maggiore protezione ambientale

[1] M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 148 ss.

ISSN 2036-7821

che apre spazi di regolazione a livello regionale, sebbene queste aperture riguardino il piano funzionale più che quello organizzativo. Dal punto di vista strutturale, la Corte costituzionale si è già espressa nel senso che viola il dettato costituzionale una riattribuzione da parte regionale a favore di ente locale in virtù del principio di sussidiarietà, di una funzione che il legislatore statale ha imputato al livello regionale, in quanto "la potestà legislativa esclusiva nelle materie indicate nell'art. 117, secondo comma, Cost. comporta la legittimazione del solo legislatore nazionale a definire l'organizzazione delle corrispondenti funzioni amministrative anche attraverso l'allocazione di competenze presso enti diversi dai Comuni – ai quali devono ritenersi generalmente attribuite secondo il criterio espresso dall'art. 118, primo comma, Cost. – tutte le volte in cui l'esigenza di esercizio unitario della funzione trascenda tale ambito territoriale di governo"[2].

2. La componente privata: dalla partecipazione alla codecisione ambientale.

Il tema del ruolo dei soggetti privati nelle politiche ambientali è prospettiva considerata e valorizzata dal diritto dell'ambiente sin dalla sua genesi, sebbene anch'esso abbia risentito della prevalente impostazione pubblicistica. Esso è stato tradizionalmente affrontato nell'accezione della partecipazione dei privati ai processi decisionali, dunque del contributo che i privati possono apportare nell'*iter* e nei meccanismi di costruzione della decisione pubblica, ovvero nel momento successivo all'adozione della decisione, quindi nel momento attuativo o, da altra visuale, sul piano delle tutele, e, seguendo questa direzione, il tema della partecipazione è stato elevato al rango di principio fondamentale (Dichiarazione di Rio del 1992; Convenzione di Aarhus del 1998, ecc.) ed è stato tradotto in istituti (informazione ambientale, legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste, forme avanzate di istruttoria come l'inchiesta pubblica, ecc.) che hanno contraddistinto il diritto dell'ambiente, per poi essere trapiantati in altri settori (urbanistica, contratti pubblici, beni culturali, ecc.) ovvero in leggi generali (anzitutto, la legge generale sul procedimento amministrativo, legge n. 241/1990). Questa linea così avanzata si è tradizionalmente arrestata alla soglia della decisione, dunque alla fase propriamente decisoria, perché ritenuta riserva esclusiva della compagine pubblica. Eppure, anche da questa visuale possono scorgersi nell'ordinamento ambientale alcuni spazi decisionali riconosciuti ai soggetti privati o, più spesso, condivisi dalla parte pubblica con quella privata. Questa visuale chiama in causa il modello consensualistico, che, come noto, è ben radicato nel diritto delle pubbliche amministrazioni, fondato su di una base normativa generale ormai consolidata (art. 11 legge n. 241/1990, art. 2, comma 203, legge n. 662/1996, art. 119 d.lgs. n. 267/2000, ecc.) e ad esso guarda anche il diritto dell'ambiente.

[2] Corte cost., 7 ottobre 2021, n. 189, in *Foro amm.*, 2022, p. 358.

ISSN 2036-7821

2.1 Il privato-operatore economico.

L'analisi del ruolo del privato nella fase propriamente decisoria non può che prendere le mosse dalla normativa fondamentale in materia dell'ambiente, ossia il d.lgs. n. 152/2006, in cui, accanto al campionario dominante degli strumenti autoritativi, rileva la presenza di moduli e soluzioni improntate al principio consensualistico, che interessano soprattutto il privato nella veste di operatore economico. Già nella disciplina di strumenti fondamentali come la VIA e l'AIA compare questo principio e la sua traduzione nel modulo dell'accordo: l'art. 9, comma 3, pone tra le "norme procedurali generali" la possibilità di conclusione di accordo tra l'autorità competente e il soggetto proponente il progetto sottoposto a VIA "per disciplinare lo svolgimento delle attività di interesse comune ai fini della semplificazione e della maggiore efficacia dei procedimenti"; anche la disciplina dell'AIA ammette, a certe condizioni, la stipula di accordi correlata alla procedura autorizzatoria, ravvisando in questo modulo un effetto utile ulteriore a quello sotteso allo strumento dell'autorizzazione e individuato nella "conformità con gli interessi fondamentali della collettività, l'armonizzazione tra lo sviluppo del sistema produttivo nazionale, le politiche del territorio e le strategie aziendali" (art. 29-quater, comma 15).

Il principio compare anche nella parte successiva del testo normativo, dedicata ai settori ambientali, e la sua presenza è rilevante specialmente nell'ambito della disciplina dei rifiuti, in cui la corresponsabilità è principio generale e il ricorso all'accordo vale come *modus agendi* ordinario funzionale al miglioramento delle performance ambientali (art. 206).

Se si allarga la visuale a normative contigue a quelle propriamente ambientali possono ritrovarsi ulteriori elementi utili. Si consideri, ad esempio, il settore dell'agricoltura in cui è ormai consolidata la consapevolezza della correlazione con le politiche ambientali e, anzi, il suo carattere servente rispetto agli obiettivi ambientali. Questo settore è stato tra i primi in cui, nell'ottica della sua modernizzazione (d.lgs. n. 228/2001, intitolato "orientamento e modernizzazione del settore agricolo") sono stati introdotti moduli di azione amministrativa di matrice consensuale e volontaria: si tratta dei contratti di collaborazione e delle convenzioni tra imprenditori agricoli e p.a. I primi, mutuati espressamente dal modello di cui all'art. 119 t.u.e.l., sono funzionali alla promozione delle vocazioni produttive del territorio e alla tutela delle produzioni di qualità e delle tradizioni alimentari locali (art. 14, comma 1) e possono anche prevedere specifiche misure volte ad assicurare un'adeguata informazione ai consumatori sulla provenienza delle materie prime e delle peculiarità delle produzioni; dall'accordo discendono non meglio definite misure di sostegno e

ISSN 2036-7821

sviluppo dell'imprenditoria agricola locale (art. 14, comma 2), mentre nel caso del contratto di promozione, che costituisce una specificazione del contratto di collaborazione, risulta ben formalizzato l'impegno a carico dell'imprenditore di "assicurare la tutela delle risorse naturali, della biodiversità, del patrimonio culturale e del paesaggio agrario e forestale" (art. 14, comma 3). Le convenzioni (art. 15) sono finalizzate a favorire un ruolo attivo degli imprenditori agricoli verso ambiti funzionali significativi, come la sistemazione e manutenzione del territorio, la salvaguardia del paesaggio agrario e forestale, la cura e il mantenimento dell'assetto idrogeologico, la tutela delle vocazioni produttive del territorio. Per questa tipologia negoziale risultano meglio definite le prestazioni a carico delle amministrazioni: finanziamenti, concessioni amministrative, riduzioni tariffarie o realizzazione di opere pubbliche.

Un altro settore nel quale il principio consensualistico è stato recentemente rafforzato è quello della gestione forestale: in esso l'art. 35-*bis* decreto-legge n. 77/2021 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108/2021, ha introdotto l'istituto dell'accordo di foresta configurato quale "strumento per lo sviluppo di reti di imprese", a composizione solo privata o mista pubblico-privata, funzionale alla valorizzazione economico-produttiva della proprietà forestale nonché a ulteriori obiettivi sottesi ai beni forestali ed espressione della riconosciuta multifunzionalità di essi (conservazione ed erogazione di servizi ecosistemici, promozione di attività complementari di natura turistica, sociale, culturale, ecc.).

Speculare alla prospettiva negoziale sinora considerata, evocativa del ruolo "attivo" dell'operatore economico è l'ambito delle certificazioni ambientali: il riferimento è ai marchi ambientali di regolazione pubblica (Emas, Ecolabel, ecc.) o privata (Iso14000, ecc.), che attestano la conformità di un prodotto ovvero dell'intero sistema di gestione ambientale di un'impresa rispetto a stringenti parametri ambientali, più elevati rispetto a quelli ordinari: si tratta di strumenti la cui attivazione è rimessa all'adesione spontanea e volontaria dei soggetti interessati, rispetto ai quali il soggetto pubblico interviene solo in funzione di controllo – con accertamenti sia preventivi che postumi – ovvero può assumere un ruolo aggiuntivo, quello di incentivatore (con provvidenze e misure di sostegno varie, di tipo economico e amministrativo) a favore degli operatori economici che decidono di intraprendere il percorso oneroso di acquisizione del marchio ambientale; l'esperienza più recente, sebbene ancora limitata a livello interno, delinea un ulteriore ruolo, quello di soggetto che, quasi per dare il buon esempio alle altre amministrazioni e ai privati che con esso si rapportano, si attivano direttamente per ottenere la certificazione ambientale, sottoponendo a valutazione l'intero complesso organizzativo e tutta la propria attività (c.d. certificazione di territorio).

ISSN 2036-7821

2.2 Il privato-cittadino.

Il settore ambientale è stato negli ultimi anni un ambito nel quale risultano praticate forme di coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali con esperienze, variamente denominate (accordi, patti, contratti, ecc.) che, soprattutto all'inizio, erano prive di solide basi legislative; *deficit* che è stato colmato dai soggetti promotori con il richiamo diretto di atti di diritto internazionale ovvero del dettato costituzionale e i cui esiti significativi hanno sollecitato e anticipato le scelte del legislatore.

Ne sono un esempio i contratti di fiume, nati a livello locale per iniziativa di soggetti pubblici (enti locali, autorità di bacino, Regioni, ecc.) e privati (associazioni di categoria, associazioni ambientaliste, comitati di cittadini, ecc.) in virtù del richiamato principio di partecipazione sancito dalla direttiva-acque (23 ottobre 2000, n. 2000/60/CE) secondo un'accezione forte che enfatizza il coinvolgimento delle collettività e delle istituzioni locali nelle politiche di gestione delle acque; poi alimentati attraverso una serie di norme di *soft-law*, buone prassi, linee guida, documenti di indirizzo (come la Carta nazionale dei contratti di fiume, stipulata da alcune Regioni nel 2010), quindi riconosciuti dal legislatore prima regionale poi statale. Attualmente sono previsti dall'art. 68-*bis* del d.lgs. n. 152/2006, che li configura significativamente come "strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree". L'idea sottesa è di promuovere una visione rinnovata, condivisa e progettuale del territori fluviali, in cui l'approccio tradizionale di tipo vincolistico e manutentivo-impiantistico, di prevenzione o gestione delle emergenze idrogeologiche, si integra con una gestione integrata e di valorizzazione secondo una visione ecosistemica del bene e dei suoi molteplici interessi sottesi: sicurezza, mitigazione e prevenzione dei rischi, equilibrio climatico, biodiversità, valorizzazione paesaggistica, fruizione turistica sostenibile, filiera agroalimentare e dei prodotti ittici, diffusione della cultura dell'acqua.

Mutua il modello del contratto di fiume il cd. contratto di paesaggio, forma di gestione del paesaggio più recente ed embrionale, che non conosce ancora riconoscimento a livello legislativo e le cui prime esperienze invocano direttamente la Convenzione europea del paesaggio (Firenze, 20 ottobre 2000) e il relativo principio di partecipazione enunciato anch'esso in termini di valorizzazione del pubblico e delle istituzioni locali, nonché il principio costituzionale di sussidiarietà (art. 118 Cost.), nella doppia declinazione verticale (comma 1) e orizzontale (comma 4). Si tratta di un ulteriore modello di matrice consensuale e volontaria che si basa sulla consapevolezza della valenza identitaria e culturale del territorio e prevede un metodo di azione di tipo progettuale e in cui è enfatizzata la componente della

ISSN 2036-7821

partecipazione e della concertazione delle collettività locali viste come artefici e produttori, prima che fruitori, del paesaggio.
L'ambiente urbano costituisce uno dei terreni privilegiati di un'ulteriore esperienza virtuosa di partenariato pubblico-privato nata a livello locale e in forma volontaria, quella dei cd. patti di collaborazione: si tratta di atti convenzionali, spesso preceduti e autorizzati da un apposito regolamento comunale di gestione dei beni civici, fonte che, a sua volta, si legittima in virtù della potestà regolamentare organizzativa e funzionale dei Comuni sancita dall'art. 117, comma 6, Cost. e che, nei contenuti, trova giustificazione nell'art. 118, comma 4, Cost. Con questi strumenti i cittadini e l'amministrazione concordano la realizzazione di specifici interventi di conservazione, gestione e valorizzazione di spazi ovvero di immobili pubblici o privati a uso pubblico, per ripristinare o migliorare la qualità o la fruibilità e in questi interventi la componente privata è parte attiva, protagonista dal momento progettuale a quello esecutivo.
L'esperienza mostra l'attitudine di questi strumenti alla flessibilità e alla modulabilità in base alle esigenze e al contesto di riferimento; gli ambiti di azione sono molteplici (dall'istruzione alla salute, dalle politiche culturali a quelle sportive, dall'arredo urbano all'integrazione sociale) e, come detto, quello ambientale è centrale, anche per le implicazioni che sottende di ordine sociale e culturale; gli interventi in materia ambientale spaziano dalla cura del verde pubblico al recupero di parchi e giardini, alla creazione di orti cittadini o boschi urbani, al ripristino di sentieri di montagna, alla realizzazione di percorsi escursionistici, alla gestione di ambienti fluviali. Queste manifestazioni di amministrazione condivisa dei beni civici hanno trovato un'eco normativa nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) che ha disciplinato, tra le forme di partenariato pubblico-privato, gli "interventi di sussidiarietà orizzontale" (art. 189) e la promozione di modelli organizzativi di amministrazione condivisa "in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale" è elevata dal nuovo codice a opzione generale e principio informatore della disciplina dei contratti pubblici (art. 6 d.lgs. n. 36/2023).

3. Un nuovo approccio e l'"occasione" dell'economia circolare.

Le esperienze citate, assieme a ulteriori[3], denotano un approccio rinnovato rispetto a quello tradizionale: un approccio che implica la volontarietà dell'azione, la provenienza "dal basso", la matrice consensuale, profili diametralmente opposti rispetto a quelli che connotano l'approccio tradizionale che si compone di strumenti di natura cogente, autoritativa e che "calano dall'alto"; la promozione di questo

[3] Su queste esperienze sia consentito rinviare a M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative. Profili critici e nuove dinamiche*, Torino, 2018, pp. 249 ss.; ID., *Nuovi modelli di amministrazione del paesaggio. La rilevanza del paesaggio agrario*, in N. FERRUCCI – M. BROCCA, *Il paesaggio agrario: dal vincolo alla gestione negoziata*, Milano, 2019, pp. 111 ss.

ISSN 2036-7821

approccio impone una precisazione: esso non si pone come alternativo e antagonista a quello tradizionale, non pretende dunque di superare o sostituirsi a esso, ma può affiancarsi e integrarsi per arricchire il novero delle politiche e degli strumenti ambientali. Questo approccio evoca, peraltro, una riflessione preliminare, relativa alla concezione dell'ambiente, di cui mostra il carattere poliedrico e multidimensionale, il suo essere non soltanto un obiettivo della parte pubblica cui corrisponde un vincolo e un limite per le attività private, ma anche un elemento di identificazione e differenziazione dell'operatore economico sul mercato, nonché del soggetto pubblico sul territorio, dunque una risorsa e un fattore di sviluppo economico e istituzionale.

Questo approccio può trovare terreno fertile in quella linea di tendenza del sistema proiettata a implementare la cd. economia circolare, nuovo modello di sviluppo economico, ma anche istituzionale (cd. Stato circolare)[4], che mutua le sue regole dalle leggi di funzionamento degli ecosistemi naturali basate sul senso della "finitezza" delle risorse, nonché sulla riutilizzabilità delle stesse. Un modello nel quale parole chiave sono il "limite" delle risorse, nonché la "relazione" tra le parti del sistema, in quanto ciò che per un componente può essere scarto e residuo inutilizzabile, per altri può essere un elemento utile. Questi profili distintivi postulano un ripensamento del concetto di catena del valore dei beni e servizi secondo linee interrelate che vanno nella direzione dell'allungamento temporale, della sostenibilità ambientale e dell'integrazione delle fasi e tra i soggetti coinvolti. In questo rinnovato contesto gli operatori economici sono chiamati a un ruolo attivo e propulsivo nella ricerca di soluzioni orientate in chiave circolare che riguardano, ad esempio, la fase della progettazione, profili quali la durevolezza e la riparabilità dei beni, la scelta delle materie prime, aspetti, dunque che concernono l'inizio più che la fine del ciclo di vita dei beni. Al contempo, anche le collettività locali possono essere parte attiva nella promozione di forme di gestione del territorio di tipo circolare, in quanto è di tutta evidenza che nell'ottica dell'economia circolare occorre partire dalle risorse di cui si dispone *in loco* evitando i costi e gli impatti legati al reperimento *aliunde* di esse (cd. economia sostenibile a km zero)[5]; effetto indotto e presupposto di questo coinvolgimento è l'acquisizione o maturazione della consapevolezza da parte delle collettività locali che ogni territorio dispone di risorse (ambientali, culturali, produttive, ecc.) peculiari e identitarie che, in quanto tali, possono fungere da fattori di sviluppo socio-economico.

Siffatto percorso evoca una riflessione sulle dinamiche dei rapporti tra parte pubblica e parte privata che induce a rinnovate sollecitazioni: per la componente privata, nel

[4] F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir.amm.*, 2017, pp. 163 ss.; ID., *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 70; ID., *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Milano, 2021, p. 180.

[5] F. DE LEONARDIS, *Economia circolare*, cit., p. 182.

ISSN 2036-7821

senso della valorizzazione del ruolo dei privati, siano essi operatori economici ovvero soggetti comunitari, nei processi decisionali, specialmente nel momento propriamente costitutivo delle decisioni; per la componente pubblica, nel senso che i decisori pubblici sono chiamati ad approcci e modalità di interlocuzione con i privati differenti e ulteriori rispetto a quelli tradizionali, autoritativi e cogenti: di sostegno e incentivazione di condotte virtuose ovvero di negoziazione e ricerca di forme di codecisione.

Nuovi scenari si delineano per il diritto dell'ambiente che è chiamato a svolgere ancora quella funzione che sul finire degli anni '90 Federico Spantigati aveva riconosciuto e definito di "diritto sonda" quale branca del diritto pronta a segnalare punti critici, deficit e snodi nel sistema da tradurre in opzioni e strumenti originali necessari per fronteggiare la complessità della questione ambientale e utili per il progresso dell'intero ordinamento[6].

[6] F. SPANTIGATI, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, p. 236. In questo senso la dottrina coeva e successiva: tra gli altri, ravvisa nel diritto dell'ambiente la funzione di "laboratorio di ricerca e grimaldello del sistema", R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2005, p. 259; più recentemente, lo stesso Autore si è espresso nel senso che "il diritto dell'ambiente può definirsi come 'il salotto buono del diritto pubblico', nel quale nascono temi e istituti che, in seguito, tracimano in altri settori", A. CIOFFI – R. FERRARA, *Ambiente e Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7 aprile 2022; di "organo respiratore" nell'ordinamento parla G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, p. 1164; in termini di "diritto precursore" v. F. DE LEONARDIS, *Le organizzazioni ambientali come paradigma delle strutture a rete*, in *Foro amm. CdS*, 2006, p. 273.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nella nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Brevi riflessioni sul regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 del D.lgs. n. 201/2022, alla luce di alcuni orientamenti della Corte dei Conti e dell'AGCM.

di Bruno Mercurio

(Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli L'Orientale)

Sommario

1. Introduzione. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il divieto per gli enti di governo di partecipare alla gestione. – 2. Una disciplina tormentata: le tappe salienti. – 3. La delega per il riordino dei servizi pubblici locali nella legge 118/2022; e i principi cardini del d.lgs. n. 201/22. – 3.1. Una parentesi sull'in house. - 4. La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. – 5. Il regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 e l'interpretazione restrittiva della Corte dei Conti e dell'A.G.C.M.– 6. Profili critici dell'orientamento esaminato e una possibile lettura alternativa

Abstract

The art. 6 of Legislative Decree no. 201/22 provides, in paragraph 1, the distinction between regulation and management functions in the organizational structure of local authorities, establishing in the following paragraph 2, that the government bodies of the optimal territorial areas and the authorities specifically established for the regulation and control of local public services may not directly or indirectly participate in persons responsible for the management of the service, while this is permitted to the individual local authorities falling within the same ambit. For local entities, art. 33 a transitional regime to which a restrictive reading by the Court of Auditors and the AGCM is taking away its effectiveness.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il divieto per gli enti di governo di partecipare alla gestione.

Il recente Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 si pone come disciplina di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica[1], ossia di quei servizi suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo che la legge a monte o gli enti locali mediante atti politici di assunzione, nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite[2], individuano come necessari per la soddisfazione dei bisogni delle comunità territoriali di riferimento e che, se affidati esclusivamente al mercato, non sarebbero svolti o lo sarebbero a condizioni differenti ed incompatibili con l'esigenza di assicurare prestazioni minime accessibili e qualitativamente e quantitativamente adeguate[3]. L'art. 2, comma 1 lett. c) del citato decreto equipara tale peculiare categoria di servizi a quella che la normativa europea definisce di interesse economico generale (SIEG), comprendendovi attività commerciali assoggettate a specifici obblighi di servizio in quanto strettamente connesse a finalità di interesse comune che giustificano forme di intervento pubblico per le quali, ai sensi dell'art.106, comma 2, del TFUE, è ammessa una deroga alle regole sulla concorrenza, quando queste ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata[4].

---

[1] In attuazione della delega contenuta all'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

[2] L'art. 13 del D.Lgs.18 agosto 2000 n. 267, Testo Unico Enti Locali, individua le funzioni spettanti al comune, prescrivendo al comma 1 che: "Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze".

[3] Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2022 p. 359 e ss. Sulla necessità che del servizio si faccia carico, direttamente o indirettamente l'ente locale competente, T.A.R. Milano sez. III, 3 luglio 2020, n. 1274. Anche il giudice ordinario nella sentenza sez. Sezioni Unite: Cass. SS. UU., 30 marzo 2000, n. 7 e nella sentenza Cass. Sez. II, 2 novembre 2001, n. 14032, ha escluso che costituisca servizio pubblico ogni attività privata soggetta a controllo o mera autorizzazione da parte di un'Amministrazione pubblica, essendo invece necessario che l'attività oggetto del servizio pubblico sia mirata a soddisfare direttamente esigenze della collettività.

[4] Ai sensi dell'articolo 14 TFUE, "l'Unione e gli Stati membri, ciascuno nell'ambito delle proprie rispettive competenze e

nell'ambito di applicazione dei Trattati, provvedono affinché tali servizi operano sulla base di principi e condizioni, in particolare economiche e condizioni finanziarie, che consentano loro di adempiere alla loro missione". La CGUE ha definito più volte il perimetro entro cui opera la deroga alle norme sulla concorrenza e sul divieto di aiuti di stato ritenendo necessario che l'attività svolta rientri nella nozione di servizio d'interesse economico generale e corrisponda ad una precisa ed espressa volontà degli organi statali competenti di farsi carico dello stesso; che le ragioni di tale scelta siano motivate sulla base di un confronto con le alternative offerte dai modelli aperti al mercato; che gli obblighi cui è assoggettato il gestore siano definiti sulla base di parametri previamente definiti in modo chiaro e trasparente. Cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 15 maggio 2019, n. 706. Sulla originaria previsione contenuta nell'art. 90 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 25 marzo 1957, R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CEE*, Vol2, Milano, 1966, p. 1965. A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico,* Milano, 2001. Per una recente ricostruzione delle principali posizioni in dottrina e degli orientamenti C.G.U.E. A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018. pp. 5 -22.

ISSN 2036-7821

Tali modelli speciali di gestione, come è noto, sono a loro volta classificabili in base alla ampiezza della richiamata deroga che può essere assoluta, con la sottrazione al mercato delle attività, mediante l'autoproduzione pubblica o la riserva ad un monopolio esistente, oppure relativa. In questo secondo caso, essa si realizza con la costituzione di un monopolio nel mercato finale rivolto agli utenti, attraverso il riconoscimento di diritti di esclusiva ad una o più imprese selezionate nel rispetto delle regole sulla concorrenza, mediante procedure di evidenza pubblica (concorrenza per il mercato) e legate all'amministrazione da un atto di concessione che ne disciplina gli obblighi; oppure attraverso la compensazione dei soli costi correlati all'adempimento di prestazioni fornite da un numero indeterminato di soggetti autorizzati ad operare in concorrenza fra loro, sulla base di una convenzione con l'amministrazione volta ad assicurare il servizio anche a chi non ha la possibilità economica di accedervi, nel rispetto degli obblighi stabiliti dal regolatore (concorrenza nel mercato)[5]. Per tutte le descritte ipotesi, l'intervento pubblico va sempre contenuto entro i limiti di proporzionalità ricavati dalla Corte di giustizia europea e dal giudice interno dai principi stabiliti all'art. 106 del TFUE, ripreso nell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per la tutela della concorrenza e del mercato, ossia solo per quanto strettamente necessario al raggiungimento del fine pubblico ad esso sotteso[6].

Così, il principio di concorrenza assume nel suo rapporto con le esigenze di servizio pubblico, una rilevanza strumentale più che finalistica. Esso, infatti, costituisce il mezzo primario attraverso cui favorire, grazie ai vantaggi per i consumatori derivanti dalla competizione fra operatori economici nel mercato, la più ampia accessibilità ai servizi e concorrere, per tale via, al raggiungimento del fine principale perseguito dalla U.E, costituito dal progresso economico e sociale delle comunità appartenenti agli degli Stati membri (preambolo al TFUE, secondo capoverso)[7]. Di tal che, modelli di gestione alternativi a quelli totalmente aperti al mercato, che escludono o limitano la concorrenza, sono ammissibili nella misura in cui risultino gli

[5] A. MASSERA, I *servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2/19, 439-482.

[6] Fin dalla storica a sentenza del 24 luglio 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415) si è affermato il principio per cui sono ammissibili forme di aiuto necessarie al compimento del compito impartito al beneficiario, ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE. Sul tema, Cfr. sentenza dell'8 marzo 2017, Viasat Broadcasting UK/Commissione, C-660/15 P, EU:C:2017:178, punto 34. Il principio è ripreso attraverso l'applicazione deiretta dei principi primari di matrice europea e sulla base della normativa interna sulla concorrenza dal giudice interno, Consiglio di Stato sez. II, 19 aprile 2023, n.3982; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre, 2015, n. 5284; Tribunale Roma sez. XVI, 4 marzo 2020.

[7] Sul rapporto tra l'ordinamento interno e quello dell'unione europea in tema di servizi pubblici locali, R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo in* Dir. Amm. 2000, p. 1; A. TRAVI, , *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005.

ISSN 2036-7821

unici strumenti possibili in un contesto sfavorevole al mercato perché antieconomico o siano più idonei di quelli concorrenziali a garantire gli obiettivi di crescita e benessere della UE.

Tale approccio è ripreso dal nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali che, all'art. 14 comma 1, riconosce agli enti locali, nell'esercizio della loro autonomia, la facoltà di far gestire un determinato servizio, ritenuto di interesse pubblico, a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori e di organizzarne la gestione secondo il modello della società interamente pubblica, della società mista pubblico/privato o dell'affidamento a privati in esclusiva o in convenzione.

Il successivo comma 2, però, impone alle amministrazioni titolari del servizio di svolgere una approfondita istruttoria circa l'effettiva convenienza del ricorso ai modelli alternativi a quello concorrenziale, ponderando attentamente la convenienza della scelta, da motivare con una analisi rigorosa, esaustiva ed imparziale dei costi e benefici di ciascuna forma di gestione possibile nel contesto in cui il servizio dovrà essere erogato[8].

Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, inoltre, l'art.17 comma 2 prevede che la motivazione della deliberazione di affidamento del servizio dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato[9], mentre il successivo art. 19 comma 1 impone una durata dell'affidamento diretto che, in funzione della prestazione richiesta, risulti proporzionata all'entità degli investimenti previsti indicati nel contratto di servizio.

Tale disciplina si applica sia se titolare del servizio è l'ente locale singolo sia nell'ipotesi, oggetto di questo lavoro, per cui la legge prevede una gestione associata obbligatoria nella forma degli ambiti ottimali cui è preposto un ente esponenziale degli interessi dei Comuni obbligati a consorziarsi (ente d'ambito).

Ma è sul piano dello svolgimento delle funzioni autoritative di regolazione e controllo, costituenti compiti imprescindibili che le istituzioni sono chiamate a svolgere in questo peculiare settore[10], che la disciplina in analisi introduce novità rilevanti nel caso di affidamento *in house*. Ed invero, l'art. 6 del d.lgs. n. 201/22 prevede, al comma 1, la distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto

[8] Secondo lo schema dell'analisi "swot" dei punti di forza e debolezza, delle opportunità e delle minacce, utilizzate nella programmazione aziendale strategica ed applicata alla pianificazione delle attività di tipo no autoritativo (economiche e non) per valutare l'opportunità di presa in carico delle stesse da parte degli enti pubblici

[9] Tanto , secondo il citato comma, << illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house>>.

[10] D. SORACE., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p.114 e ss. F. DE LEONARDIS, *Natura e carattere degli atti di regolazione pubblica dell'economia,* in Dir. Econom, 2018

ISSN 2036-7821

organizzativo degli enti locali[11], stabilendo al successivo comma 2, che gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali e le autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio, mentre ciò è consentito ai singoli enti locali rientranti nell'ambito stesso.

Il comma 3 riconosce la possibilità di detenere partecipazioni nelle società affidatarie anche a ciascun ente locale rispetto ai propri servizi, prevedendo, in questo caso, l'obbligo di escludere gli organi e gli uffici preposti alle funzioni di regolazione dallo svolgimento di qualunque funzione o attività inerenti alla gestione del servizio stesso e al suo affidamento e introducendo, al successivo comma 4, una serie di ipotesi di inconferibilità di incarichi di amministrazione e controllo delle società partecipate in questione agli organi di indirizzo politico e di gestione nonché ai consulenti dell'ente coinvolti nelle attività di regolazione e controllo del servizio stesso.

La norma, che segue uno schema già adottato dal legislatore in altre ipotesi di convivenza in capo alla medesima amministrazione di funzioni fra loro incompatibili[12], sebbene sia condivisibile nella *ratio*, suscita alcune perplessità che saranno oggetto di riflessione in relazione al diverso trattamento riservato all'ente locale singolo che da titolare del servizio può mantenere in capo a sé sia le funzioni di regolazione e controllo che quelle di gestione, rispetto agli enti d'ambito, che pure sono qualificati come enti locali[13], per i quali tale possibilità è stata esclusa, prevedendosi all'art. 33 un regime transitorio volto a salvaguardare nei settori dei servizi pubblici ambientali (servizio idrico integrato e servizio di gestione dei rifiuti urbani) il rispetto degli impegni assunti con il PNRR (comma 1) e, per il solo settore di rifiuti l'attuazione di piani di ambito in via di definizione (comma 2) al quale una lettura estremamente restrittiva da parte della Corte dei conti e dell' AGCM su cui ci soffermerà criticamente nel prosieguo, sta sottraendo effettività.

---

[11]. 3. Qualora gli enti locali titolari del servizio e a cui spettano le funzioni di regolazione assumano direttamente o per mezzo di soggetto partecipato la gestione del servizio, le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento.

[12] Si pensi alle ipotesi di incompatibilità in materia di contratti pubblici contenuta nell'art. 77, comma 4, d.lg. n. 50 /2016, in base al quale i commissari di gara non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta o la possibilità riconosciuta agli enti titolari di funzioni di pianificazione di individuare al proprio interno anche un organo competente ad formulare la valutazione ambientale strategica sul piano redatto dalla stessa amministrazione, purché sussista un adeguato grado di autonomia in capo all'organo valutatore.

[13] La corte costituzionale ha chiarito che l'autorità d'ambito dotata di personalità giuridica e di autonomia decisoria, è qualificabile come ente locale in quanto ente esponenziale di una forma di associazione obbligatoria fra enti locali cui è trasferito l'esercizio di competenze ad essi spettanti, Cfr. Corte cost. 11 ottobre 2012 n. 226.

ISSN 2036-7821

2. Una disciplina tormentata: le tappe salienti.

Storicamente, la nozione di servizio pubblico locale acquista autonoma rilevanza giuridica, all'inizio del secolo scorso, con il processo di nazionalizzazione e municipalizzazione di attività che fino a quel momento erano state svolte dai soggetti privati in forma di impresa, processo che, si era avviato già all'alba della unità, in settori *non profit*, con la Legge "Crispi" n. 6972/1890 di pubblicizzazione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Da detto fenomeno, che costituiva il precipitato delle teorie, allora dominanti, circa la necessità per uno Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, al fine di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi[14]; ma anche del crescente interesse, parallelo a quello di industrializzazione di livello europeo che aveva portato alcuni Comuni a costituire aziende municipalizzate o a riscattare concessioni da privati già prima del 1903, sul modello di quelle già operative in Gran Bretagna, scaturì, nel senso che vi trovò la sua *ratio*, la legge 29 marzo 1903, n.103 (cd. legge Giolitti) istitutiva delle aziende municipalizzate, che viene considerata la prima legge generale sui servizi pubblici[15].

Successivamente riformata dalla R.D. del 4.2.1923, n. 253 ed infine sistematizzata nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, la disciplina prevedeva che i servizi pubblici fossero svolti dalle amministrazioni locali, in virtù di uno specifico atto di assunzione; attraverso le forme dirette di gestione individuate nell'azienda speciale; nella gestione in economia o attraverso la forma della concessione ai privati.

La legge Giolitti, se lasciava in sospeso la individuazione delle categorie riferibili al servizio pubblico,[16] non poneva grandi dubbi in ordine alla sua nozione, venendo lo stesso ad identificarsi con quello assunto da un soggetto pubblico (Stato o Comune), secondo la teoria oggi conosciuta come soggettiva[17].

Tale nozione ha, però, rivelato ben presto i propri limiti, nella misura in cui non era idonea a ricomprendere, da un lato le attività d'impresa poste in essere

---

[14] Il cd. socialismo municipale, si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che vuole gestiti i servizi pubblici di maggior rilievo economico sociale attraverso attività di natura economica, ma sottratte all'economia di mercato. Per un approfondimento G. BOZZI, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1977, 368

[15] G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm.*, Tar, 2011, 663 ss.

[16] La legge individuava, in modo non tassativo, 19 categorie di servizi che la giurisprudenza ha di fatto ampliato nel tempo a mano, amano che la casistica lo richiedesse. Sulla qualificazione dei servizi pubblici come categoria aperta e cangiante al mutare delle esigenze e alle trasformazioni socio economiche G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte III, Milano, 1920, 193; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 55 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo, Bologna,* 2013, 370.

[17] La ricostruzione è riconducibile a A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923*. P. 6 e ss,; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizi pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 136 ss., G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni,* cit. p. 197.

ISSN 2036-7821

dall'amministrazione nei settori non riconducibili alle finalità proprie dei pubblici servizi e, dall'altro, le attività gestite da privati assimilabili per i bisogni che soddisfacevano a servizi pubblici[18].

Si è andata, così progressivamente affermando l'esigenza di una definizione oggettiva di servizio pubblico che ne delineava i contorni in base alla rispondenza delle attività svolte alla pubblica utilità ed al pubblico interesse[19].

Con l'avvento della Repubblica, la Costituzione all'art. 41, che consente alla legge di indirizzare le attività private a fini sociali, in combinato con l'art. 43, che prevede la possibilità di riservare originariamente o di trasferire allo Stato "determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", ha offerto ai sostenitori della teoria oggettivistica un solido fondamento, per qualificare come servizio pubblico ogni attività economica pubblica o privata, di interesse generale, subordinata ai programmi e ai controlli ritenuti dalla legge opportuni per indirizzarla e coordinarla a fini sociali; ferma restando la possibilità, per lo Stato, di assumere la gestione diretta, per riserva originaria o trasferimento, di quelle attività collegate , fra l'altro e per quanto ci interessa, ad interessi pubblici essenziali e a situazioni di monopolio[20].

Anche la teoria oggettiva, tuttavia, si è rivelata non esaustiva o meglio si è ritenuto che la sua genericità, potenzialmente suscettibile di accogliere nella nozione qualsiasi fenomeno economico riconducibile ad un interesse collettivo, non corrispondesse allo spirito dell'istituto e soprattutto esponesse all'attività di controllo programmazione pubblica interi settori dell'economia con il rischio di rallentare il mercato ed ingessare i pubblici poteri[21].

Si è così aperta la terza strada, intermedia fra le due posizioni, secondo cui, pur dovendosi avere riferimento all'interesse soddisfatto dall'attività economica e non al suo gestore, detto interesse, per connotare di pubblicità il servizio, deve coincidere con un fine istituzionale individuato dal legislatore nazionale o regionale e affidato alla cura di una amministrazione pubblica attraverso il conferimento delle relative funzioni; oppure individuato direttamente da un ente locale territoriale nell' esercizio

[18] F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici, in Riv. Trim. dir.pubbl. comun.*,2002, p. 945.

[19] Per la compiuta formulazione della teoria oggettiva, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912; Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con riguardo particolare alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953; G. VACCHELLI, I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica, Riv. Dir. Comm., 1906, 120 ss. F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973.

[20] V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1996, 687, ss.

[21] P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.

ISSN 2036-7821

della sua autonomia costituzionalmente garantita, proprio allo scopo di riconoscere, oltre che soddisfare, gli interessi della comunità rappresentata[22].

Ne discende che le finalità perseguite attraverso il servizio debbano corrispondere ad esigenze della collettività che richiedono, per essere garantite, standard minimi di quantità e qualità, oltre che di accessibilità e la presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare determinate modalità di gestione.

In linea con questa teorizzazione, l'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, recepito dall'art. 112 della legge 267/2000 Testo Unico degli Enti Locali, oggi abrogato dall'art. 37 del decreto legislativo n. 201 del 2022 ribadiva che <<gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali>>.

Tale visione è stata fatta propria, poco dopo, dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 che, recependo le suggestioni del dibattito avviatosi negli anni '90, con la riforma delle autonomie ed acceleratosi nel 1997, attraverso le leggi note come "Bassanini" ha costituzionalizzato il principio di sussidiarietà che nella sua accezione orizzontale (art. 118 comma 4 Cost.) sgancia definitivamente la nozione del servizio pubblico locale dalla gestione esclusivamente pubblica favorendo l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale[23].

Sono evidenti in queste riforme le basi su cui si sono affermati, nell'ambito dei contratti pubblici aventi ad oggetto l'erogazione di servizi di spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, fondati su un rapporto dal basso verso l'alto che parte dai cittadini e arriva all'amministrazione[24].

L'insieme delle norme richiamate evidenzia una forte cointeressenza nell'ambito dei servizi pubblici locali di tipo economico e non, fra l'elemento personalistico direttamente riconducibile all'art. 2 della costituzione e quello della gestione di matrice imprenditoriale o comunque organizzativa[25].

---

[22] F. TRIMARCHI, cit. p.4.

[23]. Sull'operatività del principio nei servizi pubblici F. Merloni, *Privatizzazioni e sussidiarietà: quale amministrazione? locale? in Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni* (a cura di F. ROVERSI MONACO), *Rimini, Maggioli, 1997, pagg.235-245.* M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e di aziende autonome speciali*, Torino, 1997, *passim*.

[24] Il riferimento è all'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici contenuto nel D.lgs., 31 marzo 202 n. 36 relativo ai (Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del terzo settore.

[25] F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 32 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 123 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 131 ss.: R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, Milano, 2003, 1 ss; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 233 ss.

ISSN 2036-7821

Ciò ne ha reso tormentata la disciplina, in particolare nel primo decennio degli anni duemila, in cui alla tendenza verso la privatizzazione di questi servizi da parte del legislatore interno, è corrisposta una forte reazione contraria dei cittadini.
In particolare, la legge 28 dicembre 2001, n. 441 ha introdotto, all' art. 113-*bis* del TUEL, la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale", assoggettando i primi al regime di concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, e prevedendo, per i secondi, l'affidamento diretto.
Siffatta distinzione è stata considerata inidonea a cogliere l'ampiezza del fenomeno, in quanto aveva riguardo esclusivamente al modo tecnico di produzione del servizio pubblico. Per tale ragione, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata successivamente modificata dal decreto legge 30 settembre 2003, n.269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che ha, invece, introdotto la distinzione tra servizi pubblici "a rilevanza economica" e servizi pubblici "privi di rilevanza economica". Quest'ultima norma è stata, tuttavia, dichiarata incostituzionale nel 2004, in quanto i servizi privi di rilevanza economica, non attenendo alla tutela della concorrenza, devono essere considerati estranei alla competenza statale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione[26].
In questo quadro, si è inserito l'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, (conv. L. n. 133 del 2008), che, oltre ad abrogare tacitamente l'art. 113 del Tuel, con l'obiettivo di liberalizzare il settore, ha sancito la regola della procedura a evidenza pubblica per gli affidamenti dei servizi pubblici a rilevanza economica e la possibilità di affidamento a una società mista a condizione che venisse espletata una gara «a doppio oggetto», per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato. Al contrario, l'affidamento *in house* veniva configurato come derogatorio e, pertanto, subordinato a un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'esistenza di "situazioni eccezionali". Anche questo intervento normativo ha avuto vita breve, in quanto l'art. 23-bis, è stato abrogato a seguito del referendum svoltosi del 12 e 13 giugno 2011 con cui ne è stata deliberata l'abrogazione.
Successivamente, il governo è intervenuto sulla materia con l'articolo 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, introducendo una nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali che prevaleva sulle singole discipline di settore incompatibili, ma non si applicava al servizio idrico integrato, al servizio di distribuzione di gas naturale, al servizio di distribuzione di energia elettrica, al servizio di trasporto ferroviario regionale e a quello della gestione delle farmacie comunali.

[26] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2004, n. 272; in dottrina cfr. I. T. TESSARO, *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica,* in Lexitalia.it; F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in forumcostituzionale.it.

ISSN 2036-7821

Si prevedeva che di regola la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dovesse essere rimessa alla concorrenza nel mercato, con la sola possibilità per gli enti locali di introdurre diritti di esclusiva, sulla base di un'analisi di mercato che ne comprovasse la necessità e previo parere favorevole vincolante dell'Autorità garante della concorrenza, in favore di soggetti individuati tramite l'espletamento di procedure di gara.
Era, inoltre, contemplata la possibilità di affidamento del servizio a società miste, con gara a doppio oggetto. Anche tale disciplina, tuttavia, in quanto riproduttiva di quella oggetto del precedente *referendum* abrogativo è stata dichiarata incostituzionale[27].
In questo frangente, la giurisprudenza della Corte Costituzionale si è orientata nel senso di applicare i principi della normativa europea relativa alle regole concorrenziali minime per le gare ad evidenza pubblica che affidano la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica[28] per colmare il vuoto normativo, continuandosi, invece ad applicare alcune disposizioni rimaste in vigore sulla scelta delle modalità di affidamento del servizio che è rimessa dall'articolo 34 del decreto legge n. 179/2012[29], all'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale, al quale partecipano obbligatoriamente gli enti locali.

3. La delega per il riordino dei servizi pubblici locali nella legge 118/2022 e i principi cardini del dlgs.n. 201/22.

Il vuoto determinatosi nel 2012 si è protratto per lungo tempo. Dopo un incompiuto tentativo di riordino promosso, nel 2015, dalla legge Madia[30] contenente una delega[31] non esercitata nei termini prescritti[32], la riforma della normativa di settore è stata inserita, da ultimo, tra quelle strategiche per il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

---

27 Cfr. Corte Costituzionale sentenza 20 luglio 2012, n. 199; in dottrina cfr. A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali,* in Federalismi.it, 2012; M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore, Forum di Quaderni Costituzionali*; A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review* (d.l. n. 95/2012), in *Federalismi.it., 2012;* F. ZAMMARTINO, *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in Giustamm,* giugno 2013.

28 Cfr. Corte cost. sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

29 Convertito dalla legge17 dicembre 2012, n. 221.

30 Legge 7 agosto 2015, n. 124.

31 Cfr. Relazione illustrativa legge 7 agosto 2015, n. 124. In particolare, all'art. 19 della legge citata, il Parlamento delegava il Governo ad intervenire sulla disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, al fine di assicurare la chiarezza delle regole, la semplificazione normativa e di garantire la tutela e promozione del fondamentale principio della concorrenza.

32 Cfr. F. CAPALBO, *Società a Partecipazione Pubblica e Servizi Pubblici Locali: inquadramento sistematico e disciplina alla luce del D.Lgs. 175/2016 e della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, Napoli. 2017.

ISSN 2036-7821

Più precisamente, nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[33], all'articolo 8, è stata prevista una delega legislativa con l'ambizioso obiettivo di coordinare la disciplina dei servizi pubblici locali con quella sui contratti pubblici e sulle società a partecipazione pubblica e con le discipline di settore. L'obiettivo dichiarato è quello di riordinarne la disciplina, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico, coordinandola con la normativa in materia di contratti pubblici e di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione, oltre che con le discipline settoriali[34].

Fra i principi e criteri direttivi per il Governo determinati al comma 2 del citato articolo 8, meritano attenzione in questa sede: l'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali (lett. a); la separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi (lett. c); la definizione dei criteri per l'istituzione di regimi speciali o esclusivi, tenendo conto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e in conformità alla normativa europea (lett. d); e la previsione che la scelta del modello *in house* sia assunta nel rispetto di un preciso obbligo motivazionale concernente l'efficienza del servizio (lett. g).

La delega è stata esercitata con l'approvazione del già citato decreto legislativo n.201/2022 che delinea il quadro normativo per l'organizzazione e la gestione dei servizi di interesse economico generale a livello locale[35].

Si tratta di un riordino, più che di una vera e propria riforma, sebbene la sua importanza strategica è immediatamente precisata al comma 5 dell'art.1, secondo cui le disposizioni del decreto costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica[36] e costituiscono esercizio della potestà legislativa esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. e) e di funzioni fondamentali del Comuni, ai sensi della lett. p) del medesimo articolo della Costituzione.

---

[33] Legge 5 agosto 2022, n. 118.

[34] Cfr. Atti del Governo sottoposti a parere - A.G. 003 - Dipartimento Istituzioni AC0085 - 22 novembre 2022 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

[35] A. SCAVOLINI, *Le risorse per la rinascita dell'Europa: programmi, caratteristiche, vincoli e limiti*, in AA.VV., *La gestione del* Recovery Plan*. Le Amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi operativi*, a cura DI B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE, Quaderni della Rivista *Amministrazione in cammino*, agosto 2021, 25.

[36] per cui sono suscettibili di essere applicate nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano, compatibilmente con i rispettivi statuti Sul tema cfr. Sentenza Corte Cost. n 238/2013 per la quale << È da premettere che la giurisprudenza di questa Corte ha già esaminato la problematica dei rapporti tra lo Stato e le Regioni a Statuto speciale, anche con specifico riferimento alla Regione Valle d'Aosta/, relativamente al riparto di competenze in materia di tutela paesaggistica, dichiarando costituzionalmente illegittime norme regionali che si ponevano in contrasto con disposizioni previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate norme di grande riforma economico-sociale>>. Nello stesso senso Corte Cost. sentt. nn. 226/2009, 378/2007, 51/2006.

ISSN 2036-7821

Sempre l'articolo 1 ci consente di individuare una gerarchia tra i valori sottesi alla disciplina dei servizi pubblici[37] ossia tra la necessità di promuovere dinamiche competitive funzionali a garantire la concorrenza come modalità di espressione delle libertà economiche di rilevanza eurounitaria (libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) e i valori sociali di qualità, sicurezza, accessibilità e parità di trattamento da garantire ai cittadini e, più in generale agli utenti dei servizi ritenuti di interesse generale (comma2). In particolare, la formulazione della disposizione considera l'esercizio delle libertà economiche strumenti privilegiati rispetto al raggiungimento degli obiettivi di crescita e coesione sociale che costituiscono il fine principale cui l'azione e l'organizzazione pubblica devono tendere[38].
Tale approccio risulta chiaro dalle norme del decreto legislativo in esame sulla istituzione e organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, contenute nel Titolo III del decreto in cui le possibilità, nell'esercizio del potere discrezionale dell'ente locale, di istituire un servizio ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge (art. 10 comma 3), di imporre obblighi di servizio ad operatori sul mercato (art 12), di attribuire diritti speciali o esclusivi (art.13), di scegliere una modalità di gestione limitativa del mercato (art. 14 comma comma1), ivi compresa la gestione *in house* (art. 17), sono tutte subordinate ad una istruttoria che dimostri,sulla base delle diverse soluzioni possibili, che la prestazione non possa essere resa in modo adeguato da parte delle imprese operanti nel mercato o da parte dei cittadini singoli e associati, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 10 comma 4).
Siffatto assetto implica che l'ente locale eroghi direttamente il servizio solo in ipotesi limitate e che il suo ruolo si svolga, essenzialmente, esercitando le funzioni di indirizzo e controllo con cui sovrintendere all'intero ciclo di vita del servizio di interesse generale. Tali funzioni, definite fondamentali dall' art. 1 comma 4 del d.lgs. n. 201/22, sono irrinunciabili e incomprimibili[39] e costituiscono il presupposto per l'attuazione dei principi generali stabiliti all'art. 3 attraverso cui assicurare centralità al cittadino e ai suoi bisogni (art.3 commi 1 e 4) [40].

[37] Sul conflitto tra i valori richiamati cfr. M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2020, p. 511-530; I servizi pubblici locali Dossier a cura del Servizio Studi della Camera dei deputati sulla disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Serie Documentazione e ricerche, n.100 - 21 febbraio 2020; G. TAGLIANETTI *Effettività dei servizi pubblici e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea*, in Nuove autonomie, n. 3/2017, p. 483-506; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione, in Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987.

[38] Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo introduttivo.

[39] La Corte costituzionale ha chiarito, da tempo risalente, che nel rispetto delle autonomie locali è precluso alle leggi nazionali, ovvero anche regionali prevedere limitazioni a determinate competenze comunali a meno che ciò non sia giustificato dalla sussistenza di concorrenti interessi generali, collegati ad una valutazione più ampia delle esigenze diffuse nel territorio. In proposito cfr. Corte Costituzionale, 24 luglio 2015, n. 189; Consiglio di Stato sez. IV, 4 dicembre 2017, n.5711.

[40] Il carattere generale della disciplina dettata dal Dlgs 201/2022 e le affermazioni di principio in essa contenute, sono, altresì, confermate dall'art. 4. Tale ultima disposizione, stante l'applicabilità - a tutti i servizi pubblici locali,

ISSN 2036-7821

3.1 Una parentesi sull'in house.

L' evoluzione del modello *in house*[41] si muove da sempre sul sottile crinale del rapporto fra regola e eccezione e tale contrapposizione è sempre stata imputata alla necessità di salvaguardare le esigenze sottese alla concorrenza e al dialogo competitivo[42].

Infatti, in disparte gli indici identificativi, oggi in parte codificati, ma individuati dalla giurisprudenza europea e da quella nazionale sin dalla *Teckal* del 1999, l'intera evoluzione della figura si è mossa da un lato nella direzione del riconoscimento del suo carattere di ordinaria modalità di aggiudicazione[43] e per altro verso nel riconoscimento alla figura in esame di un carattere derogatorio rispetto all'affidamento con gara.

Come anticipato nell'introduzione, l'ordinamento UE[44] ammette la scelta dell'autoproduzione dei servizi. In questo senso la Corte di giustizia[45] ha più volte precisato che l'ordinamento comunitario non pone alcun limite alla libertà per le amministrazioni di optare per un modello gestionale di autoproduzione quale espressione del principio di libera organizzazione[46]. Nel sistema normativo UE,

---

compresi i settori speciali - si preoccupa di risolvere possibili conflitti tra norme. A tal proposito è espressamente previsto da un lato che la disciplina integra quella già esistente in caso di lacune e dall'altro la sua prevalenza in caso di conflitto con quella già vigente, in particolare nei settori speciali. Tale principio non è assoluto, infatti la disciplina di settore è prevalente nei casi in cui sia lo stesso decreto a prevedere una disciplina derogatoria o di coordinamento per ciascun singolo settore, come espressamente sancito ad esempio con riguardo ai servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 4 e 35) e dei trasporti a fune (art. 36). Sono, infine, previste disposizioni di coordinamento per specifici settori: trasporto pubblico locale (articolo 32), servizio idrico e gestione dei rifiuti (articolo 33), farmacie (articolo 34).

[41] Sul tema in generale si richiama: C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive,* in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee, Roma, 2015;* D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2009, *passim*; A. CASSATELLA, *Partecipazione 'simbolica' alle società in house e requisito del controllo analogo*, in: Giur. It., fasc. 7/2014, 2588, ss.; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi. Relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, in: www.giustizia-amministrativa.it.*; GIUSTI, *Società in house – I requisiti dell'in house fra princìpi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in: *Giur. It.*, fasc. 4/2017, 439, ss.

[42] Sul punto cfr. E. CODAZZI, *La giurisprudenza sulle società c.d.in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario, in: Giurisp. Comm., fasc. 2/2015, p. 236, segg.*

[43] A livello nazionale: Cons. di Stato, III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. di Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599.

[44] In questi termini il considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "*è opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*"

[45] In questo senso: sentenza della Grande Sezione in data 9 giugno 2009, in causa C-480/06; Sentenza 6 aprile 2006, in causa C-410/04.

[46] In questi termini si è espressa la Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* – PPPi documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008, la quale ha chiarito che "*nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto*

ISSN 2036-7821

dunque, il principio di concorrenza viene in rilevo a valle della scelta che si pone all'amministrazione fra l'internalizzazione e l'esternalizzazione de servizio. Solo laddove essa opti per il secondo di tali modelli, infatti, occorrerà applicare in modo coerente i principi libero-concorrenziali.

Tuttavia, come si è visto, anche per l'Unione Europea la scelta dell'autoproduzione deve essere fondata su motivazioni capaci di offrire una idonea prova di resistenza circa la possibilità che nel mercato il servizio non possa essere reso in maniera più soddisfacente, accessibile ed inclusiva in relazione ai bisogni della comunità, secondo un parametro di valutazione dato dalla proporzionalità.

Nell'ordinamento interno si assiste, invece, ad un percorso inverso che testimonia una evidente diffidenza del legislatore nei confronti del modello *in house.* Viene infatti espressamente stabilito, all'art. 4 commi 7 e 8 del d.l. 6 luglio 2012 n. n. 95[47] un divieto pressocché assoluto per le amministrazioni di ricorrere al modello in questione, dovendo acquisire sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività (comma 7) e potendo ricorrere all'affidamento diretto solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*.

Inoltre, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 8[48], per un lungo periodo di tempo, secondo i giudici del Consiglio di Stato l'affidamento diretto non risulta più percorribile dalle pubbliche amministrazioni, operando unicamente il principio dell'affidamento con gara di cui al co. 7[49]

Successivamente, il codice dei contratti pubblici all' art. 192 e il Testo Unico in materia di società partecipate, all'art. 16, che rappresentano il primo tentativo di fornire all'istituto in esame una disciplina positiva dotata di compiutezza, riaprono all'affidamento diretto ma, a differenza dell'approccio europeo, vincolano la scelta ad una serie di gravosi adempimenti volti a dimostrare, a monte la convenienza del ricorso al modello[50].

In particolare, il comma 2 dell'articolo 192 del d. lgs. n. 50/2016 subordina l'affidamento *in house* ad una motivazione aggravata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività connessi all'opzione per la forma di gestione prescelta, "*anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

---

costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia".

[47] Convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135

[48] Cfr. Corte Costituzionale, con sentenza 16 - 23 luglio 2013, n. 229.

[49] Cfr. Cons. di Stato, III, 7 maggio 2015, n. 2291.

[50] In argomento: Cons. di Stato, V, 22 novembre 2017.

ISSN 2036-7821

Nonostante i dubbi espressi dal Consiglio di Stato[51] sulla compatibilità della norma con il diritto UE e quelli espressi dal il Tribunale amministrativo regionale della Liguria[52], che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 192 nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, «*delle ragioni del mancato ricorso al mercato*», la norma è stata giustamente considerata compatibile sia con il diritto UE, sia con il la Costituzione[53], rientrando nella discrezionalità del legislatore statale la possibilità di imporre limiti al principio di autoregolazione.

A sua volta, l'art. 16 comma 1 del D. legis. n. 175/16 consente affidamenti diretti di contratti pubblici da parte delle amministrazioni solo a società costituite per tale scopo e con intero capatale pubblico.

Il d. lgs. n. 201/2022 si pone nella medesima direzione, anche se viene introdotta un'importante novità che, come vedremo, riguarda proprio i servizi a rilevanza economica a rete.

In via generale, l'art. 17, contenuto nel titolo III Capo II del decreto rubricato "Forme di gestione del servizio pubblico locale", prevede espressamente tra le modalità di organizzazione del servizio pubblico locale, quella *in house*. Al comma 1, in particolare, il legislatore richiama la disciplina, quanto ai limiti e alle modalità, già prevista in materia di contratti pubblici e di cui al Testo unico in materia di società partecipate, confermando la logica sussidiaria dell'istituto.

Con una formulazione in larga parte sovrapponibile a quella dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, il comma 2 dell'art. 17 prevede, per gli affidamenti c.d. sopra soglia, una motivazione qualificata da parte dell'ente locale della scelta o della conferma del modello dell'autoproduzione, ai fini di una efficiente gestione del servizio[54].

Le riflessioni fin qui svolte ci introducono alla questione specifica oggetto di esame che riguarda l'interpretazione restrittiva che alcune sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti e l'A.G.C.M. hanno dato delle disposizioni di coordinamento previste all'art. 33 del d. lgs. n. 201/22, in relazione al divieto per gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, sulla cui base la gestione dei rifiuti urbani è obbligatoriamente organizzata[55], di partecipare direttamente o indirettamente a

[51] Cfr. Cons. di Stato, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138.

[52] Cfr. Tar Liguria, ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.

[53] Cfr. Corte Costituzionale 27 maggio 2020, n. 100.

[54] Tale motivazione deve indicare quali benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house , tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30".

[55] Ai sensi dell'art 200 del d. lgs n. 152/06.

ISSN 2036-7821

soggetti incaricati della gestione del servizio previsto dall' art. 6 comma 2 del medesimo decreto, in attuazione del principio di distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali in materia di servizi pubblici locali, stabilito al primo comma del medesimo articolo. Tale principio, infatti, sebbene non la escluda, costituisce un ulteriore limite oggettivo e codificato alla possibilità di ricorrere alla forma di gestione *in house* nel nostro ordinamento.

4. La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali in materia di servizi pubblici locali.

L'art. 6 del d.lgs. 201/2022 rappresenta la prima esplicazione del criterio di delega previsto dall'art.8 comma 2 della l. 118/2022 e cioè quello di "adeguata considerazione nell'individuazione del regime giuridico delle differenze tra i servizi di interesse economico generale a rete e gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica"[56].

Tale distinzione è, altresì, individuata sul piano delle definizioni dall'art. 2, ove il legislatore, dopo aver dettato alla lett. c) la definizione di servizio pubblico economicamente rilevante, definisce alla lett. d) "servizi di interesse economico generale di livello locale a rete" o "servizi pubblici locali a rete" quei servizi di interesse economico generale di livello locale suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente". La sussistenza della rete, oltre ad avere una rilevanza sul piano strutturale, assume rilevanza anche sul piano della disciplina e del regime giuridico del servizio, in quanto vengono in rilievo esigenze ulteriori e diverse, comunque funzionali ai valori sociali sottesi ai servizi pubblici locali.

Come anticipato, l'art. 6 pone, al comma 1, il principio di distinzione e di esercizio separato tra funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e funzioni di gestione dei servizi pubblici locali. Viene specificato che il principio si applica a livello locale e riguarda esclusivamente i servizi a rete[57].

La disposizione è, altresì, volta a soddisfare l'esigenza segnalata dalla Corte Costituzionale di evitare "la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di

[56] Sulle peculiarità dei servizi pubblici a rete, si veda S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*.

[57] Il principio era già stato introdotto con il D.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, art. 8. Le norme del regolamento perseguono tale obbiettivo attraverso una serie di incompatibilità e divieti rivolti a coloro che a vario titolo operano nelle funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo (amministratori, dirigenti, responsabili, consulenti collaboratori), ed ai rispettivi familiari (il coniuge ed i parenti ed affini entro il quarto grado). In dottrina G. SIRIANNI, *La separazione tra funzioni di regolazione di gestione nei servizi pubblici di rilevanza economica, secondo il DPR 108 del 2010. Molto rumore per nulla?* in *Amministrazione in cammino*18.05.2011.

ISSN 2036-7821

ruoli tra loro incompatibili"[58], imponendo la distinzione sia in via di principio sia con misure applicative tra soggetto regolatore e soggetto regolato, soggetto controllore e soggetto controllato.
Su tali presupposti, il comma 1 dell'art. 6 del decreto delegato prevede che "ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economico-tariffaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente".
Tale distinzione si attua con modalità differenti. Se titolare delle funzioni di controllo è l'ente di governo di un ambito ottimale o una delle autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali, questi non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio che, però, potrà essere svolto da una società partecipata dagli enti locali ricompresi nell'ambito. (art. 6 comma 2)
Qualora, invece, titolare del servizio è l'ente locale singolo cui spettano le funzioni di regolazione, nell'ipotesi in cui questo voglia assumere direttamente o per mezzo di soggetto partecipato la gestione del servizio, dovrà adottare misure organizzative adeguate a far sì che le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti, preposti allo svolgimento di funzioni di regolazione, non possano svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento (art. 6 comma 3).
Inoltre, al comma 4, sono state introdotte una serie di ipotesi di inconferibilità, già richiamate in apertura del presente lavoro, tra soggetti cui spettano funzioni di regolazione e soggetti incaricati della gestione del servizio (comma 5)[59].

5. Il regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 e l'interpretazione restrittiva della Corte dei Conti e dell'A.G.C.M.

Le previsioni dell'art. 6 del d.lgs. n. 201/22, finalizzate alla distinzione fra funzioni di regolazione e gestione dei servizi pubblici negli enti locali, vanno raccordate con quanto disposto dal successivo art. 33 rubricato "Disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani". Tale norma, al comma 1, prevede che il divieto stabilito all'art. 6 comma 2 di assumere partecipazioni nei

[58] Secondo la Consulta, nel comparto dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono presenti numerosi operatori partecipati dagli enti pubblici territoriali affidanti. Pertanto, la distinzione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione dei servizi pubblici locali, risulta essenziale per garantire imparzialità e neutralità nell'ottica di tutela degli utenti e di raggiungimento degli obiettivi individuati nell'art. 1 e 3 del medesimo decreto. Cfr. Corte Costituzionale 15 marzo 2013, n. 4. Sul tema, A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione,* in *Foro di Quaderni Costituzionali*, 5 luglio 2013.;

[59] per cui sussiste la preclusione temporanea fino ad un anno dalla cessazione della causa di inconferibilità a ricevere incarichi di amministrazione o controllo societario o gestione del servizio.

ISSN 2036-7821

soggetti gestori non si applichi alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio idrico integrato e dei servizi di gestione dei rifiuti urbani in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto stesso. Ciò al fine di garantire il rispetto degli impegni contenuti nel PNRR relativi agli investimenti in infrastrutture ambientali per la transizione ecologica.[60]

Il secondo comma dell'art. 33, invece, introduce una deroga transitoria volta a "facilitare l'attuazione dei piani d'ambito in via di definizione" e prevede che il descritto divieto si applichi alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, a decorrere dal 30 marzo 2023. In buona sostanza, gli enti d' ambito del solo servizio di gestione di rifiuti urbani non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio a partire dalla data del 30 marzo 2023.

Questa disposizione è stata oggetto di una interpretazione estremamente restrittiva da parte della Corte dei Conti espressasi sul punto in più occasioni[61] nell'esercizio delle sue funzioni di controllo, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016, condivisa anche dall' Autorità garante delle Concorrenza e del mercato[62], sebbene in modo fugace, nell'ambito degli ulteriori controlli posti in capo alla stessa dal medesimo articolo del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica[63] , relativi alla possibilità di esercitare i poteri di cui ai primi due commi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287[64].

---

[60] Imponendo in questo caso, il rispetto delle disposizioni dell'articolo 6, comma 3 relative alle misure organizzative di separazione delle funzioni previste per gli enti locali singoli.

[61] Corte conti, Sezione controllo Campania, delibere 23/02/2023, n. 13; 29/03/2023 n. 85; Corte Conti, sezione controllo Puglia delibera 5/03/2023, n. 36.

[62] Pareri AGCM sulle delibere di acquisizione di partecipazioni dei Consigli d'ATO Napoli 1 (delibera n. 6 del 27 marzo 2023 – parere rif. S4652 del 12/05/2023) e Napoli 3 (delibera n. 3 del 27 marzo 2023 – parere rif. S4654 del 12/05/2023). I pareri in questione, trattano solo in apertura e in modo molto superficiale la questione oggetto di questo articolo e si concentrano invece su aspetti puntuali relativi all'istruttoria svolta dai rispettivi enti di governo degli ambiti prima di deliberare il modello di gestione *in house*.

[63] Tale disposizione prevede che "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo".

[64] A mente del quale "1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica

ISSN 2036-7821

Secondo questo orientamento, la deroga prevista dall'art. 33 comma 2 avrebbe operato esclusivamente se entro la data del 29 marzo gli enti d'ambito che potevano beneficiarne avessero provveduto, non solo ad acquisire le partecipazioni, ma anche ad affidare la gestione del servizio, facendo la norma rifermento al soggetto "incaricato".

Sul piano sistematico, viene proposto l'argomento per cui la norma contenuta nel comma 2 dell'art, 6, sarebbe un corollario, ovvero una mera declinazione del principio, di cui al comma 1[65] secondo cui le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente. Non essendo stata differita dal regime transitorio in esame anche questa disposizione, la stessa trova applicazione immediata anche nei confronti degli enti di governo. Ne consegue che la semplice delibera di scelta del modello di gestione e l'atto di costituzione di una società a capitale interamente pubblico o l'acquisto di un pacchetto azionario, secondo lo schema dell' *in house*, avvenuti entro il termine previsto dall' art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/23, senza il materiale affidamento della gestione del servizio, non consente di ritenere rispettato il principio di distinzione tra soggetto regolatore/controllore e soggetto regolato/controllato e di esercizio separato delle relative funzioni in presenza.

In buona sostanza, sulla base della lettura combinata delle disposizioni dettate dai commi 1e 2 dell'art. 33, il 29 marzo 2023, costituirebbe il termine ultimo non solo per l'acquisto della partecipazione ma anche per l'affidamento del servizio pubblico.

In base all'argomento teleologico, inoltre, non viene ravvisata alcuna esigenza transitoria di coordinamento rispetto ad operazioni societarie, che alla data di entrata in vigore del decreto di riordino dei servizi pubblici locali, non erano state neppure deliberate.

Anche seguendo l'argomento letterale, secondo la Corte, si perverrebbe alla medesima conclusione. L'art. 33 comma 2, infatti, differisce il termine iniziale di applicazione dell'art. 6, comma 2, il quale prevede espressamente il divieto per gli enti di governo d'ambito di partecipare «direttamente o indirettamente soggetti incaricati della gestione del servizio», pertanto è quest'ultima disposizione a presupporre già l'esistenza dell'affidamento dell'incarico di gestione del servizio per cui <<non rileverebbe una qualsiasi partecipazione, ma una partecipazione "qualificata" dal riferirsi ai soggetti incaricati della gestione del servizio>>[66].

---

amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

[65] Ciò sarebbe desumibile dallo stesso incipit del comma 2 "al fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma I", il quale disvelerebbe lo stretto legame tra il divieto di acquisire partecipazioni con il principio di distinzione tra funzioni regolatorie e quelle di gestione diretta.

[66] Corte conti, Sezione controllo Campania, delibera 23/02/2023, n. 13.

ISSN 2036-7821

Secondo la Corte, ove ai fini dell'applicazione dell' art. 33, comma 2, si ritenesse sufficiente l'adozione, entro il 29.3.2023, di un mero atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di un partecipazione, per poi procedere, solo in un momento successivo, all'affidamento in house del servizio, <<si perverrebbe all'inaccettabile conclusione di rinviare l'applicazione del divieto in esame a un termine non identificabile, perché rimesso alla volontà degli enti di governo d'ambito e dei soggetti da questi ultimi incaricati della gestione del servizio>>.

A supporto di tale ultimo argomento, si osserva, infine, che in ogni caso, ciò che rileva ai fini dell'applicazione del regime transitorio non è la mera adozione dell'atto deliberativo, bensì la sottoscrizione dell'atto costitutivo o del contratto di acquisto della partecipazione, in quanto il procedimento di formazione di una società o quello di acquisizione di una partecipazione in un organismo già esistente, consta di una fase pubblicistica "preordinata ad autorizzare l'assunzione di una partecipazione societaria o la costituzione di una società" e di una fase privatistica caratterizzata da atti negoziali che si collocano a valle della decisione dell'ente pubblico di ricorrere al modello societario.

Ciò, per la Corte dei Conti, è desumibile anche dall'art. 2, comma 1, lett. f) del TUSP, nel quale la "partecipazione" è definita come la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società" ed è solo con la stipulazione del contratto di acquisizione della partecipazione o dell'atto costitutivo che l'ente pubblico acquista la qualifica di socio.

Infine, viene creato un singolare collegamento fra il primo comma dell'art. 33 che, come visto, prevede l'esclusione dall'applicazione dell'art. 6 comma 2 alle gestioni già in essere alla data di entrata in vigore del decreto ed è motivato con esigenze di salvaguardia degli obiettivi del PNRR e il termine del 30 marzo stabilito nel secondo comma per la diversa fattispecie che si sta esaminando motivata dalla volontà di consentire la conclusione dei percorsi di definizione dei piani d'ambito.

Tale collegamento viene a sua volta messo in relazione con l'art. 17 comma 3 del d.lgs. 201/2022 che prevede prima della stipula del contratto di servizio con la società costituita ex novo o con quella di cui si sono acquisite le quote, un c.d. *stand still period* di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera di affidamento del servizio alla società *in house*. Ciò impedirebbe di deliberare l'affidamento *in house* in tempo utile per giovarsi della clausola di salvezza di cui al comma 1 dell'art. 33, che consente la prosecuzione dellesole gestioni in essere ossia di quelle per le quali c'è stata la stipulazione del contratto".

6. *Profili critici dell'orientamento esaminato e una possibile lettura alternativa delle norme. Conclusioni.*

ISSN 2036-7821

Le richiamate delibere della Corte dei Conti sembrano del tutto obliterare la finalità principale per cui il regime transitorio previsto dall'art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/22 è stato introdotto che, a parere di chi scrive, non è quella di conservare l'attività già svolta dagli enti di governo di ambito in relazione ai piani in corso di definizione in una logica protesa ad attuare i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ma quella di salvaguardare l'esercizio già svolto della funzione fondamentale di indirizzo sottesa alla attività di pianificazione, con cui i Consigli d'ambito, rappresentanti indiretti delle comunità rientranti nell'ambito, si sono espressi in ordine alla conformazione che il servizio deve assumere. Tanto, ferma restando la necessità che l'eventuale scelta della forma di gestione *in house*, per essere legittima, sia assistita da tutti i presupposti che ne giustifichino il ricorso, con conseguente esclusione dei modelli aperti totalmente o parzialmente al mercato, già ampiamente analizzati e dei quali deve essere dato conto.

Posto sotto questa luce, l'approccio della magistratura contabile appare rigido al punto da costituire una forma di *interpretatio abrogans* della disposizione in esame, merita una revisione critica.

In particolare, in relazione all'argomento sistematico utilizzato dalla Corte, una interpretazione logico – sistematica delle norme del d.lgs. n. 201/22, induce a ritenere che il divieto di concentrazione tra funzioni regolatorie e funzioni gestorie in capo ad un unico soggetto di cui al comma 1 dell'art.6 costituisca senz'altro principio generale, mentre il successivo comma 2 si configuri come una specificazione attuativa del principio stesso sancito al comma precedente.

Ciò non impedisce al legislatore di prevedere che l'attuazione del principio debba coordinarsi con esigenze proprie di alcuni settori e con tempi e modalità che possono derogare o comunque differire l'applicazione ordinaria del principio. In questo senso, l'art. 33 comma 2, non costituisce una deroga al principio generale, ma una forma transitoria di coordinamento della disciplina attuativa prevista al comma 2 dell'art. 6, con le esigenze proprie di taluni settori, individuati dallo stesso art. 33.

Da un punto di vista logico, la previsione di una normativa derogatoria di "coordinamento" quale l'art. 33, suggerisce l'impiego di criteri interpretativi capaci di favorirne una concreta applicazione, che nel caso di specie, è volta al soddisfacimento del dichiarato intento del legislatore di dare "piena attuazione degli impegni contenuti nel piano nazionale di ripresa e resilienza" e di "consentire l'attuazione di piani di ambito in via di definizione". Da ciò deriva che una lettura autonoma dei due commi dell'art. 33 non solo è possibile ma è anche necessaria.

Le due disposizioni non dovrebbero essere lette congiuntamente, in quanto hanno finalità tra di loro diverse con cui il legislatore ha voluto introdurre due deroghe di contenuto differente al principio di separazione tra attività di regolazione e attività di gestione e la cui diversità si giustifica proprio con riguardo al diverso fine che ha

ISSN 2036-7821

inteso perseguire: in un caso l'attuazione del PNRR, nell'altro la necessità di non disperdere tutte le attività poste in essere dalla pubblica amministrazione per la redazione dei piani d'ambito, sia sul piano economico e, quindi, delle risorse investite, sia in termini di mezzi giuridici impegnati, sia come detto, per salvaguardare la funzione fondamentale di indirizzo politico già espressa di adottare la forma di gestione *in house*[67] .

L'interpretazione della Corte dei Conti secondo cui entro il termine del 30 marzo 2023 stabilito dall'art. 2 dell'art. 33 si debba pervenire all'affidamento del servizio perché la gestione possa essere definitivamente sottratta alla concorrenza, ai sensi della diversa previsione di cui al comma, è da ritenersi, perciò, in contrasto con i principi generali dell'ordinamento richiamati dall'art. 12 delle preleggi, per cui le norme devono essere interpretate senza attribuire ad esse altro senso rispetto a quello fatto palese dal significato proprio delle parole e nel rispetto delle intenzioni del legislatore.

Peraltro, il collegamento individuato dall'organo di controllo fra le previsioni dei due commi dell'art. 33 renderebbe sostanzialmente inapplicabile la previsione di cui all'art. 33 comma 2 a tutte le ipotesi non ancora esistenti di gestione, non essendo materialmente oltre che tecnicamente possibile, nel trimestre di differimento riconosciuto agli enti d'ambito rispetto alla entrata in vigore del decreto, svolgere i plurimi adempimenti puntualmente richiamati dalla stessa Corte dei Conti perché si addivenga all'affidamento del servizio e quindi vi sia una gestione esistente che consenta l'operatività della previsione del comma 1 dell'art.33.

A sua volta, l'argomento teleologico, in base al quale una lettura disgiunta dei due commi dell'art.33 non sarebbe giustificata da alcuna esigenza reale di coordinamento non tiene adeguatamente conto del fine di consentire non solo la definizione ma anche l'attuazione di piani di ambito ancora in via di definizione che si propone il comma 2. Non a caso, l'art. 33 comma 2 non fa alcuna menzione all'affidamento del servizio, riferendosi esclusivamente alle "partecipazioni".

In questo sensom se la nozione di partecipazione cui fare riferimento fosse quella tecnica di cui all'art. 2 comma 1, lett. F del TUSP, come ritenuto dalla Corte, il termine del 29 marzo non avrebbe potuto mai essere rispettato da enti d'ambito che non avessero già approvato il relativo piano.

Ciò in quanto, come evidenziato nell'analisi svolta, prima di procedere ad avviare la vita commerciale della società, l'atto costitutivo della stessa o acquisitivo della partecipazione in un sogetto già esistente è soggetto ad una serie di adempimenti, fra cui il controllo sia della Corte dei Conti che dell'AGCM da cui sono scaturiti gli

[67] D'altra parte, l'inopportunità della lettura combinata dei due commi, è facilmente ravvisabile anche dal diverso ambito soggettivo di operatività delle deroghe. Mentre il primo comma si riferisce sia alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio idrico integrato di che a quelle degli enti di governo dei rifiuti urbani il secondo comma, invece, si riferisce solo alle seconde.

ISSN 2036-7821

orientamenti analizzati[68] (60 giorni) e l'ulteriore periodo di sospensione della stipula del contratto previsto dall'art. 117 comma 3 che decorre dalla pubblicazione della delibera di avvenuto affidamento del servizio al soggetto gestore (ulteriori 60 giorni).
In questo senso, il termine partecipazione non può non essere messo in relazione con la finalità della deroga consentendo di ritenere soddisfatto il requisito con l'adozione dell'atto che individua la forma di gestione e delibera sulla costituzione della società *in house* o sull'acquisizione di partecipazioni in società già esistenti. entro il termine assegnato dal legislatore.
La lettura proposta si fonda sull' assunto per cui le norme del d. lgs. n. 2012/22 che attribuiscono all'ente titolare del servizio l'autonomia nella determinazione di condizioni, principi, obiettivi e standard (art. 8 comma 2), così come nella scelta delle modalità di gestione (art. 14), in quanto espressioni delle funzioni fondamentali attribuite all'ente titolare del servizio, non possono essere limitate dall'applicazione di altre disposizioni dello stesso decreto o di fonti settoriali ulteriori.
Pertanto, nel caso di conflitto potenziale, fra più interpretazioni possibili delle norme giuridiche positive, deve essere privilegiata quella più conforme alla Costituzione[69].
Così, il rispetto della funzione fondamentale di indirizzo politico che si realizza attraverso le attività di assunzione, programmazione e scelta del modello di gestione di un servizio pubblico locale, impone di interpretare le norme che possano in qualche modo limitare detta funzione nella maniera sempre più favorevole a garantire il pieno esercizio della stessa, anche a tutela del principio democratico che negli enti locali conosce la sua attuazione più viva.
Tanto più che nel caso di specie, è il legislatore stesso a bilanciare, a monte, il principio di separazione fra funzioni di indirizzo e controllo e funzioni di gestione in capo all'ente di governo dell'ambito rifiuti, introdotto con il divieto di partecipazione alla gestione, imposto dall'art. 6 comma 2 con l'attuazione della deroga prevista all'art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/22, prevedendo in questo secondo caso che all'ente d'ambito si applichino le disposizioni previste dall'art. 6 comma 3 per tutti gli enti locali che prevedono l'adozione di misure idonee a non creare interferenze fra gli uffici e le strutture che si occupano della funzione di controllo con quelli che, invece, si occupano della gestione.

[68] come dimostra il fatto che tutte le delibere con cui la stessa si è pronunciata sono intervenute a fine marzo, cioè a ridosso della scadenza del termine.

[69] Sulla portata autoapplicativa dei principi fondamentali e integrativa di quelli generali, V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa, in Jus 1940, 193 ss.*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'Ufficio del Processo: lineamenti organizzativi e gestionali.

di Floriana Fusco

(Postdoctoral Researcher presso l'Università degli Studi del Sannio)

e

di Gilda Antonelli

(Professor of Organizational Design and Human Resource Management)

Sommario

1. Introduzione. 2. Breve excursus normativo sull'Ufficio per il Processo. 3. La situazione "As Is" e le aree critiche. 3.1 Tipologia di inquadramento normativo della posizione organizzativa dei funzionari UPP e complessità organizzativa. 3.2. Mancanza di coordinamento tra cancellerie e giudici e cultura organizzativa individualistica. 3.3. Investimento in formazione e turnover. 4. Una proposta di cambiamento del modello organizzativo. 4.1 UPP con funzioni trasversali. 4.2. UPP di staff sezionale o per macro-materia. 4.3. UPP di coordinamento con funzioni specializzate. 4.4. Aspetti generali di metodo nell'adozione delle diverse configurazioni.

Abstract

Starting from a brief regulatory excursus concerning the Process Office (UPP), the article aims to describe the results of the analysis of two case studies on the organization and management of this organizational structure, just over a year from the entry into service of the officers in charge. The research activity made it possible to photograph the current situation regarding the prevailing UPP model and the main critical issues that emerged. This formed the basis for proposing a general organizational model while being aware of the necessary adaptation to the peculiarities of the specific Judicial Offices.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il sistema giudiziario italiano, da decenni protagonista e animatore del dibattito pubblico, si trova attualmente a dover affrontare un nuovo giro di boa, fermamente spinto dalle prescrizioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

La giustizia costituisce uno dei fattori cruciali dell'agire democratico di ciascun Paese e la sua effettiva amministrazione è una condizione fondamentale per lo sviluppo economico (es. attrattività per gli investimenti esteri, propensione ad avviare nuove iniziative imprenditoriali e competitività), ma anche e soprattutto per il progresso sociale[1]. In tale direzione devono interpretarsi gli sforzi delle istituzioni internazionali *in primis*, tra cui Nazioni Unite, Banca Mondiale e la stessa Unione Europea, a favore dell'efficacia del sistema giustizia, variamente declinata in termini di accessibilità, efficienza, correttezza, equità, qualità, indipendenza[2].

Nonostante i numerosi tentativi di riforma che si sono succeduti – a solo titolo esemplificativo, si citano il D. Lgs 155/2012, volto a riorganizzare la geografia giudiziaria e il D.L. n. 179 del 2012, che ha introdotto l'Ufficio per il Processo, successivamente modificato dal D. Lgs. 114/2014 - e i lenti, altalenanti, miglioramenti, ogni anno si conferma la situazione allarmante della giustizia italiana. Il quadro di valutazione UE della giustizia 2022[3] ha posizionato l'Italia all'ultimo posto per il tempo di risoluzione delle cause civili e commerciali (quasi 700 giorni in primo grado e oltre 1500 giorni per i tre gradi di giudizio). Alcune debolezze sono state, altresì, evidenziate in materia di accessibilità, indipendenza percepita, ma anche numero di magistrati. In merito a quest'ultimo punto, l'Italia figura al 21esimo posto per numero di giudici ogni 100.000 abitanti, sebbene, occorra segnalare che una posizione mediana o verso la coda finale è ricoperta anche per numero di procedure iscritte.[4] La situazione non si modifica di molto prendendo ad esame il WJP Rule of Law Index 2022[5]: avendo riguardo per i fattori 7 e 8, ovvero quelli concernenti la

[1] Staats, J. L., & Biglaiser, G. (2012). Foreign direct investment in Latin America: The importance of judicial strength and rule of law. International Studies Quarterly, 56(1), 193-202; Seng, K. (2021). Inclusive legal justice for inclusive economic development: a consideration. Review of Social Economy, 79(4), 749-783; Messick, R. E. (1999). Judicial reform and economic development: a survey of the issues. The World Bank Research Observer, 14(1), 117-136.

[2] A titolo esemplificativo, si menzionano gli oltre 800 progetti finanziati negli ultimi 25 anni dalla Banca Mondiale, volti a supportare le istituzioni giudiziarie ed aumentare l'empowerment legale dei più deboli, o ancora, la centralità che le Nazioni Unite forniscono all'accesso equo alla giustizia, inserendolo tra i target dell'Obiettivo 16 'Promuovere società pacifiche e inclusive per uno sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia, e creare istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli' dell'Agenda 2030.

[3] Si precisa che i dati fanno riferimento all'anno 2020.

[4] EU Justice Scoreboard (2022). The 2022 EU Justice Scoreboard. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2022) 234, available at: http://ec.europa.eu; CEPEJ (2020). 8th Evaluation Report on European Judicial Systems, available at: https://www.coe.int/en/web/cepej

[5] Il World Justice Project® (WJP) è un'organizzazione indipendente e multidisciplinare, fondata nel 2006 da William H. Neukom, come iniziativa presidenziale dell'American Bar Association (ABA). La sua missione è

ISSN 2036-7821

giustizia civile[6] e penale[7], il nostro Paese si colloca quasi sempre al di sotto della media regionale e, addirittura, al di sotto della media globale quando vengono presi in considerazione i tempi della giustizia civile (sub-fattore 7.5) e il suo grado di efficacia (sub-fattore 7.6)[8].

Dato il quadro che le classifiche internazionali restituiscono, non può sorprendere che il già menzionato PNRR consideri la (n-esima) riforma della giustizia una delle due riforme "orizzontali", ovvero riforme "*trasversali a tutte le Missioni del Piano, migliorano l'equità, l'efficienza, la competitività e il clima economico del Paese*"[9]. Le misure, tra cui l'accorciamento della prescrizione, il rafforzamento della giustizia riparativa e delle pene detentive alternative, la piena attuazione dell'Ufficio per il Processo (UPP) e la trasformazione digitale, saranno volte principalmente ad aggredire le due maggiori criticità, ovvero i tempi del giudizio (sia per l'ambito civile che penale) e l'arretrato giudiziario (per la giustizia civile e amministrativa). Nello specifico, l'obiettivo è di giungere a giugno 2026 avendo ridotto, rispetto al dato 2019, del 40% il disposition time dei procedimenti civili e commerciali, del 25% quello dei procedimenti penali e del 90% il numero delle cause presso i tribunali ordinari civili (primo grado) e presso le corti d'appello civili (secondo grado).

Le misure e le forze che sono state messe in campo a tale scopo saranno approfondite nei paragrafi seguenti. In questa sede preme evidenziare che le pressioni per una giustizia più efficiente, efficace, trasparente e aperta all'esterno provengono anche dalle forze sociali[10] e che, ciò nonostante, per lunghi decenni a tali pressioni studiosi e

---

"working to create knowledge, build awareness, and stimulate action to advance the rule of law worldwide.". A tale scopo si pone tre obiettivi fondamentali: 1) maggiore comprensione dello stato di diritto e della sua importanza; 2) maggiore rispetto dello stato di diritto da parte dei governi; 3) approccio multidisciplinare e autoctono dello stato di diritto. Il WJP fornisce attualmente, tramite un indice composito, una valutazione dello stato di diritto in numerosi Paesi (140 nel 2022) in tutto in Mondo. https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Italy/Civil%20Justice

[6] Il fattore 7 "civil justice" si compone dei seguenti sub-fattori: 7.1) people can access and afford civil justice; 7.2) civil justice is free of discrimination; 7.3) civil justice is free of corruption; 7.4) civil justice is free of improper government influence; 7.5) civil justice is not subject to unreasonable delay; 7.6) civil justice is effectively enforced; 7.7) alternative dispute resolution mechanisms are accessible, impartial, and effective.

[7] Il fattore 8 "criminal justice" si compone dei seguenti sub-fattori: 8.1) criminal investigation system is effective; 8.2) criminal adjudication system is timely and effective; 8.3) correctional system is effective in reducing criminal behavior; 8.4) criminal system is impartial; 8.5) criminal system is free of corruption; 8.6) criminal system is free of improper government influence; 8.7) due process of the law and rights of the accused.

[8] Alcune precisazioni in merito sono dovute. Innanzitutto, si precisa che la macro-regione di appartenenza è composta da EU + EFTA + Nord America. In secondo luogo, devo altresì essere specificate alcune eccezioni positive (o quantomeno meno negative): al di là del dato generico che vede la giustizia penale meglio posizionata di quella civile, si evidenzia che l'Italia registra un punteggio al di sopra della media regionale per libertà del sistema penale dall'ingerenza del governo e uno esattamente pari per imparzialità.

[9] Si consulti la pagina "interventi" sul sito istituzionale, al link: https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/Interventi/riforme.html

[10] Fusco, F. (2022). La rendicontazione socio-ambientale e di sostenibilità nel sistema giudiziario italiano. Presupposti scientifici ed evidenze empiriche, Milano: FrancoAngeli; Fusco, F., Civitillo, R., Ricci, P., Morawska, S., Pustułka, K. and Banasik, P. (2021). Sustainability reporting in justice systems: a comparative research in two

ISSN 2036-7821

magistratura hanno risposto con convinta resistenza all'introduzione di nuove pratiche e, ancor più nello specifico, di pratiche e cultura manageriali[11]. La resistenza nasceva (ed in parte ancora nasce) dalla concezione dell'ufficio giudiziario come qualcosa di lontano e diverso "dall'impresa", senza tener conto che da essa lo distinguono certamente le finalità (oltre alle forme giuridiche), ma che costituisce in ogni caso un'organizzazione, fatta di persone e mezzi e come tale necessita di pratiche e strumenti gestionali ed organizzativi. Sebbene con qualche decennio di ritardo rispetto ad altre pubbliche amministrazioni, la consapevolezza che il servizio giudiziario non sia molto dissimile da qualsiasi altro servizio pubblico (Fabri and Langbroek, 2000) e, dunque l'essenzialità per il corretto funzionamento del sistema di un nuovo equilibrio tra l'approccio giuridico tradizionale e quello operativo-gestionale si sta progressivamente affermando[12].

In questa direzione devono leggersi anche le novità introdotte dalle recenti riforme e lo sforzo finanziario sostenuto per supportare l'introduzione di tali innovazioni negli Uffici Giudiziari, tra cui il "Progetto unitario su diffusione dell'Ufficio del Processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato", che si inserisce nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e, più nello specifico, nel raggiungimento dell'Asse 1, Obiettivo Specifico 1.4, Azione 1.4.1 "Azioni di miglioramento dell'efficienza e delle prestazioni degli Uffici Giudiziari attraverso l'innovazione tecnologica, il supporto organizzativo alla informatizzazione e telematizzazione degli Uffici Giudiziari, disseminazione di specifiche innovazioni e supporto all'attivazione di interventi di change management". Con una dotazione di € 51.724.010,66, da suddividere per le 6 macro-aree individuate, esso si pone, dunque, l'obiettivo di coinvolgere il sistema universitario pubblico nel percorso di *change management* e informatizzazione del sistema giudiziario[13]. Sebbene partito in ritardo rispetto alla tabella di marcia richiesta agli Uffici Giudiziari[14], il Progetto si pone l'ambizioso

European countries, Meditary Accountancy Research, https://doi.org/10.1108/MEDAR-11-2020-1091; Pavone, P. (2022). La rendicontazione sociale nel settore giudiziario: il caso della Procura di Napoli, Azienda Pubblica, in press.

[11] Visser, M., Schouteten, R., & Dikkers, J. (2019). Controlling the courts: New Public Management and the Dutch judiciary. Justice system journal, 40(1), 39-53; Newbold, S.P. (2017). Jeopardizing the rule of law: the impact of sequestration on the administration of justice, The American Review of Public Administration, 47(3), pp. 279-299; Volacu, A. (2018). Justice, efficiency, and the new public management, Australian Journal of Public Administration, 77(3), pp. 404-414.

[12] Seppälä, P., Kerkkänen, A., Pekkanen, P. and Pirttilä, T. (2013). Applying the operations management–approach to reduce process delays in justice courts, International Journal of Business Excellence, 6(2), pp. 131-147; Gomes, A. O., Guimaraes, T. A., & Akutsu, L. (2017). Court caseload management: the role of judges and administrative assistants. Revista de Administração Contemporânea, 21, 648-665.

[13] Per dettagli, si rinvia al sito istituzionale:
https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_4_1.page?contentId=SBG343205#

[14] Giusto per dare il peso del gap temporale, si tenga conto che il Decreto di approvazione dell'Avviso e relativi Allegati, per il finanziamento degli interventi a regia in attuazione del Progetto complesso licenziato dal

obiettivo di supportare il processo di transizione del sistema giustizia, o, più puntualmente, di digitalizzazione ed innovazione tecnologica, aumentando la produttività degli Uffici, migliorandone al contempo la qualità ed il rapporto con i cittadini, nonché rafforzando le logiche di scambio e collaborazione con il sistema formativo (soprattutto universitario) locale.

Il presente lavoro mira a *i)* fornire un primo riscontro degli esiti scientifici del Progetto, con riguardo alla configurazione organizzativa attuale e alle principali criticità emerse nella prima fase di immissione in servizio degli addetti all'Ufficio per il Processo, e *ii)* illustrare una proposta di cambiamento del modello organizzativo, che possa meglio rispondere alle esigenze di una effettiva azione di *change management*.

A tal fine, è stata adottata una metodologia di ricerca qualitativa, seguendo una logica induttivo-deduttiva. Le metodologie e le tecniche prescelte di raccolta ed analisi dei dati, riconducibili sia ad una *desk research* (es. analisi documentale su dati secondari) che ad una *field research* (raccolta di dati primari, tramite interviste e *focus groups*, e relativa analisi), hanno permesso non solo di fotografare la situazione attuale (di seguito ci si riferirà ad essa come alla situazione "As Is") delle strutture organizzative analizzate, ma altresì hanno portato ad una prima identificazione delle aree di criticità concernenti le fasi di attivazione e funzionamento degli UPP e ad una conseguente ideazione di una proposta di cambiamento del modello organizzativo.

I dati secondari sono stati raccolti attingendo alla documentazione ufficiale degli Uffici Giudiziari (UU.GG.) oggetto di indagine, quali il Progetto Organizzativo Triennale, contenente l'organizzazione della funzione giurisdizionale, il Progetto dell'Ufficio Per il Processo, nonché i relativi decreti attuativi dei Presidenti, ivi compresi gli ordini di servizio e altro materiale messo a disposizione dagli Uffici (es. curriculum vitae dei funzionari UPP).

I dati primari sono stati raccolti attraverso 15 interviste semistrutturate singole e 4 *focus group* condotti con persone chiave all'interno dei due Uffici, afferenti sia all'area giurisdizionale che amministrativa. Le interviste hanno avuto una durata media di circa 60 minuti (min 40 minuti, max 86 minuti).

Documenti, trascrizioni delle interviste e annotazioni del team di ricerca sono stati analizzati ricorrendo ad elementi sia di analisi del contenuto[15], tipicamente basati su un approccio quantitativo al testo, sia di analisi tematica[16].

Ministero della Giustizia è datato 5 agosto 2021, con rettifica il 9 agosto. Il termine di presentazione delle domande è stato fissato al 30 settembre 2021, poi prorogato al 18 ottobre 2021. Dall'altro lato della medaglia, il D.L. 80/2021 ha richiesto agli Uffici Giudiziari di inviare entro il 31 dicembre 2021 un progetto contenente le modalità di utilizzo, all'interno degli UPP degli addetti selezionati. La prima tranche di prese di servizio è avvenuta a febbraio 2022.

[15] Krippendorff, K. (2004). *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology* (2ª edizione). SAGE, Thousand Oaks, CA.

ISSN 2036-7821

L'analisi dei *case study*[17] è stata integrata dalle risultanze della ricognizione della letteratura nazionale ed internazionale sull'Ufficio per il Processo e strutture analoghe (es. judicial assistant)[18], al fine di giungere a risultati maggiormente generalizzabili.

2. Breve excursus normativo sull'Ufficio Per il Processo

Senza voler ripercorrere "*la 'lunga marcia' dell'ufficio per il processo dalla fase ideativa*"[19] (Braccialini, 2020), è possibile individuare alcuni step fondamentali nella sua evoluzione, pietre miliari della sua previsione normativa e, successivamente, concreta messa in pratica. Tale cammino, è opportuno ricordarlo, si insinua in un più ampio riconoscimento, almeno teorico, dell'importanza degli strumenti e della cultura organizzativa nell'ambito degli Uffici Giudiziari.

La legge istitutiva dell'Ufficio Per il Processo (UPP) è il D.L. n. 179 del 2012, convertito in L. n. 221 del 2012, art. 16-octies, successivamente modificato dall'art. 50 del D.L n.90/2014, convertito in L. n. 114 del 2014, secondo cui: "*al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, strutture organizzative denominate 'ufficio per il processo', mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell'ufficio per il processo costituito presso le corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell'ufficio per il processo costituito*

[16] Braun, V., & Clarke, V. (2012). Thematic analysis. In H. Cooper, P. M. Camic, D. L. Long, A. T. Panter, D. Rindskopf, & K. J. Sher (Eds.), *APA handbook of research methods in psychology*, Vol. 2. Research designs: Quantitative, qualitative, neuropsychological, and biological (pp. 57–71). American Psychological Association

[17] Yin R.K. (1993). *Applications of Case Study Research* (Applied Social Research Methods Series Volume 34). Thousand Oaks, Ca: Sage Publishing; Yin R.K. (2003). *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks, Ca: Sage, third edition.

[18] Sulle esperienze internazionali si rinvia, tra gli altri, a Bieri, P. (2015). Law Clerks in Switzerland-A Solution to Cope with the Caseload. In IJCA (Vol. 7, p. 29); Grendstad, G., Shaffer, W. R., Sunde, J. O., & Waltenburg, E. N. (2020). From Backlogs to Quality Assurance. The Development of Law Clerk Units at Norwegian Courts. In *IJCA* (Vol. 11, p. 1); Sanders, A. (2020). Judicial Assistants in Europe-A Comparative Analysis. In IJCA (Vol. 11, p. 1). In merito alle esperienze nazionali si citano, tra gli altri, Sciacca, M. (2022). Pnrr e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo. Il Foro Italiano, 147(1), 17.

[19] Braccialini, R. (2020). L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive. Questione Giustizia, accessibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive_01-06-2020.php

ISSN 2036-7821

presso i tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42-ter e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12."

I D.L. 83/2015 (converito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) e 168/2016 (convertito con modificazioni dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197), nonché il D. Lgs 116/2017 hanno leggermente modificato l'iniziale previsione, da un lato incentivando i tirocini presso gli Uffici Giudiziarti e, dunque, in via indiretta l'istituzione della struttura atta a contenerli, dall'altro estendendone perimetro e composizione.

Nonostante la ricca e non più recentissima (ad oggi, è passato oltre un decennio dall'iniziale istituzione) produzione normativa, l'esistenza di queste *strutture organizzative* è, di fatto, rimasta lettera morta, "un guscio vuoto" o, peggio, "aria fritta" così come definito a più riprese da alcuni studiosi[20], con scarsa o scarissima applicazione, anche in virtù delle insufficienti risorse umane e strumentali[21].

A tale preminente problematica ha risposto l'enorme (soprattutto considerando l'andamento storico) iniezione di risorse messe in campo a partire dal 2021 proprio per dare piena attuazione all'Ufficio per il Processo, considerato uno dei baluardi della strategia di efficientamento del sistema giudiziario italiano. Il D.L. 80/2021, contenente "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia" e convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2021, n. 113, ha previsto il reclutamento e l'assunzione in due scaglioni di 16.500 unità di "addetti all'ufficio per il processo" (AUPP) nell'ambito della giustizia ordinaria e 326 unità nell'ambito di quella amministrativa (art. 11), equiparati ai profili dell'area III, posizione economica F1 (funzionario giudiziario), nonché di 5.410 unità di personale amministrativo non dirigenziale (es. tecnico IT senior e junior, tecnico di contabilità, tecnico statistico) (art. 13). In entrambe le opzioni è previsto un contratto di lavoro a tempo determinato, non rinnovabile, della durata massima di trentasei mesi (tradottisi in 2 anni e 7 mesi per gli addetti all'UPP). All'art. 12, comma 3, si attribuisce, altresì, l'onere al Capo dell'ufficio giudiziario di predisporre, di concerto con il dirigente amministrativo, successivamente all'assegnazione degli addetti ed entro il 31 dicembre 2021, "un progetto organizzativo che preveda l'utilizzo, all'interno delle strutture

[20] Braccialini, R. (2017). Per un modello leggero (ma non un "guscio vuoto"!) di ufficio per il processo. *Questione Giustizia*, accessibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/per-un-modello-leggero_ma-non-un-guscio-vuoto_di-ufficio-per-il-processo_02-05-2017.php; Braccialini, R. (2020). L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive. *Questione Giustizia*, accessibile al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive_01-06-2020.php

[21] Civinini, M. G. (2021). Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!. *Questione Giustizia*, accessibile al link: https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo

ISSN 2036-7821

organizzative denominate ufficio per il processo, degli addetti selezionati in modo da valorizzare il loro apporto all'attività giudiziaria."

Lo stesso Decreto contiene altresì la declaratoria del profilo degli AUPP, successivamente ripresa dalla Circolare del 21 dicembre 2021 emanata dal Ministero della Giustizia, la quale affida compiti di supporto al giudice (es. studio del fascicolo, predisposizione delle bozze dei provvedimenti), ma anche di supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati, nonché di raccordo con il personale addetto alle cancellerie. Declaratoria che, come si vedrà nel prosieguo, ha lasciato dietro di sé incomprensioni intestine tra l'ambito giurisdizionale ed amministrativo degli Uffici, al punto che si è reso necessario un nuovo intervento del legislatore con il D. Lgs n. 151/2022, contenente "Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134". La norma ribadisce la finalità degli UPP, ovvero "*garantire la ragionevole durata del processo attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*", nonché la sua possibile composizione[22], ne attribuisce la direzione ed il coordinamento al capo dell'Ufficio e ne declina più specificamente le funzioni:

a) attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato;
b) supporto al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari previste dall'articolo 171-bis del cpc nonché nell'individuazione dei procedimenti contemplati dall'articolo 348-bis del cpc;
c) raccordo e coordinamento fra l'attività del magistrato e quella delle cancellerie e dei servizi amministrativi degli Uffici Giudiziari;
d) raccolta, catalogazione e archiviazione dei provvedimenti dell'ufficio, anche attraverso banche dati di giurisprudenza locale;
e) supporto per l'utilizzo degli strumenti informatici;
f) assistenza per l'analisi dei flussi statistici e per il monitoraggio di attivita' dell'ufficio;

[22] In base all'art. 4, comma 1, "*gli uffici per il processo e l'ufficio spoglio, analisi e documentazione sono costituiti dalle seguenti figure professionali: a) quanto agli uffici per il processo presso il tribunale, i giudici onorari di pace di cui agli articoli 10 e 30, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116; b) quanto agli uffici per il processo presso le corti di appello, i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'articolo 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116; c) i tirocinanti di cui all'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98; d) coloro che svolgono la formazione professionale a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111; e) il personale delle cancellerie o delle segreterie giudiziarie; f) il personale di cui agli articoli 11 e seguenti del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113; g) il personale di cui all'articolo 1, comma 19, della legge 26 novembre 2021, n. 206, e all'articolo 1, comma 27, della legge 27 settembre 2021, n. 134; h) ogni altra figura professionale istituita dalla legge per lo svolgimento di una o più delle attività previste dal presente decreto.*"

ISSN 2036-7821

g) supporto per l'attuazione dei progetti organizzativi finalizzati ad incrementare la capacità produttiva dell'ufficio, ad abbattere l'arretrato e a prevenirne la formazione.

3. La situazione "As Is" e le aree critiche

L'organizzazione del lavoro può essere definita come "il complesso delle modalità secondo le quali viene effettuata la divisione del lavoro in compiti distinti e viene realizzato il coordinamento fra tali compiti"[23]. Al fine di progettare e di far evolvere il modello organizzativo, è necessario definire sia la microstruttura (ovvero, l'insieme di compiti che deve essere svolto da ciascuna unità organizzativa), che la struttura di base o macrostruttura (ovvero, quali sono le unità organizzative e le relazioni gerarchiche tra le stesse)[24]. Tali scelte, che sono ampiamente libere in un'organizzazione privata, sia essa profit o non-profit, sono maggiormente vincolate in quelle pubbliche, incluse, dunque, le giudiziarie, la cui funzione e anche parte dell'organizzazione sono definite dall'ordinamento giuridico. Tuttavia, occorre evidenziare che, nonostante tali vincoli, vi sono comunque ambiti di libertà entro cui un'amministrazione pubblica può e deve scegliere, giungendo così ad una configurazione propria, diversa da quella assunta dalle altre operanti in settori simili.
Partendo da tali presupposti, lo studio ha inteso innanzitutto ricostruire, a partire dall'analisi dei documenti organizzativi[25], la configurazione adottata dagli Uffici Giudiziari oggetto di indagine. La rappresentazione puntuale ed esaustiva dell'assetto organizzativo, in forme sintetiche, accessibili ed inequivocabili, rappresenta la base necessaria su cui fondare il confronto con gli operatori dell'Amministrazione, sia per l'analisi delle criticità degli effettivi modelli vigenti di assetto e di funzionamento dell'organizzazione, sia per un'efficace formazione dei neo-assunti, sia per discutere e decidere le possibili traiettorie di sviluppo organizzativo.
La macrostruttura organizzativa complessiva di entrambi gli UU.GG. è definibile come una "struttura divisionale con funzioni centralizzate". Essa, cioè, presenta le caratteristiche del modello che i teorici dell'organizzazione definiscono "forma divisionale", in cui il criterio di divisione del lavoro e di erogazione dei servizi agli utenti è basato su una specializzazione di tipo orizzontale, ossia sulla divisione delle

[23] Mintzberg, H. (1996). *La progettazione dell'organizzazione aziendale*. Il Mulino, p. 37
[24] Senza pretesa di esaustività, si citano sulla progettazione organizzativa, tra gli altri, Mintzberg, H. (1979). *The structuring of organizations*. Prentice Hall, Englwood Cliffs, New York; Galbraith, J. R. (1977). *Organization design*, Addison Wesley, Reading, MA; Burton, R. M., Obel, B., Burton, R. M., & Obel, B. (2004). *What is an Organizational Design?* (pp. 43-85). Springer US. de Vita P., Mercurio R., Testa F., 2007, Organizzazione aziendale: assetto e meccanismi di relazione, Giappichelli, Torino.
[25] Come già evidenziato nella metodologia, sono stati considerati il Progetto Organizzativo Triennale, il Progetto dell'Ufficio per il Processo, nonché i relativi decreti attuativi dei Presidenti, ivi compresi gli ordini di servizio e altro materiale messo a disposizione dagli Uffici.

ISSN 2036-7821

responsabilità manageriali ed operative per famiglie di servizi resi all'utenza e per le correlate famiglie di processi di lavoro ad essi dedicati: i procedimenti civili e quelli penali. Inoltre, per esigenze di efficienza e per sfruttare importanti sinergie operative, si innestano alcune funzioni centralizzate, come i servizi di recupero crediti e quelli di gestione delle spese di giustizia, che supportano, con contributi di tipo tecnico specializzato, le attività interne di entrambe le divisioni (civile e penale).

Al di là delle caratteristiche insite in tale modello, largamente evidenziate in letteratura[26] (ad esempio, una struttura divisionale necessita di un importante sforzo in termini di coordinamento), preme sottolineare in questa sede che la complessità del modello di assetto e di funzionamento di un Ufficio Giudiziario risulta incrementata dalla coesistenza di due anime che confluiscono in due linee "gerarchiche" ed operative distinte, seppur in costante interazione: l'ambito giurisdizionale e l'ambito amministrativo. Si badi bene che un'effettiva relazione gerarchica formale esiste soltanto lungo quest'ultima, laddove, al fine di garantire l'autonomia e l'indipendenza della funzione giurisdizionale, non è rinvenibile tra i magistrati, i cui ruoli direttivi o semi-direttivi si concretizzano prevalentemente in incarichi di organizzazione, coordinamento e sorveglianza. Tale aspetto, pur così caratterizzante, risulta, di fatto, spesso trascurato nelle analisi organizzative (e nelle relative rappresentazioni) degli UU.GG. Ciò, ovviamente, non ha un impatto meramente formale, bensì sostanziale, nel momento in cui impedisce di considerare appieno le esigenze di coordinamento e le possibili economie all'interno delle organizzazioni.

Per quanto concerne gli UPP, questi ultimi sono stati formalmente istituiti quali strutture organizzative a carattere sezionale o per specifici affari (si pensi all'UPP per il settore Lavoro o GIP/GUP nel caso non vi sia una sezione *ad hoc)*, tuttavia i funzionari ad essi assegnati sono stati prevalentemente attribuiti ad uno (*modello one-to-one*) o più giudici (*modello mini-pool*), quali figure di supporto alla funzione giurisdizionale con attribuzione residuale (pur con qualche grado di variabilità) di alcune funzioni di cancelleria. L'UPP pare, dunque, essere più un guscio vuoto, atto ad accogliere un insieme di assistenti del giudice, non necessariamente coordinati tra loro (rispondendo ciascuno ad un diverso giudice) piuttosto che quella struttura organizzativa di cui la normativa parla da quasi un decennio.

Una situazione non molto diversa è stata evidenziata anche dalla più recente letteratura nazionale in tema di UPP[27]. D'altronde, le tempistiche richieste, la

[26] De Vita P., Mercurio R., Testa F., 2007, Organizzazione aziendale: assetto e meccanismi di relazione, Giappichelli, Torino.

[27] Si veda, ad esempio, la recente intervista di Ernesto Aghina a Francesca Romana Carlone (Pescara), Alessia Nusca (Tivoli), Federica Puzzo (Marsala) e Filippo Rosasco (Genova), pubblicata su giustiziainsieme, scaricabile al seguente link https://www.giustiziainsieme.it/it/ufficio-del-processo-e-organizzazione-della-giustizia/2601-

ISSN 2036-7821

numerosità e le peculiarità di queste figure non hanno facilitato un utilizzo diverso negli Uffici Giudiziari (che sono, in generale, poco propensi ai cambiamenti e scarsamente managerializzati), i quali si sono ritrovati a dover organizzare e gestire diverse decine di nuove unità, i cui ruoli e le cui mansioni apparivano quantomeno sfumati.

L'analisi tematica delle interviste e dei *focus group* svolti con figure chiave operanti nell'ambito dei due UU.GG. oggetto di indagine, sia afferenti alla sfera giurisdizionale, che amministrativa, ha permesso di identificare tre principali aree di criticità derivanti dall'entrata in servizio e dalla successiva gestione degli addetti UPP:

- l'inquadramento normativo degli addetti UPP e la conseguente complessità organizzativa;
- la mancanza di coordinamento tra cancellerie e giudici;
- gli ingenti "costi occulti" generati dalla compresenza di un importante sforzo iniziale richiesto per la loro formazione e un elevato turnover.

3.1 Tipologia di inquadramento normativo della posizione organizzativa dei funzionari UPP e complessità organizzativa

L'impianto normativo ha inteso costituire una figura appartenente all'ambito amministrativo ma dalla natura sostanzialmente ibrida, con mansioni, cioè, composte (prevalentemente?) da attività di supporto alla funzione giurisdizionale e da altre (residuali?) più prettamente amministrative e di raccordo con la cancelleria. Ciò determina una forte complessità organizzativa, sia quando è necessario inserire nella linea gerarchica tali figure, sia quando occorre dettagliarne le mansioni. Tale complessità si è tradotta, soprattutto nel periodo immediatamente successivo all'entrata in servizio degli AUPP, in una concreta difficoltà di definizione dei ruoli, delle mansioni e delle responsabilità, ovvero, detto in altri termini, nell'esplicitare quali attività avrebbero dovuto svolgere gli AUPP e chi avrebbe dovuto avere la responsabilità (formale e sostanziale) di specifica assegnazione e monitoraggio. Ci si è, dunque, trovati di fronte ad una duplice linea di autorità nel momento in cui gli AUPP, nella sostanza di supporto quasi esclusivo ai giudici, che dunque ne indirizzano le attività quotidiane e sono in grado di valutarne gli esiti, nella forma sono personale amministrativo e come tali dovrebbero rispondere ai direttori dei singoli settori. Alla difficoltà di gestione ed organizzazione, occorre altresì aggiungere l'instaurarsi di un equivoco o un dubbio latente tra le parti in gioco, che la norma e l'interpretazione ufficiale della stessa hanno contribuito ad alimentare, almeno nei primi mesi di vita di questi funzionari. Nell'allegato II al D.L.. n. 80/2021

lufficio-per-il-processo-la-parola-ai-funzionari-la-corte-dappello-penale-intervista-di-ernesto-aghina-a-ilaria-buonaguro-napoli-e-domenico-dagostino-reggio-calabria?hitcount=0

ISSN 2036-7821

tra le mansioni affidate ai funzionari è esplicitamente menzionata l'attività di raccordo con la cancelleria, attività che la circolare del 21 dicembre 2021 emanata dal Ministero della Giustizia, considera "tutt'altro che priva di significato" e "solo apparentemente residuale, per una qualifica solidamente collocata nella terza area funzionale del personale amministrativo". La medesima Circolare precisa, altresì, che "in ultima analisi, sembra di poter concludere che la cornice entro la quale gli addetti all'ufficio per il processo possono svolgere la propria prestazione lavorativa per quanto attiene alle competenze propriamente amministrative può essere concretamente individuata prendendo a parametro tutte le funzioni ritualmente espletabili dall'omologa figura di ruolo con formazione giuridico-amministrativa di area terza, fascia retributiva F1, ovvero il "funzionario giudiziario""[28]. Dunque, tra l'Agosto ed il Settebre 2022 ancora molti dei Direttori nutrivano, a ragione, l'aspettativa che i funzionari assegnati al settore contribuissero alle attività della cancelleria in misura non residuale rispetto al tempo lavorativo totale, sebbene la realtà li ponesse dinanzi ad una situazione piuttosto diversa. Gli AUPP, difatti, lavoravano (e lavorano) a stretto contatto con i giudici, con relazioni abbastanza limitate, seppur con un certo grado di variabilità, con le cancellerie, senza avere attribuiti compiti formali. Più recentemente, il Decreto Legislativo 151/2022 e parte della dottrina sono parzialmente intervenuti per dirimere questo controproducente "dubbio organizzativo", esautorando quasi completamente la competenza delle cancellerie e virando verso una figura a pressoché totale supporto della funzione giurisdizionale, senza tuttavia agire sul nocciolo della questione, ovvero con quali modalità (poteri e responsabilità) questa nuova figura amministrativa può supportare la funzione giurisdizionale. In effetti, questo è un nodo che spesso è stato evidenziato nelle interviste svolte. Gli stessi giudici, pur apprezzando nella maggior parte dei casi il supporto degli AUPP, hanno evidenziato che l'assenza di un potere di firma e, dunque, di una responsabilità formale sugli atti, comporta una costante necessità di monitoraggio delle attività demandate ai funzionari per le quali la responsabilità e la firma finale è, appunto, quella del magistrato di riferimento.
Occorre sottolineare, inoltre, che al di là della rosa di mansioni contenute nel sopracitato decreto e richiamate negli ordini di servizio degli Uffici Giudiziari, di fatto ciascun giudice decide la tipologia delle attività da assegnare (strettamente connesse alla decisione o sussidiarie/complementari alla stessa) e il grado di coinvolgimento nel processo decisionale (ricerca giurisprudenziale, bozza di provvedimento, etc).

[28] Si rinvia alla Circolare, scaricabile al seguente link:
https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=0_13&facetNode_2=0_25&facetNode_3=0_25_5&contentId=SDC360073&previsiousPage=mg_1_8

ISSN 2036-7821

3.2 Mancanza di coordinamento tra cancellerie e giudici e cultura organizzativa individualistica

L'efficace e pieno funzionamento dell'UPP e delle risorse ad esso assegnate, che abbiamo appena definito aventi una natura ibrida e caratterizzata da elevata complessità di gestione, imporrebbero una forte necessità di coordinamento, al di là della linea formale gerarchica, da un lato con le sezioni/collegi e, più nello specifico, con i giudici ai quali sono di supporto, dall'altro con le relative cancellerie. Le attività di ricerca hanno evidenziato che il necessario coordinamento tra ambito giurisdizionale ed amministrativo con riferimento alle mansioni svolte dai funzionari UPP si è realizzato soltanto in parte e in relazione alle caratteristiche e ai comportamenti personali dei soggetti coinvolti, piuttosto che in attuazione di una visione sistemica dell'organizzazione e delle sue articolazioni. Ciò si ritiene possa essere ricondotto a tre principali ordini di motivi: a) i tempi formali di attuazione incalzanti; b) la mancanza di competenze idonee a delineare un modello organizzativo capace di rispondere alle sopracitate esigenze di coordinamento; c) la cultura organizzativa individualistica prevalente.

In merito a quest'ultimo punto occorre sottolineare che il lavoro dei giudici è stato sino ad ora tipicamente e prevalentemente concepito come un lavoro individuale, ove entrano sì in gioco anche altre figure (es. cancellieri), ma con attività solo collaterali alla funzione giurisdizionale. Ogni giudice, dunque, ha elaborato e stratificato negli anni un proprio metodo di preparazione alla decisione e anche un proprio stile di comunicazione della stessa (ovvero la scrittura della sentenza). Tale imprinting costituisce spesso una caratterizzazione dalla quale il giudice fatica a separarsi e non solo per "velleità artistica", ma anche in virtù del fatto che, nella categoria dei magistrati, per imprinting culturale, l'elevata diversità e la personalizzazione delle sentenze sono associate ad una maggiore qualità percepita dell'atto. Nella pratica, ciò si è tradotto in una difficoltà, soprattutto iniziale, a condividere metodi e strumenti e delegare parti di attività[29]. In effetti, nonostante negli Uffici Giudiziari presi in esame siano stati avviati percorsi di digitalizzazione e di potenziamento dei sistemi informatici dedicati alle attività giurisdizionali e amministrative, e pur in un clima che sembra essere di reciproca fiducia e stima, si rileva che ancora bassa è la propensione dei giudici alla condivisione di strumenti e documenti (format di provvedimenti, check list, archivi digitali, ecc.), sia con i colleghi, sia, in misura minore e, come detto, soprattutto legata ai primissimi periodi di entrata in servizio, con i funzionari UPP. Questa resistenza alla standardizzazione e alla condivisione di strumenti operativi non agevola l'emergere di modelli organizzativi maturi (come quelli ipotizzati dal legislatore per gli UPP), incentrati sul

[29] Ciò, in verità, è anche collegato a quanto detto nel sotto-paragrafo precedente, ovvero l'assenza di una formale responsabilità degli AUPP e dunque la necessità di monitoraggio delle attività demandate ai funzionari.

ISSN 2036-7821

tema dell'integrazione formale e sostanziale tra le due anime (giurisdizionale e amministrativa) che compongono il corpo organizzativo di un Ufficio Giudiziario. Sebbene tale comportamento sia comprensibile in figure professionali che mantengono uno standing elevato, tuttavia può, in alcuni casi, rallentare il lavoro, soprattutto per quegli atti maggiormente routinari, ovvero a basso grado di complessità e variabilità.
Dunque, l'orientamento all'efficacia e alla qualità della prestazione, pur fondamentale e imprescindibile, dovrebbe meglio integrarsi ad un approccio più sensibile al tema delle economie e dei risparmi di risorse e tempi, associati ad un'organizzazione del lavoro maggiormente ispirata a logiche di standardizzazione delle attività e degli strumenti.

3.3 Investimento in formazione e turnover

Nonostante la mappatura delle competenze dei funzionari UPP abbia evidenziato una generale prevalenza di laureati in giurisprudenza, la varietà aumenta notevolmente nel momento in cui si stringe il focus di analisi, andando a verificare l'esperienza professionale e/o lo specifico ambito di competenza (es. diritto civile, penale, etc). Nel caso di funzionari UPP che avevano svolto stage negli Uffici Giudiziari o di UPP con attività lavorativa professionale pregressa, ad esempio, è stato molto più semplice l'inserimento e il raggiungimento di autonomia nello svolgere le mansioni affidate dal giudice. Tuttavia, tale varietà non è risultata sempre in linea con le esigenze effettive dell'Ufficio Giudiziario ed ha comportato una maggiore laboriosità nell'attribuzione dei funzionari ai diversi settori e, soprattutto, un maggiore investimento in formazione specifica al lavoro da realizzarsi attraverso l'affiancamento ed il controllo di tutti gli atti prodotti. Formazione e affiancamento che, in alcuni casi, hanno dovuto colmare lacune di esperienza e di competenza tecnica anche significative.
La variabilità delle competenze, unitamente alla stretta collaborazione e al necessario legame di fiducia tra giudici e funzionari UPP, hanno imposto un notevole investimento ai giudici, in termini di tempo ed energie (in media uno-tre mesi), in formazione *ad personam*, al di là, ovviamente, del percorso formativo istituzionale comunemente previsto. Dunque, la professionalità acquisita del singolo funzionario UPP dipende, almeno in parte, dalla volontà del singolo giudice di dedicarsi a tale attività. Si deve, inoltre, sottolineare che l'elevato turnover, che deriva dall'attuale contrattualizzazione a tempo determinato (2 anni e 7 mesi) ha costituito un elemento particolarmente impattante, posto che i giudici possono trovarsi a dover riavviare il processo di formazione con nuovi funzionari, anche nel giro di pochi mesi. Molti funzionari UPP che avevano già preso servizio, sono risultati, difatti, vincitori di concorso presso altre amministrazioni o presso la medesima amministrazione (es.

ISSN 2036-7821

vincitori del concorso per funzionario giudiziario) ed hanno rassegnato le proprie dimissioni. La percezione è, dunque, di un parziale attaccamento all'incarico, una tendenza a considerarlo "di passaggio", in attesa di una stabilizzazione. Ciò ha aggravato le difficoltà nell'attuazione dei cambiamenti tipiche della pubblica amministrazione, causate dalla necessità di riformare infinite procedure burocratiche in tempi brevi, dalla mancanza di cultura e competenze manageriali di gestione, nonché dalla presenza di livelli e ruoli assegnati e definiti, avendo generato una sorta di demotivazione nei giudici. Essi, infatti, dopo aver investito parte del proprio tempo nella formazione specifica degli UPP (si veda punto successivo) si sono ritrovati senza le risorse formate *ad hoc*.

4. Una proposta di cambiamento del modello organizzativo

L'analisi dei casi studio, permettendo di fotografare la struttura organizzativa attuale, nonché di evidenziare criticità ed esigenze puntuali, ha consentito altresì di delineare, in accordo con i principi di progettazione organizzativa noti in letteratura[30] e, ovviamente, nei confini dell'attuale quadro disegnato dal legislatore, una possibile struttura di modello organizzativo generale, pur nella consapevolezza del necessario adattamento alle peculiarità degli specifici Uffici Giudiziari.

Il modello proposto concerne la macro-struttura e, dunque, come le diverse configurazioni di Ufficio per il Processo possono opportunamente innestarsi, al fine di garantire il necessario collegamento tra strutture divisionali e funzionali, nonché permettere lo sfruttamento delle economie. Nello specifico, il modello prevede tre tipologie di UPP, distinte in base alla specializzazione/natura delle attività:

- UPP con funzioni trasversali;
- UPP di staff;
- UPP di coordinamento con funzioni specializzate.

La Figura 1 riporta la rappresentazione grafica dell'organigramma derivante dal modello formulato, evidenziando altresì la doppia linea gerarchica che caratterizza gli Uffici Giudiziari e ne aumenta fortemente la complessità organizzativa: la linea gerarchica dell'ambito giurisdizionale è rappresentata con una linea tratteggiata rossa; quella dell'ambito amministrativo, invece, è rappresentata dalla linea continua blu. La differente modalità di rappresentazione rimanda ad una sostanziale differenza che esiste tra i due ambiti indicati: un'effettiva relazione gerarchica formale esiste soltanto lungo la linea amministrativa, laddove quella giurisdizionale rimanda a ruoli di coordinamento e sorveglianza.

[30] Mintzberg, H. (1979). *The structuring of organizations*. Prentice Hall, Englwood Cliffs, New York; Galbraith, J. R. (1977). *Organization design*, Addison Wesley, Reading, MA; Burton, R. M., Obel, B., Burton, R. M., & Obel, B. (2004). *What is an Organizational Design?* (pp. 43-85). Springer US

ISSN 2036-7821

La proposta, pur fornendo delle esemplificazioni, non concerne, la dettagliata definizione delle attività (mansioni) da attribuire (micro-struttura del lavoro); quest'ultima non potrà che derivare da un'analisi approfondita e una ricostruzione dei processi in essere in ciascun Ufficio, al fine di identificare le specifiche esigenze (es. materie di maggiore arretrato). Per ogni configurazione proposta, infatti, è possibile compiere scelte di progettazione della micro-struttura (mansioni, autonomia e coordinamento) che, all'interno dell'ambito di competenze delineato dal vigente quadro normativo, definisca tipologie di posizioni individuali differenti, con specifiche competenze e che, pur mantenendo un importante ruolo di meccanismo di raccordo e di integrazione del lavoro di tipo giurisdizionale con quello di natura amministrativa, si caratterizzi in maniera prevalente nell'uno o nell'altro senso a seconda della tipologia di configurazione.

4.1 UPP con funzioni trasversali

La prima configurazione di UPP è quella di **unità con funzioni trasversali**. Si tratta di un tipo di unità cui è possibile attribuire funzioni di supporto all'intera struttura dell'Ufficio Giudiziario o a parti di essa, prettamente amministrative, relative a esigenze di governo generali dell'ente (es. gestione del personale e turni di lavoro, gestione dell'innovazione, sviluppo dei sistemi informatici e digitalizzazione) o allo svolgimento di compiti comuni a più famiglie di procedimenti (es. liquidazioni spese e compensi, liquidazione spese di giustizia, ecc.). Si tratta di attività che richiedono una visione professionale matura, di matrice giuridica ma anche di tipo gestionale-amministrativo che, se raggruppate, possono sfruttare i vantaggi della gestione di interdipendenze di costo o di specializzazione. Il governo di tali legami tra attività dal contenuto tecnico simile o identico anche se appartenenti a diversi processi di lavoro e collocate in diversi iter procedimentali, consente un generale recupero di efficienza nell'organizzazione del lavoro, attraverso lo sfruttamento di economie di scala, la riduzione dei tempi e la migliore distribuzione dei costi di svolgimento delle stesse.

Da un punto di vista gerarchico, nell'organigramma essa si colloca in staff alle attività amministrative trasversali di supporto (Ufficio Personale, Economato, Ufficio innovazione, ecc..).

Competenze trasversali per l'assolvimento delle funzioni assegnate a questo tipo di UPP sono prevalentemente relative all'autonomia, al *problem solving* e all'automotivazione. Per lo svolgimento di queste funzioni è possibile configurare l'UPP anche coinvolgendo solo personale amministrativo o selezionare unità di personale con competenze ammnistrative ed esperienze di base, anche non necessariamente di tipo giuridico. Pertanto, gli AUPP collocati in questa unità saranno laureati in Economia, in Ingegneria o anche in Giurisprudenza.

ISSN 2036-7821

4.2 UPP di staff sezionale o per macro-materia

La seconda configurazione è quella che interpreta l'UPP come **unità di staff sezionale o per macro-materia** (es. affari civili e affari penali; settore lavoro, etc). Essa è al servizio delle sezioni e consente di supportarle nello svolgimento dei processi di lavoro primari attraverso contributi lavorativi "a basso valore aggiunto" (es. istanze dei consulenti tecnici, patrocinio a spese dello Stato). Questa seconda tipologia si occupa di svolgere attività routinarie, standardizzabili, di più semplice esecuzione e che non necessitano di un intervento decisionale da parte del giudice, oppure di procedure sempre standardizzabili ma che richiedono l'assunzione di responsabilità e, quindi, di firma da parte degli AUPP.

A questo tipo di modulo organizzativo di UPP è, infatti, assegnato il compito di governare le interdipendenze generiche che sussistono tra alcune attività svolte dal giudice e alcune svolte dalle strutture amministrative (cancellerie). Le attività amministrative svolte da questa tipologia di UPP sarebbero limitate, mentre le competenze necessarie per ricoprire questo tipo di mansioni sono principalmente di tipo giuridico (laureati in Giurisprudenza) ma, per garantire l'esecuzione di procedure semplici ma che richiedono l'assunzione di responsabilità con firma, sarebbe utile prevedere anche GOP.

4.3 UPP di coordinamento con funzioni specializzate

La terza configurazione è quella che interpreta l'UPP come **unità di coordinamento con funzioni specializzate**. Parte dell'arretrato, infatti, è determinato dall'ampia mole di sentenze in fase di definizione che, quindi, devono essere materialmente scritte dal giudice. Avere un supporto specifico (ad esempio, nella stesura di una bozza del dispositivo) aiuta il magistrato a ridurre i tempi di chiusura delle procedure stesse. Per sua natura però, questo tipo di mansione è fiduciaria ed è caratterizzata da un necessario allineamento dei funzionari UPP con il giudice (o i giudici) a cui sono assegnati poiché con essi devono condividere l'orientamento, l'impianto e lo stile con il quale preparare le bozze.

Gli UPP di coordinamento con funzioni specializzate da un punto di vista dell'organigramma dovrebbero essere affiancati ad ogni sezione sia civile che penale e svolgere il ruolo di meccanismo di coordinamento tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa che è in capo alle cancellerie. A questo tipo di configurazione di UPP è possibile destinare il governo delle interdipendenze di flusso, ossia i legami forti esistenti tra le attività appartenenti ad uno stesso processo di lavoro (procedimento). In questo tipo di modulo organizzativo di UPP, i funzionari sono assegnati a ciascun giudice, secondo un modello *one-to-one*, o *mini-pool*, ovvero più UPP per ciascun giudice oppure uno o due UPP per più giudici (in genere non più di

ISSN 2036-7821

due o tre). Tale configurazione richiama la figura dell'assistente del giudice[31] ed è, quindi, caratterizzata da relazioni operative continuative anche di tipo informale, ma necessita di una dettagliata e formale attribuzione delle mansioni (leggasi ordini di servizio) – anche amministrative - da svolgere per "seguire un determinato fascicolo".
Si tratta di un tipo di unità divisionale orientata ad una logica di *process management*, in cui ogni procedimento identifica un evento organizzativo da adottare con responsabilità e da curare con una visione complessiva, per garantire il massimo del valore degli output attesi dallo specifico utente, portatore di interesse (nello specifico si potrebbe esemplificare come se ogni fascicolo costituisse un processo organizzativo da seguire nello svolgimento del suo iter).
Per questo tipo di modulo UPP occorre selezionare unità di personale con competenze ed esperienze prevalentemente di tipo giuridico che abbiano semmai anche già preso parte ad una fase di sperimentazione del funzionamento dell'UPP. Unità di personale che nella fase di *start-up* del modello organizzativo devono essere formate e rafforzate nelle loro abilità relative al lavoro in *team*, alla pianificazione e al monitoraggio degli stati di avanzamento del procedimento, alla comunicazione tra soggetti portatori di contributi e visioni professionali differenti (il giudice e gli altri referenti amministrativi) e alla gestione della diversità.

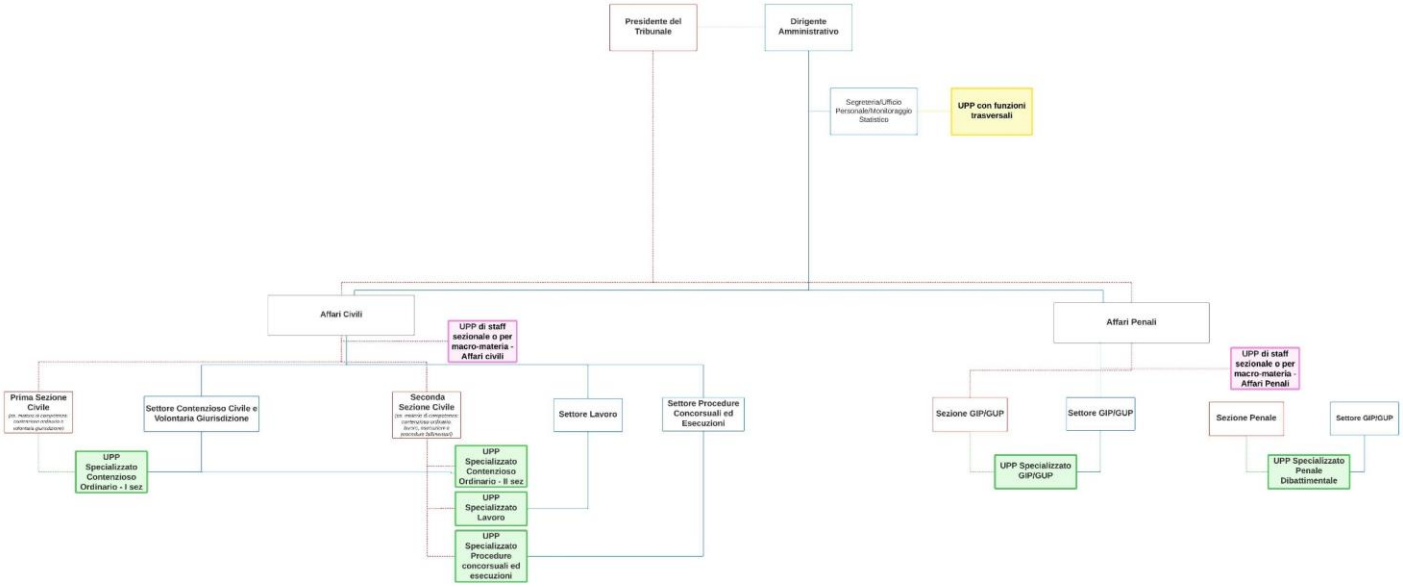
4.4 Aspetti generali di metodo nell'adozione delle diverse configurazioni
A fronte delle diverse configurazioni descritte, si ritiene opportuno evidenziare alcune opzioni di metodo per il governo delle fasi di creazione e lancio di queste nuove unità organizzative.
Gli organi di governo dell'Ufficio Giudiziario devono formulare un quadro organico e complessivo del numero e delle tipologie di UPP da innestare nella vigente struttura organizzativa.
È opportuno che il numero di funzionari addetti all'UPP, soprattutto nel caso di UPP di coordinamento con funzioni specializzate, tenda ad avvicinarsi al numero dei magistrati che compongono le sezioni presso cui vengono istituiti gli stessi, per stimolare un naturale approccio alla collaborazione tra funzionari e giudici nella presa in carico e nella cura di singoli fascicoli.
Appare di particolare utilità, inoltre, che nella selezione dei funzionari siano valorizzate tutte le esperienze già maturate dagli stessi nelle fasi sperimentali del funzionamento degli UPP che i tribunali hanno avviato dopo la messa in servizio dei nuovi funzionari.

[31] Seppur il richiamo esplicito sembra essere in contrapposizione con l'attuale normativa si ricorda che, di fatto, è la configurazione più diffusa ad oggi negli Uffici Giudiziari.

ISSN 2036-7821

Si ritiene, infine, che, al momento dell'avvio del nuovo ciclo di vita degli UPP, di particolare utilità sia la progettazione e la realizzazione di un programma di iniziative di formazione su alcune tematiche trasversali quali la capacità di lavorare in team, l'orientamento alla digitalizzazione delle attività lavorative, la comunicazione istituzionale e interpersonale ed il *project management*.

Figura 1. Proposta di modello organizzativo



Legenda: In rosso e tratteggiata, la linea di autorità, non gerarchica, relativa all'attività giurisdizionale. In blu e continua, la linea di autorità gerarchica relativa all'attività amministrativa.

UPP giallo: UPP con funzioni trasversali, cui è possibile attribuire funzioni di supporto all'intera struttura dell'ufficio giudiziario o a parti di essa. Si colloca in staff alle attività amministrative trasversali di supporto (Ufficio Personale, Economato, Ufficio innovazione, ecc..)

UPP lilla: UPP di staff, al servizio delle sezioni o specifici settori (es. affari civili; settore lavoro, etc). È possibile prevedere un unico UPP - AFFARI CIVILI o AFFARI PENALI, soprattutto in caso di più sezioni civili o penali con materie concorrenti o comunque con presenza di una moltiplicazione di attività. Svolge processi di lavoro primari attraverso contributi lavorativi "a basso valore aggiunto" (es. procedure standardizzabili).

UPP verde: UPP di coordinamento con funzioni specializzate, sezionali o per specifici materie, i cui funzionari affiancato direttamente il giudice (modello one-to-one o mini pool) e svolgono il ruolo di meccanismo di coordinamento tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi note a prima lettura sui recenti interventi legislativi in tema di Corte dei conti tra soppressione dei controlli concomitanti sul PNRR

di Francesco Muzj

(Dottore di Ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali)

Sommario

1. Premessa: il ruolo della Corte dei conti alla prova del PNRR tra funzione di con-trollo e funzione giurisdizionale. – 2. La irragionevole soppressione del controllo concomitante al fine di garantire la massima tempestività nell'attuazione del PNRR. – 3. La proroga dello scudo erariale quale misura di contrasto al fenomeno della burocrazia difensiva: profili critici. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

With the conversion of decree-law n. 44/2023, the Legislator adopted two specific measures that, on one hand, provided for the exclusion of resources allocated to the National Recovery and Resilience Plan from the concurrent financial control, and, on the other hand, extended the deadline of decree-law n. 76/2020 provisions concerning the so-called fiscal shield. The declared objective of these interventions is to prevent delays or paralysis in the implementation of various programs envisioned in the PNRR. The aim of the study is to thoroughly analyze both legislative novelties, evaluating whether they effectively serve this purpose or, conversely, present aspects that may compromise both their legitimacy and effectiveness.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa: il ruolo della Corte dei conti alla prova del PNRR tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza rappresenta un pilastro fondamentale per la ripresa economica e sociale del Paese, offrendo un'opportunità unica per rilanciare settori chiave dell'economia, promuovere la sostenibilità, migliorare l'innovazione e rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale. La sua attuazione rappresenta pertanto un impegno di primaria importanza per il futuro dell'Italia e il benessere delle generazioni presenti e future[1].

L'agenda degli interventi, com'è noto, copre una vasta gamma di settori[2], andando dalle infrastrutture alla digitalizzazione[3], dalla transizione energetica[4] alla formazione professionale. La portata di tali interventi mira a colmare le lacune strutturali, promuovere la competitività e costruire un'economia più resiliente e sostenibile, rendendosi dunque fondamentale la loro celere e piena implementazione.

E non vi può essere dubbio che un siffatto disegno strategico di lungo periodo, ma da attuarsi in un tempo relativamente breve – peraltro non senza complessità di natura amministrativa, tecnica e di contesto –, comporti necessariamente la partecipazione attiva di tutto il sistema istituzionale e dell'apparato amministrativo nelle sue diverse articolazioni centrali[5] e territoriali[6].

---

[1] Sull'importanza del PNRR per il futuro del nostro Paese, cfr. A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, I-II, 2021, pp. 199 ss; G. VIESTI, *Riuscirà il Pnrr a rilanciare l'Italia?*, Roma, Donzelli Editore, 2023.

[2] Per un'analisi più approfondita dell'agenda degli interventi legati al PNRR si v. L. CAVALLI, M. ALIBEGOVIC, E. CRUICKSHANK, L. FARNIA, I.G. ROMANI, S. SANNA, *Il contributo degli investimenti del PNRR all'Agenda 2030 alla luce della valutazione della Commissione europea-*, in *FEEM Policy Brief*, 2021.

[3] Sul tema della digitalizzazione nell'ambito degli interventi del PNRR, si rinvia a V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Roma Tre Press, Roma, 2022.

[4] Sul punto, si v. C.A. MAURO, *Transizione ecologica e modelli dell'economia*, in *Amministrativamente*, I, 2023, pp. 290 ss.; A. MARTINI, *Amministrazione in transizione: riflessioni sulla transizione ecologica e sull'organizzazione amministrativa al suo servizio*, in *Riv. Quadr. Dir. dell'Ambiente*, III, 2021, pp. 150 ss.; P.L. PETRILLO, A. ZAGARELLA, *La transizione ecologica nel PNRR tra climate tagging e do not harm*, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna Online*, II, 2022, pp. 71 ss; F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, IV, 2021, pp. 779 ss.

[5] Per una ricognizione dei profili legati alla *governance* del PNRR da parte delle amministrazioni statali, si v. R. PEREZ, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, V, 2022, pp. 595 ss.; M. MACCHIA, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, VI, 2021, pp. 733 ss.; V. BONTEMPI, *L'amministrazione centrale alla prova della governance per il PNRR: attualità e prospettive*, in *Dir. cost.*, II, 2022, pp. 65 ss.; F. POLACCHINI, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quad. cost.*, IV, 2022, pp. 235 ss.; A CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, IV, 2022, pp. 725 ss.; M. MIDIRI, *Il tempo delle funzioni pubbliche (a proposito del Piano nazionale di ripresa e resilienza)*, in *Federalismi*, XVIII, 2022, pp. 148 ss; A. ACIERNO, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza nel prisma dei rapporti endogovernativi*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online*, I, 2023, pp. 748 ss.

[6] Per un approfondimento sui profili legati alla partecipazione delle Regioni e degli Enti locali al sistema di *governance* del PNRR, si v. A. PATRONI GRIFFI, *Il Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza e il regionalismo differenziato nella dimensione della coesione territoriale*, in *Rass. di Dir. pubbl. europeo*, I, 2022; G. PALOMBINO, *PNRR*

ISSN 2036-7821

Va inoltre sottolineato che il PNRR propone modalità assolutamente innovative nei rapporti finanziari tra l'Unione europea e gli Stati membri[7]. La novità principale si può sintetizzare nella circostanza secondo la quale i piani nazionali per la ripresa e resilienza sono programmi *performance based* e non programmi di spesa. Ciò significa che, ad eccezione dell'anticipo delle risorse per l'avvio dei Piani, i successivi pagamenti sono effettuati da parte della Commissione Europea solo in base al raggiungimento dei *Milestones* e dei *Target* concordati *ex-ante* e temporalmente scadenzati.

L'attuazione tempestiva del PNRR, dunque, appare indispensabile non solo per ottenere il massimo beneficio dai finanziamenti disponibili, ma prima di tutto per non perdere l'accesso a quegli stessi finanziamenti. Ed è proprio nel solco di tale primaria esigenza che si collocano – almeno nelle intenzioni dichiarate – alcuni dei più recenti interventi legislativi.

In sede di conversione del d.l. n. 44/2023[8], c.d. "decreto P.A.", il Legislatore ha infatti adottato alcuni provvedimenti che hanno riguardato tanto il sistema dei controlli sulla finanza pubblica, quanto la responsabilità erariale, in tal modo andando ad incidere sul ruolo e sulle funzioni della Corte di Conti[9]: per un verso, si è prevista

---

ed enti territoriali: in particolare, le sfide allo sviluppo per le grandi città metropolitane, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna online*, II, 2022, pp. 29 ss.; L. FERRARO, *Il ruolo del sistema delle autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *I Battelli del Reno*, 2022, pp. 3 ss; S. PROFETI, B. BALDI, *Le Regioni italiane e il PNRR: la (vana) ricerca di canali d'accesso all'agenda*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, III, 2021, pp. 432 ss.; C.B. CEFFA, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi*, XXIV, 2022, pp. 50 ss.; G. PROVVISIERO, *Le Regioni nella governance del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*, II, 2022, pp. 171 ss. Sia inoltre consentito di rinviare a F. MUZJ, *Da una nozione descrittiva a una nozione prescrittiva di Multilevel Governance*, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna Online*, I, pp. 288 ss., ed in particolare pp. 319 ss.

[7] Sul punto, si v. N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: un nuovo procedimento euro-nazionale*, in *federalismi.it*, V, 2023, pp. 7 ss.; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid*, XII, 2021; M. DE BELLIS, *Il ruolo di indirizzo e controllo della Commissione europea nel dispositivo per la ripresa e la resilienza: la trasformazione della condizionalità*, in *Dir. cost.*, II, 2022, pp. 31 ss.; G. PICCIRILLI, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, in V. DI PORTO, F. PAMMOLLI, A. PIANA (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 137 ss.

[8] Convertito in legge tramite la l. n. 74/2023, la quale, per quanto interessa in questa sede, ha aggiunto all'art. 1 il comma 12 *quinquies*, che così prevede: «Al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, sono apportate le seguenti modificazioni: a) nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile, all'articolo 21, comma 2, primo periodo, le parole: "30 giugno 2023" sono sostituite dalle seguenti: "30 giugno 2024"; b) all'articolo 22, comma 1, primo periodo, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: ", ad esclusione di quelli previsti o finanziati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, o dal Piano nazionale per gli investimenti complementari, di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge l° luglio 2021, n. 101».

[9] Le due funzioni che la Costituzione assegna alla Corte dei conti corrispondono a due distinti poteri: essa, infatti, è sia organo ausiliario del Governo quando svolge attività di controllo preventivo e successivo sulla gestione in quanto tale funzione, per quanto ausiliare, risulta caratterizzata dalla piena autonomia dell'organo investito del suo esercizio, e, al contempo, appartiene al potere giurisdizionale. Sul ruolo della Corte dei conti nel complessivo sistema dei pubblici poteri, si v. A.M. SANDULLI, *La Corte dei conti nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 33 ss.; G. CARBONE, voce *Corte dei conti*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000, pp. 479 ss,; G. D'AURIA,

ISSN 2036-7821

l'esclusione delle risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale Complementare (PNC) dal cd. controllo concomitante; per altro verso, si è prorogata la disposizione del d.l. n. 76/2020 sul c.d. scudo erariale, che limita in via transitoria la responsabilità erariale[10] di amministratori, dipendenti pubblici e privati cui è affidata la gestione di pubbliche risorse ai soli danni cagionati da condotte commissive poste in essere con dolo, escludendo ogni responsabilità per colpa grave.

L'obiettivo dichiarato di tali interventi, come anticipato, è proprio quello di evitare ritardi o paralisi nell'attuazione dei diversi programmi previsti dal PNRR. Tuttavia, è necessario analizzare attentamente entrambe le disposizioni per valutare se effettivamente siano funzionali a tale scopo o se, al contrario, presentino caratteri tali da far dubitare tanto della loro legittimità, quanto della loro effettiva efficacia rispetto a tale fine.

Ci si occuperà, pertanto, sia dell'una che dell'altra novella normativa: anzitutto si analizzerà l'esclusione degli interventi riconducibili al PNRR dal "controllo concomitante", al fine di chiarire la portata dell'intervento normativo e di esprimere alcune considerazioni circa la reale capacità di tale misura nel garantire maggiore tempestività nell'attuazione del PNRR. Successivamente, si procederà ad analizzare la proroga del cd. "scudo erariale", per verificare anzitutto se possano riscontrarsi profili di dubbio circa la sua legittimità costituzionale ed eurounitaria, ed in secondo luogo se si possa davvero ritenere che essa risponde all'intento di contrastare la cd.

Corte dei conti, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1343 ss.; G. CORREALE, voce *Corte conti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, 1989, pp. 215 ss.; S. PIASCO, voce *Corte dei conti*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2000, pp. 136 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La nuova Corte dei conti e l'ordinamento comunitario del controllo sulla spesa pubblica*, Milano, Giuffrè, 1995; G. CARBONE, *Art. 100*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, pp. 64 ss.; F. STADERINI, *La Corte dei conti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Roma-Bari, Laterza, III, 2006, pp. 323 ss.; M. DE ROSA, B.G. MATTARELLA, *Art. 100*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario della Costituzione*, Torino, Utet, 2006, II, pp. 1938 ss.; U. ALLEGRETTI, *Controllo finanziario e Corte dei conti: dall'unificazione nazionale alle attuali prospettive*, in *Rivista AIC*, I, 2013, pp. 1 ss.

[10] Per un inquadramento della disciplina della responsabilità erariale prima dell'emergenza pandemica, si v. V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 367 ss.; G. MARTINI, *Il potere sanzionatorio della Corte dei Conti per fatti di cattiva amministrazione*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, (*Atti dell'incontro preliminare AIPDA, Bergamo 7 Giugno 2016*), Giappichelli, Torino, 2016, pp. 121 ss.; P. DELLA VENTURA, *La colpa grave e il dolo*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile, Editoriale scientifica*, Napoli, 2018, pp 188 ss.; F. GARRI, voce *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, 1991; A.R. TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 282 ss.; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, Padova, 1997; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Giuffrè, Milano, 2000; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, Giuffrè, 2003; G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa: profili sostanziali*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 1157 ss.; A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012.

ISSN 2036-7821

burocrazia difensiva, o se, al contrario, non possa ritenersi finanche controproducente a tal fine; da ultimo, si rassegneranno alcune considerazioni conclusive sul complessivo assetto normativo che sembrerebbe emergere per effetto delle introdotte novelle normative.

2. La irragionevole soppressione del controllo concomitante al fine di garantire la massima tempestività nell'attuazione del PNRR.

La Corte dei conti, alla stregua di quanto stabilito in Costituzione, svolge: *i*) il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo; *ii*) il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato; *iii*) il controllo sulla gestione finanziaria degli Enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Accanto alle suddette funzioni di rilievo costituzionale (art. 100 Cost.), alla Corte sono stati successivamente affidati da leggi ordinarie ulteriori compiti di controllo, i quali rinvengono il loro fondamento costituzionale non nell'art. 100, bensì negli artt. 97 (principio del buon andamento degli uffici pubblici), 81 (rispetto degli equilibri di bilancio) e 119 (coordinamento della finanza pubblica) della Costituzione.

Bisogna inoltre ricordare che con la l. n. 20/1994 è stata realizzata la completa riforma delle funzioni di controllo della Corte dei conti, riducendo il numero degli atti sottoposti al controllo preventivo di legittimità ed introducendo una nuova forma di controllo «sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria» (art 3, co. 4, della l. n. 20/1994), che deve essere sempre improntata ai parametri di efficacia, efficienza ed economicità[11].

Infine, va sottolineato che tutte le attività di controllo (esterno) sin qui individuate sono svolte dalla Corte in posizione di assoluta imparzialità rispetto agli interessi di volta in volta perseguiti dalle Autorità controllate.

All'interno di tale cornice complessiva, tra le funzioni rimesse alla Corte dei conti da leggi ordinarie l'indagine si concentrerà, segnatamente, sulla natura e la finalità del 'controllo sulla gestione' (art 3, co. 4, della l. n. 20/1994) ed in particolare su una delle sue possibili modalità di esercizio che è costituita appunto del 'controllo concomitante' sui piani, programmi e progetti relativi a interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale.

Il controllo concomitante è espressamente disciplinato dall'art. 11 della l. n. 15/2009 e costituisce null'altro che una variante del controllo successivo sulla gestione, il quale poteva essere esercitato anche *in itinere* secondo quanto originariamente previsto

[11] Sul percorso di riduzione dei controlli preventivi di legittimità a fronte dei controlli di gestione, si v. G. CARBONE, *Riforma del bilancio e riforma dei controlli*, in *Riv. Corte conti*, III, 1995, pp. 213 ss.; M. CARABBA, *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IV, 1994, pp. 955 ss.

ISSN 2036-7821

dall'art. 3, co. 4, della legge n. 20/1994[12]. Esso si caratterizza per la particolare finalità di individuare, «in contraddittorio con l'amministrazione, le cause di gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione» (affiancandosi a quello successivo sulla gestione sempre di cui all'art. 3, co. 4, della l. n. 20/1994), e comporta, in esito al suo esercizio, l'obbligo per le amministrazioni interessate di comunicare entro sei mesi le misure adottate a seguito delle osservazioni formulate.

L'art. 22 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120, è successivamente intervenuto su tale funzione di controllo e sulle modalità del suo esercizio concomitante[13], e ha disposto che la «Corte dei conti, anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, svolge il controllo concomitante di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale. L'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

Prescindendo dal singolare e quanto mai dubbio riferimento operato dal Legislatore alle norme sulla responsabilità dirigenziale[14] – che rimane di competenza della sola

[12] Sulla ricostruzione proposta, si v. G. RIVOSECCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2019, pp. 741 ss., secondo il quale «l'art. 11 della l. 4 marzo 2009, n. 15 […] ha introdotto un'ulteriore forma di controllo concomitante, sovrapponendosi all'art. 3, comma 4, della l. n. 20/1994» (p. 754).

[13] Su tale intervento legislativo, si v. A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in *Riv. Corte conti*, V, 2021, pp. 1 ss.; G. GIOIA, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione del PNRR. Del rapporto fra attività di controllo, Stato di diritto e accountability*, in *Italian Papers on Federalism*, II, 2022, pp. 129 ss.; G. RIVOSECCHI, *La Corte dei conti ai tempi del "Recovery plan": quale ruolo tra la responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi*, XX, 2021, pp. 4 ss.; A. PETA, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra regole e responsabilità*, Milano, Giuffré, 2021, pp. 553 ss.

[14] Sul punto si v. G. RIVOSECCHI, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, in *Federalismi*, XIV, 2023, pp. 4 ss., secondo il quale «Occorre poi osservare che la seconda proposizione del comma 1 dell'art. 22 del decreto-legge n. 76 del 2020 viene impropriamente a collegare l'accertamento delle irregolarità gestionali o dei ritardi nell'erogazione dei contributi alla responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21, comma 1, del decreto legislativo n. 165 del 2001 sul pubblico impiego. Da questo punto di vista, la norma in esame non chiarisce il ruolo affidato alla Corte dei conti nell'accertamento della responsabilità in parola che non è connessa a parametri normativi certi ed inequivoci - come quelli posti a fondamento dei controlli esterni sui bilanci - bensì a programmi e piani di valutazione degli obiettivi delle amministrazioni rispetto ai quali si attivano processi di valutazione dei risultati affidati anche ai controlli interni. Inoltre, la responsabilità dirigenziale, che può arrivare a determinare la revoca o l'esclusione del rinnovo dello stesso incarico, segue una specifica disciplina - peraltro distinta da quella relativa ai controlli sulla gestione finanziaria - e pone specifiche esigenze di tutela rimesse alla giurisdizione del giudice amministrativo e soprattutto di quello ordinario nella fase successiva alla privatizzazione del pubblico impiego, rispetto ai quali la norma sul controllo concomitante non chiarisce la

ISSN 2036-7821

Amministrazione interessata e non della Corte dei conti – il controllo concomitante obbligatorio di cui all'art. 22 del d.l. n. 76/2020 è stato dalla Corte contabile da subito correttamente ricondotto, in via sistematica, all'art. 100 Cost. e riferito ai controlli sull'esecuzione del bilancio.

Pare potersi affermare, dunque, che il controllo concomitante di cui si dibatte non è stato introdotto dal d.l. n. 76/2020, perché con tale atto il Legislatore si è limitato a renderlo obbligatorio per tutti i piani di rilancio dell'economia nazionale. Prima della novella normativa, il controllo concomitante già costituiva una delle possibili modalità con cui era esercitato il controllo sulla gestione, che era svolto dalla Corte sulla base della periodica programmazione delle sue attività.

L'intervento legislativo attuato con il d.l. n. 76/2020, pertanto, lo ha solo reso obbligatorio con riguardo ai piani progetti o programmi di rilancio dell'economia nazionale, tra cui rientra anche, ma non solo, il PNRR. Ed infatti, «il Collegio del controllo concomitante (istituito presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato con delibera del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti n. 272 del 10 novembre 2021) concorre all'espletamento dei controlli sull'attuazione del PNRR nel perimetro della programmazione generale di cui all'art. 5 del regolamento per l'organizzazione delle funzioni controllo della Corte dei conti»[15].

Quanto alla sua funzione, invece, va da subito chiarito che l'attività di controllo concomitante non è riferibile al controllo preventivo di legittimità sugli atti esercitato dalla Corte, compresi quelli di attuazione del PNRR, e pertanto non è volto a verificare la conformità dell'atto a norme di legge[16] e, in particolare, a quelle del bilancio, ma è finalizzato a far emergere con tempestività le problematiche che potrebbero compromettere la realizzazione del piano, progetto o programma e, tra queste, l'inosservanza dei tempi previsti. Nell'esercizio di tale funzione, quindi, non è attribuito alla Corte alcun potere di intervento diretto, essendole solo consentito di segnalare alle Amministrazioni coinvolte, ed all'Amministrazione centrale, la presenza delle gravi irregolarità che potrebbero compromettere o ritardare l'attuazione dell'intervento programmato.

---

funzione di accertamento della Corte dei conti. Ne consegue che il "nuovo" controllo concomitante sembra individuare quali destinatari più i singoli soggetti responsabili dell'impiego delle risorse che la gestione finanziaria complessiva delle amministrazioni pubbliche, pur non potendo costituire - è bene sottolinearlo - il presupposto per giudizi di responsabilità amministrativo-contabile perché attiva, appunto, soltanto il circuito della responsabilità dirigenziale». (p. 12-13)

[15] Art. 2, co. 5, del *Regolamento concernente il Collegio del controllo concomitante ai sensi dell'art. 22 del DL 16 luglio 2020 n. 76, convertito con modificazioni nella Legge 11 settembre 2020 n. 120*.

[16] Cfr. G. RIVOSECCHI, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, cit., il quale afferma che «i controlli di legittimità-regolarità dei conti si collocano al di fuori del paradigma dei controlli collaborativi, che sono invece rivolti a fornire indirizzi per stimolare processi autocorrettivi delle amministrazioni destinatarie» (p. 11). Sul punto, si veda anche J. SPORTOLETTI, *Il Collegio del controllo concomitante. Origine, aspetti sostanziali e procedurali*, in *Rivista della Corte dei Conti*, VI, 2022, pp. 34 ss.

ISSN 2036-7821

Da ciò si ricava che l'attività di controllo concomitante è volta esclusivamente a formulare indirizzi, suggerimenti e buone pratiche, operando – proprio perché collocata 'nel mentre' della gestione amministrativa[17] – al fine di indurre il sollecito arresto delle rilevate disfunzioni nell'impiego delle risorse pubbliche e di indurre all'adozione delle necessarie misure correttive[18]. L'accertamento e la rimozione delle prassi distorte e/o inefficienti, invece, restano rimessi alla sola Amministrazione interessata, che proprio dalle risultanze del controllo dovrebbe essere stimolata all'autocorrezione, così da ricondurre la sua azione nell'alveo della legalità e della efficiente gestione delle risorse economiche disponibili.

In sintesi, i controlli concomitanti si collocano nel solco delle disposizioni generali sul controllo della gestione finanziaria, già previsti dalla l. n. 20/1994, e la loro finalità è espressamente quella di facilitare lo svolgimento dei progetti, programmi o interventi di rilancio dell'economia, consentendo all'Amministrazione attuatrice di rimuovere per tempo i comportamenti e/o gli atti suscettibili di ritardarne o finanche di comprometterne la concreta realizzazione.

Tale essendo la funzione e la forma con cui il controllo in parola è esercitato, la scelta di abolirlo tramite la l. n. 74/2023 appare invero poco comprensibile, perché in nessun modo esso potrebbe costituire ostacolo alla celere realizzazione del PNRR, che dal suo esercizio dovrebbe invece essere finanche agevolato[19]. Né la sottoposizione al controllo concomitante degli interventi del PNRR rappresenta un ostacolo nei

[17] Cfr. G. GIOIA, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione del PNRR. Del rapporto fra attività di controllo, Stato di diritto e accountability*, *cit.*, il quale specifica che il controllo concomitante «ha quale ambito oggettivo un insieme di attività gestionali comune a quella del controllo successivo, differenziandosi da questa però […] proprio per la rilevanza del fattore temporale, nella misura in cui il controllo concomitante è un controllo che deve avvenire nell'immediatezza dello svolgimento dell'attività di gestione, potendo influire propulsivamente sulla condotta dell'Amministrazione a mezzo di segnalazioni e indicazioni, quasi nel tentativo di evitare l'extrema ratio rappresentata dalla decisione del Ministro competente di sospendere l'impiego delle somme interessate, laddove lo ritenga necessario a seguito della comunicazione del Presidente della Corte» (p. 136).

[18] Cfr. la *Deliberazione n. 1/2022 del Collegio del Controllo concomitante*, nella quale si specifica che il controllo concomitante consiste in «un controllo tempestivo ed un'azione propulsiva finalizzata al corretto impiego delle risorse disponibili, in parte provenienti dall'Unione e rimesse alla gestione pubblica, al fine di intercettare e, ove possibile, prevenire, attraverso un dialogo aperto con le stesse Amministrazioni, gravi irregolarità di gestione o gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione stabiliti da norme, nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo» (p. 3).

[19] Cfr. G. RIVOSECCHI, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, *cit.*, secondo il quale «L'analisi delle delibere adottate consente di ricondurre il controllo concomitante a un'attività prevalentemente di natura refertuale-collaborativa che, senza determinare effetti impeditivi o sanzionatori, è invece rivolta a responsabilizzare il decisore politico-amministrativo, agevolare processi di autocorrezione e attivare circuiti virtuosi nell'impiego delle risorse finanziarie per favorire la realizzazione degli investimenti e il conseguimento degli obiettivi previsti dal PNRR. In definitiva, l'esame delle delibere depositate dal Collegio del controllo concomitante sulla realizzazione dei progetti finanziati con fondi PNRR restituisce l'immagine di una Corte dei conti impegnata a monitorare ed accompagnare la realizzazione dei progetti funzionali al conseguimento degli obiettivi del Piano, nonché a segnalare in corso d'opera alle amministrazioni destinatarie eventuali disfunzioni nell'impiego delle risorse al fine di stimolare l'adozione delle necessarie misure correttive» (p. 14-15).

ISSN 2036-7821

confronti del Piano o dell'attuale Governo – come è stato da alcuni sostenuto[20] – perché siffatta modalità di controllo esiste da quasi un ventennio (art. 3, co. 4, della l. n. 20/1994) e il d.l. n. 76/2020 lo ha solo reso obbligatorio per tutti i programmi di rilancio economico, tra i quali ovviamente è compreso anche il PNRR.

Men che mai può condividersi l'assunto secondo cui il controllo in parola rappresenterebbe un doppione rispetto ai controlli operati dalla Commissione europea o dal Governo. Quanto alla Commissione europea, il primo portavoce della Presidente ha precisato che «Il Recovery necessita di un quadro di controlli che siano adatti e proporzionati in modo che i programmi di spesa si basino sull'efficienza» e, ancora, che i «sistemi di controllo nazionali rappresentano gli strumenti principali di protezione dell'interesse finanziario dell'Ue e spetta agli Stati membri osservare e verificare il rispetto del diritto dell'Unione e nazionale»[21].

E non sembra del tutto coerente quanto sostenuto nella nota trasmessa in risposta da Palazzo Chigi, secondo cui la «Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al Pnrr. Tale controllo risponde ai criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'articolo 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea'. La legge in questione (governo Draghi), quindi, affida alla Corte dei conti il controllo sui fondi Pnrr nella modalità del controllo successivo sulla gestione e non del controllo concomitante, con criteri di cooperazione e coordinamento con la Corte dei conti europea. Tale disciplina dei controlli della Corte dei conti sui fondi del Pnrr non solo resta in vigore, ma viene pienamente attuata»[22].

La 'legge in questione' – art. 7, co. 7 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (cd. legge Draghi) – dispone quanto segue: «La Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'articolo 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte dei conti riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto previsto dall'articolo 3, comma 6, della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

[20] Sulle diverse critiche formulate con riguardo al ruolo e alle funzioni della Corte dei conti, si rinvia a A. CARAPELLUCCI, *Il Governo interviene sulla Corte dei conti: perché preoccuparsi (e per cosa)*, in *Questione Giustizia*, 2023.

[21] Fonte *www.ansa.it*

[22] Nota di Palazzo Chigi del 2 Giugno 2023, reperibile sul sito *www.governo.it*

ISSN 2036-7821

Ma l'art. 3, co. 4, della legge 14 gennaio 1994 n. 20 già prevedeva – come si è sopra detto – a latere del controllo successivo sulla gestione la possibilità di esperire anche controlli concomitanti, i quali sono stati poi specificati nella loro disciplina dall'art. 11, co. 2, della l. 15/2009, e successivamente resi obbligatori dal d.l. n. 76/2020 con riguardo ai principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale. E di ciò, evidentemente, il Legislatore della 'legge in questione' non poteva non essere a conoscenza.

Ne consegue che la l. n. 74/2023, con l'escludere il controllo obbligatorio concomitante sui soli interventi del PNRR, ha indiscutibilmente modificato in senso riduttivo il previgente complessivo sistema dei controlli affidati alla Corte dei conti, quale autorità terza e imparziale ai sensi del dettato Costituzionale e della l. n. 20/1994. E non è chiara l'esigenza cui la soppressione del controllo dovrebbe rispondere, perché esso, introdotto specificatamente in relazione ai piani e ai programmi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale, risponde proprio alle esigenze di verifica sulla gestione del bilancio volute dal diritto dell'Unione europea per gli investimenti previsti dal PNRR, in riferimento ai quali è peraltro la stessa Unione ad esigere il costante monitoraggio della verifica dei risultati secondo il cronoprogramma concordato, rispetto al quale è subordinata l'effettiva erogazione delle 'rate' del fondo destinato all'Italia.

In tal senso, parrebbe più che lecito domandarsi se, escludendo da tale controllo i soli interventi del PNRR, lo Stato italiano non sia anche incorso nella violazione dell'art. 325, par. 2 del TFUE, che obbliga gli Stati membri a garantire agli interessi finanziari dell'Unione tutele analoghe a quelle che riserva ai propri[23]. Con l'entrata in vigore della nuova norma, infatti, saranno i soli interventi legati all'attuazione del PNRR a non essere più assoggettati al controllo concomitante, a differenza di tutti gli altri «principali piani, programmi e progetti (…) di rilancio dell'economia nazionale», per i quali i detti controlli restano invece pienamente confermati.

Ne deriva, alla luce della ricostruzione proposta, che non solo pare emergere una assoluta inidoneità della novella normativa ad evitare paralisi o rallentamenti

[23] Sull'argomento, si vedano le considerazioni espresse da G. GIOIA, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione del PNRR. Del rapporto fra attività di controllo, Stato di diritto e accountability*, *cit.*, secondo il quale «il Regolamento 2020/2092 cit. qualifica come violazione dei principi dello Stato di diritto, tra gli altri, quei fenomeni i quali abbiano un impatto, rispettivamente, sul "corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, compresi i prestiti e altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione" e sul "corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie". A prescindere dai possibili limiti di un tale strumento rispetto ad una generalizzata tutela dello Stato di diritto, la lettura del Regolamento rende tuttavia chiaro che la corretta gestione delle risorse dell'Unione e il corretto funzionamento dei controlli sulla predetta gestione altro non siano che condizionalità il cui rispetto permette di usufruire delle risorse stesse, nel caso di specie dei fondi di cui al PNRR. In quest'ottica, dunque, l'attività di controllo affidata dal nostro ordinamento alla Corte dei conti appare, dal punto di vista dell'Unione, un'espressione del principio dello Stato di diritto, il cui mancato o scorretto esercizio è motivo di sospensione o interruzione dell'erogazione dei fondi stessi» (p. 131).

ISSN 2036-7821

nell'attuazione del PNRR, non avendo sotto tale aspetto la Corte alcun potere d'intervento nell'ambito del controllo concomitante, ma che essa neanche appare immune da possibili censure di legittimità con riferimento al diritto dell'Unione Europea. Evidenti, del resto, sono sotto tale aspetto i profili di problematicità determinati dall'affievolimento, per i soli interventi riconducibili al PNRR, di un controllo 'indipendente' – a differenza di quello operato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dalla Ragioneria dello Stato – volto a garantire proprio il corretto utilizzo e la sana gestione delle risorse stanziate nel bilancio comunitario, nonché a prevenire prassi distorte e inefficienti, essendo davvero difficile immaginare una norma che penalizzi altrettanto gli interessi finanziari dell'Unione rispetto a quelli dello Stato italiano[24].

3. La proroga dello scudo erariale quale misura di contrasto al fenomeno della burocrazia difensiva: profili critici.

Analoghi profili di problematicità si rinvengono, invero, anche nell'altro intervento legislativo in materia di Corte dei conti contenuto nella legge di conversione del d.l. n. 44/2023, in forza della quale si è prorogata ulteriormente la vigenza della disposizione sul cd. scudo erariale di cui all'art. 21, co. 2, del d.l. n. 76/2020, secondo cui, «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto [ndr. 16 luglio 2020] e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente»[25].

[24] L'art. 4 del Reg. (UE) n. 2092/2020, infatti, qualifica come violazione dei principi dello Stato di diritto che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, tra gli altri, quei fenomeni i quali abbiano un impatto, rispettivamente, sul «corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, compresi i prestiti e altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione» e sul «corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie».

[25] Non si affronteranno, in questa sede, le disposizioni che hanno inciso sul cd. dolo erariale contenute nell'art. 21, co. 1, del d.l. n. 76/2000. Per un'analisi sui molteplici profili in tema di responsabilità erariale del decreto legge in esame, si rinvia a A. BENIGNI, *Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Rivista della Corte conti*, V, 2020, pp. 1 ss.; A. CIARAMELLA, *La sopravvivenza normativa della responsabilità erariale*, in *Diritto e conti*, 2020; M. ATELLI, F. CAPALBO, P. GRASSO, U. MONTELLA, D. PERROTTA, R. SCHÜLMERS VON PERNWERTH, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto legge semplificazioni fra contraddizioni ed incoerenze di sistema*, in *Rivista Corte conti*, VI, 2020, pp. 28 ss.; E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020*, in *Urbanistica e appalti*, I, 2021, pp. 63 ss.; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica*

ISSN 2036-7821

Il detto termine del 31 dicembre 2021 era infatti stato successivamente prorogato fino al 30 giugno 2023 dall'art. 51 del d.l. n. 77/2021, e, da ultimo, nuovamente prorogato sino al 30 giugno 2024 dalla l. n. 74/2023, che qui si commenta.

La prima constatazione che pare evidente è che tale ultima proroga, a differenza della precedente e del primo intervento legislativo, non è più connessa all'emergenza sanitaria – essendo cessato lo stato di emergenza Covid[26] – ma individua nel timore di incorrere in responsabilità amministrativa una pericolosa causa di rallentamento dei processi decisionali dei vertici amministrativi (cd. paura della firma), e dunque un fattore ostativo al buon andamento dell'azione amministrativa.

Pare allora lecito domandarsi, anzitutto, se sia costituzionalmente legittimo il continuo ricorso alla decretazione d'urgenza con riferimento ad una norma il cui termine, come si è detto, nonostante fosse stato originariamente fissato al 31 dicembre 2021, è stato dapprima prorogato al 30 giugno 2023, e da ultimo al 30 giugno 2024: non solo l'ampliarsi della durata dell'intervento derogatorio, ma soprattutto l'attuale impossibilità di ancorarlo allo stato di emergenza, sembrerebbero far propendere per una risposta negativa[27].

Proprio la mancanza del precedente riferimento allo stato di emergenza, inoltre, influisce negativamente anche su quelle perplessità che erano sorte in dottrina già in sede di prima approvazione dell'intervento legislativo 'derogatorio', quando ci si era chiesti se la disciplina transitoria, maggiormente penalizzante nei confronti di chi non agisce, atteso che la colpa grave può essere sempre fatta valere in caso di condotta omissiva[28], potesse ritenersi ragionevole e compatibile non solo con l'art. 28

---

all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, in *Ambientediritto*, II, 2021, pp. 1 ss.; S. PICCIONE, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, in *Giustamm*, I, 2021, pp. 1 ss.

[26] Occorre sottolineare, infatti, che con il d.l. n. 24/2022 è stata disposta ufficialmente al 31 marzo 2022 la chiusura dello stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020 per contrastare la diffusione dell'epidemia da Covid-19.

[27] Cfr. L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, *cit.*, p. 24. Sul fenomeno dell'abuso alla decretazione d'urgenza, si v. L.A. MAZZAROLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi*, Osservatorio Emergenza Covid-19; C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, Cedam, 1997.

[28] Non si può evitare di considerare, sotto tale aspetto, che anche la distinzione tra condotte commissive ed omissive non pare affatto agevole. In tal senso, si v. G. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *Federalismi*, X, 2021, pp. 182 ss., che sul tema così si esprime: «A tacer d'altro, poi, sarà non semplice dipanare gli interrogativi sulle qualificazioni delle condotte, come attive piuttosto che omissive: quesiti non sempre di agevole soluzione in linea teorica, ma spesso pressoché insolubili con nettezza nella complessità delle vicende e nell'intrecciarsi dei comportamenti concreti che si dispiegano, sovente, per lunghi lassi temporali e con attori diversi. Ora però queste definizioni saranno essenziali per demarcare l'elemento soggettivo rilevante, vuoi la colpa grave vuoi il dolo» (p. 213).

ISSN 2036-7821

della Costituzione[29], ma anche con i principi di uguaglianza, di legalità e di buon andamento[30].

Se tali questioni erano infatti state risolte nel senso della loro infondatezza[31], bisogna anche considerare che la principale argomentazione a sostegno di tale tesi era rinvenibile proprio nella sottoposizione della deroga ad un preciso limite temporale connesso all'emergenza sanitaria[32]. Tramite l'approvazione dell'ulteriore proroga di cui alla l. n. 74/2023, pertanto, si palesano vieppiù evidenti i profili di incompatibilità della nuova disciplina con quanto costantemente affermato dalla Corte Costituzionale, secondo la quale, nonostante debba ritenersi che rientri «nella discrezionalità del legislatore configurare unitariamente la responsabilità ovvero diversificarla […] in ordine a taluni ambiti o benefici», deve comunque ritenersi «acquisito il principio […] secondo cui la imputazione della responsabilità ha come limite minimo quella della colpa grave (prevista, in via generale, insieme all'imputazione per dolo)», e che pertanto «non è conforme ai principi dell'ordinamento, quale configurato nell'attuale sistema normativo, attenuare ulteriormente, in via generale, i casi di responsabilità per colpa grave»[33].

---

[29] Sull'art. 28 della Costituzione, si rimanda a F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1986, pp. 41 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1991, pp. 368 ss.

[30] Per un'approfondita analisi circa tali profili di legittimità costituzionale, si v. M. PECCHIOLI, *Quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla "paura della firma". individuare le cause per ripensare le soluzioni*, in *Persona e Amministrazione*, I, 2022, pp. 645 ss., ed in particolare pp. 672-676.

[31] Sul punto si rimanda alla giurisprudenza evidenziata da L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, *cit.*, il quale ricorda che la «Corte dei conti […] in diversi arresti ha chiarito che il secondo comma del citato art. 21 – nell'innalzare in maniera generalizzata la soglia di responsabilità per le fattispecie commissive, con l'unica eccezione alla eliminazione dell'elemento soggettivo della colpa grave per i danni cagionati con omissioni e inerzie e la testuale limitazione temporale – ha natura sostanziale, tale da escluderne l'applicazione ai fatti pregressi alla sua entrata in vigore, sicché, pur paventandosi dei rischi di contrasto di questo comma con diversi parametri costituzionali, ha respinto varie eccezioni di incostituzionalità in quanto evocate con riferimento a fatti verificatisi anteriormente alla novella, ovvero a giudizi nei quali oggetto di contestazione erano condotte essenzialmente omissive» (p. 20).

[32] Cfr. E. AMANTE, *La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, *cit.*; A. BENIGNI, *Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata*, *cit.*

[33] Così Corte Cost., sentenza del 8 ottobre 2001, n. 340, nella quale fu censurata una legge della Provincia autonoma di Bolzano, in quanto essa, introducendo una tipizzazione dei casi di colpa grave, avrebbe precluso, nelle singole ipotesi considerate, la configurazione della responsabilità amministrativa per effetto della esclusione della colpa grave, che in tal modo avrebbe assunto caratteristiche rigidamente più ristrette. Più in generale, con riferimento alla responsabilità erariale, si v. anche Corte Cost., sentenza del 11 novembre 1998, n. 371, secondo la quale, «nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto in esame, la disposizione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo».

ISSN 2036-7821

In ogni caso, come già da molti rilevato[34], la questione dei limiti entro i quali il pubblico funzionario può essere chiamato a rispondere del suo operato, implicando il coordinamento tra le diverse giurisdizioni potenzialmente interessate, dovrebbe essere affrontato mediante riforme 'di sistema', idonee a perseguire il coordinamento sistemico tra giurisdizioni, nella specie tra processo penale e processo per danno erariale, e non per il tramite di interventi peregrini affidati a una disposizione inserita in sede di conversione di un decreto legge.

Va inoltre sottolineato che anche l'intervento legislativo in parola potrebbe presentare, al pari di quello sull'abolizione dei controlli concomitanti, profili di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione europea, volto a garantire l'impiego efficiente delle risorse e la tutela sostanziale degli interessi finanziari dell'Unione.

L'art. 3 del Reg. (UE, Euratom) n. 2092/2020, infatti, individua espressamente, tra le violazioni dei principi dello Stato di diritto, «la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso» nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione. E l'art. 8 del Reg. (UE) n. 241/2021 dispone espressamente che il dispositivo per la ripresa e la resilienza sia «attuato dalla Commissione in regime di gestione diretta, in conformità delle pertinenti norme adottate a norma dell'articolo 322 TFUE, in particolare il regolamento finanziario e il regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio», con espresso richiamo ai principi del regolamento finanziario sulla responsabilità degli agenti e sul controllo e *audit* finanziario.

In definitiva, la disciplina europea sui controlli e sulla responsabilità finanziaria parrebbe eventualmente supporre normative nazionali di rafforzamento, e non di limitazione, della responsabilità erariale in relazione all'impiego dei fondi di provenienza europea.

Quanto al diverso profilo concernente la reale efficacia della misura nel perseguire l'obiettivo dichiarato dal Legislatore di contrastare la cd. burocrazia difensiva[35] quale

---

[34] Cfr. G. RIVOSECCHI, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, *cit.*; L. TORCHIA, *Decreto «Semplificazioni»: la responsabilità amministrativa (commento al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 conv. Con modif. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120)*, in *Giorn. dir. amm.*, VI, 2020, pp. 763 ss., ove l'Autrice sostiene che l'inserimento di norme sulla responsabilità erariale in un decreto-legge che introduce misure di semplificazione appare quantomeno 'stravagante', pur ritenendo che esso potesse all'epoca giustificarsi con l'esigenza alleggerire il peso delle responsabilità e così disincentivare l'inerzia in un periodo di assoluta emergenza, tale da richiedere la massima rapidità degli interventi.

[35] Per una ricognizione della dottrina che si è occupata del fenomeno della burocrazia difensiva, si rinvia a S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2019, pp. 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, III, 2018, pp. 625 ss.; A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI G. SABATO, *«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, IV, 2021, pp. 1295 ss.; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista italiana di Public Management*, II, 2021, pp. 342 ss.; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 77 ss.

ISSN 2036-7821

causa di rallentamenti e di inefficienze nell'attuazione del PNRR – e più in generale nell'esercizio dell'attività amministrativa –, anche con riguardo a ciò sembrerebbero potersi porre alcuni rilievi critici.

Come è stato da più voci sottolineato[36], infatti, i motivi dell'inefficienza dell'apparato amministrativo nazionale difficilmente possono essere ricondotti in via prioritaria al timore della responsabilità erariale, rinvenendo il loro maggiore fondamento in altre cause quali ad esempio la complessità e scarsa chiarezza delle disposizioni normative e delle relative procedure amministrative[37], la inadeguata formazione dei dirigenti e dei dipendenti pubblici, o il mancato 'attecchimento' all'interno dell'ordinamento del meccanismo della responsabilità dirigenziale quale modalità di attuazione del principio del buon andamento[38].

Risulta inoltre possibile sostenere che l'incentivo all'azione mediante la limitazione dello spettro della responsabilità erariale pare anche trascurare il fatto che la burocrazia difensiva non necessariamente si esprime in condotte omissive, potendo consistere anche in altri comportamenti, quali ad esempio una ossequiosa e pedante applicazione delle regole.

E del resto, anche quanti sembrerebbero ritenere che l'intervento normativo in esame possa comunque produrre un qualche effetto positivo in termini di maggiore speditezza dell'azione amministrativa[39], immediatamente rilevano come esso pare

---

[36] Cfr. L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni"), cit.* che sul punto così si esprime: «tale premessa, spesso presentata come una verità assoluta, risulta essere indimostrata in quanto non è stata oggetto di alcun serio approfondimento, né supportata da alcuna analisi o da alcun dato, sicché, senza disconoscere la problematica esistenza e il necessario contrasto della "paralisi del fare", quest'ultima è piuttosto ascrivibile in larga misura alla farraginosità delle regole, all'esondazione o ipertrofia normativa, alla tortuosità dei percorsi decisionali, alla riduzione dei controlli preventivi, all'inadeguata preparazione professionale, all'insufficienza degli organici. In tale prospettiva, quindi, la limitazione della responsabilità erariale per contrastare il fenomeno della "paralisi del fare" è apparsa non la migliore soluzione, ma quella più facilmente praticabile» (pp. 38-39). Nel medesimo senso, si v. A. POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia* , in *Riv. Corte conti*, IV, 2020, pp. 1 ss.; M. PECCHIOLI, *Quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla "paura della firma". individuare le cause per ripensare le soluzioni*, *cit.*

[37] Su tale questione, si v. M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, III, 2015, pp. 985 ss.

[38] Sul punto, si vedano le osservazioni di S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, *cit.*, secondo i quali «il fenomeno dell'amministrazione difensiva è anche il frutto di un difetto di responsabilità e sanzioni ricollegabile all'inefficiente e inefficace esercizio della funzione amministrativa. Vi è in altre parole un "differenziale" di sviluppo, potremmo dire, fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi. Il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza non destano alcuna preoccupazione: l'amministrazione difensiva è favorita tanto dal primo timore, quanto dall'assenza del secondo timore» (p. 317).

[39] Cfr. A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI, G. SABATO, *«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, *cit.*, secondo i quali la «scelta del legislatore di incidere sulla responsabilità, facendo leva sulla modifica dell'elemento soggettivo, appare in sintesi dettata, da un lato, dalla sostanziale impossibilità di riscrivere le singole fattispecie astratte di condotta illecita, poste in essere dal soggetto agente, la cui violazione può in astratto condurre all'accertamento di

ISSN 2036-7821

colpire il sintomo, più che rimuovere le cause della malattia, evidenziando inoltre come da ciò risulterebbe relegato sullo sfondo «quello che sarebbe l'obiettivo di un sistema sanzionatorio posto a beneficio e a tutela dell'erario pubblico, ovverosia […] di acclarare responsabilità in capo a coloro che con la propria condotta hanno procurato un nocumento patrimoniale alle casse pubbliche, affinché siano chiamati a risarcire l'ente danneggiato dalla loro condotta»[40].

4. *Brevi considerazioni conclusive.*

All'esito dell'analisi svolta, ciò che pare emergere è che tanto la soppressione dei controlli concomitanti per i soli piani e programmi afferenti alle risorse del PNRR, quanto la proroga del cd. scudo erariale, non solo presentino profili di dubbia legittimità costituzionale ed eurounitaria, ma forse neanche rispondano pienamente all'obiettivo dichiarato di agevolare una piena e tempestiva attuazione del PNRR.

Sembrerebbe più che condivisibile, pertanto, la posizione espressa dall'Associazione dei magistrati della Corte dei conti nella nota del 5 giugno 2023, ove si affermava «la netta contrarietà alle due norme che sottraggono al controllo concomitante della Corte dei conti i progetti del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prorogano l'esclusione della responsabilità amministrativa per condotte commissive gravemente colpose, tenute da soggetti sia pubblici che privati, riducendo di fatto la tutela della finanza pubblica. […] La conferma dello scudo erariale, in assenza del contesto di emergenza pandemica nel quale è nato, impedisce di perseguire i responsabili e di recuperare le risorse distratte, facendo sì che il danno resti a carico della collettività. Al contempo, l'abolizione di controlli in itinere, su attività specificamente volte al rilancio dell'economia, significa indebolire i presidi di legalità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa»[41].

---

responsabilità erariale, e dall'altro, dalla intrinseca semplicità dell'intervento normativo in sé, con cui si veicola facilmente il concetto che diventa scusabile, per il soggetto agente, anche l'errore più grave, purché non commesso con l'intenzione specifica e puntuale di arrecare un danno all'erario. La novella, così facendo, incentiva indubbiamente l'esercizio del potere amministrativo da parte degli amministratori e dei funzionari pubblici, i quali possono […] porre in essere atti apertamente contrari alla normativa applicabile, andando esenti da responsabilità erariale (ma, è bene ricordarlo, non civile o penale o, ancora, disciplinare)» (p. 1311).

[40] Così A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. PIRRI VALENTINI G. SABATO, *«Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi*, *cit.*, che successivamente così proseguono: «Quest'obiettivo viene posto oggi in secondo piano rispetto a una presunta primazia di esigenze di speditezza e maggior concretezza dell'azione amministrativa. Occorre infatti avere chiaro che il legislatore, con l'art. 21, d.l. n. 76/2020, ha inteso trattenere in capo all'amministrazione i rischi di malpractice amministrativa derivanti da un errato esercizio del potere (non potendo questi più essere ribaltati in capo alla persona fisica che ha agito per conto dell'amministrazione)» (p. 1311). Esprimono considerazioni analoghe anche L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2020, pp. 1 ss.; M. PECCHIOLI, *Quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla "paura della firma". individuare le cause per ripensare le soluzioni*, *cit.*

[41] Fonte *www.agenzianova.com*

ISSN 2036-7821

Leggendo le due norme in combinato disposto, infatti, l'immagine che ne risulta è quella di una modifica legislativa che, in un sol colpo, va ad incidere in senso riduttivo tanto «sull'attività conoscitiva implicita nel (e presupposta dal) concetto» stesso di controllo concomitante, la quale «possiede potenzialmente la capacità di mettere l'amministratore pubblico nella condizione di essere valutato, alla scadenza del proprio mandato, sulla base di informazioni affidabili elaborate da un organo imparziale e indipendente»[42]; quanto sulla possibilità, per amministratori, dirigenti e dipendenti pubblici, nonché per i soggetti privati cui è affidata la gestione di risorse pubbliche, di essere ritenuti responsabili per i danni causati all'erario; quanto ancora sulla primaria esigenza di legalità dell'azione amministrativa, dal momento che non vi può essere dubbio che un'amministrazione meno assistita e poco responsabilizzata più facilmente può scivolare in comportamenti non conformi alle norme che disciplinano l'esercizio del potere, con inevitabile sbilanciamento della dialettica autorità/libertà[43] in favore del soggetto pubblico.

Ancora più preoccupante, infine, appare quanto appena considerato se lo si inserisce nel più ampio intento di riforma annunciato dall'esecutivo, il quale prevede, tra l'altro, anche la completa abrogazione del reato di abuso d'ufficio (articolo 323 c.p.), già ampiamente depotenziato dall'art. 23 del d.l. n. 76/2020. Non può essere considerato casuale, infatti, che già con riguardo a tale intervento normativo, almeno però motivato dalla eccezionalità dell'emergenza Covid, autorevole dottrina[44] aveva imputato al Legislatore di aver eretto una «cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa» e di aver assunto nell'«empireo dei salvati» coloro che, detenendo il potere discrezionale, sono anche in grado di abusarne, per di più, in parallelo al depotenziamento della responsabilità erariale, ed oggi, anche alla soppressione dei controlli concomitanti[45].

In definitiva, pare potersi concludere nel senso che, in sede di conversione del d.l. n. 44/2023, il Legislatore non si sia effettivamente mosso nella direzione dell'auspicata

---

[42] Così G. GIOIA, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione del PNRR. Del rapporto fra attività di controllo, Stato di diritto e accountability*, *cit*. (p. 141).

[43] Sul binomio autorità/libertà quale fondamento concettuale del diritto amministrativo in un sistema democratico, si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 25 ss.

[44] Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, VII-VIII, 2020, pp. 1 ss.

[45] Particolarmente significative, con riferimento ai controlli concomitanti sul PNRR, sono le considerazioni espresse da G. GIOIA, *Il controllo della Corte dei Conti sulla gestione del PNRR. Del rapporto fra attività di controllo, Stato di diritto e accountability*, *cit*., secondo il quale, «se è vero che lo stesso costituzionalismo democratico poggia le proprie fondamenta su esigenze di limitazione del pubblico potere, è altrettanto vero che alcuna sorta di limitazione appare possibile allorquando non si provveda all'istituzione di meccanismi idonei a verificare le modalità concrete dell'esercizio di tale potere. Suddetti meccanismi, i quali debbono essere correttamente qualificati come meccanismi di controllo, rappresentano il referente principale del tipo di controllo che è oggi affidato alla Corte dei conti quale garante della corretta gestione dei fondi del PNRR» (p. 137).

ISSN 2036-7821

semplificazione in vista della celere realizzazione degli interventi del PNRR, ma al contrario abbia facilitato la incauta gestione del denaro pubblico e conferito impunità alle condotte pregiudizievoli per il buon andamento della pubblica amministrazione, esponendo le casse dello Stato a possibili perdite in un periodo in cui, oltretutto, proprio l'erogazione dei fondi del dispositivo Recovery Fund U.E. impone la massima attenzione nel contrasto alla dispersione delle risorse finanziare.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

The participation of university students in local governments' decision-making processes

di Emanuele Fratto Rosi Grippaudo

(Dottore di ricerca e Doctor Europaeus in Diritto pubblico, Cultore della materia in Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli)

Sommario

1. Introduction – 2. Public participation in local governments – 3. Participation of university students through "student offices" – 4. Case study: The contribution of "student offices" to the integration among students and local communities – 5. Conclusions.

Abstract

In accordance with the revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life, some municipalities have chosen to establish offices aimed at protecting the interests, needs and living conditions of university students within the city community. From a structural point of view, these offices have a collegiate form. They are mostly composed of university students, which are elected by vote by the students enrolled in the universities in the territory of the municipality. From a functional point of view, all these offices carry out an advisory activity to local authorities, while some of them have the power to propose resolutions in local city councils. This article aims at describing some of these "student offices" – the Consulta degli studenti universitari of Pisa, of Trento and of Bari; the Conseil de la vie étudiante of Grand Nancy and of Metz; the Aix conseil étudiants of Aix-en-Provence – identifying, in a comparative perspective, the structural and functional elements they have in common. Moreover, this article will highlight the effects that some of these offices have brought in terms of integration between university students and local communities. Finally, this article will argue for the need of the establishment of similar offices in the "student cities" and for the extension of the power of such offices.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

In a recent article on youth participation in public decision-making at regional and local level, Kuligowski stated that «Insufficient participation of young people is a major problem occurring in the field of administrative law»[1]. This statement is totally acceptable, for at least two reasons. First, because it connects to the widespread lack of appropriate structures or mechanisms for the participation of young people in the decisions and debates in the field of youth policy. Second, because it can be used to suggest the need for an increase of the institutionalization of activities of young people in local and regional life, in compliance with the provisions contained in the revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life. The "student offices" analysed in this article are one of the outcomes of this institutionalization, being both administrative offices, specifically municipal offices, and representative bodies of the university students within the public administration.

This article is the result of theoretical and empirical research, and it is structured as follows. Section two examines the concept of public participation (or citizens' participation or public engagement) in local governments, dedicating few words to the revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life. Section three explores the structural and functional characteristics of some of the most popular "student offices" in Italy and in France: The *Consulta degli studenti universitari* of Pisa; the *Consulta degli studenti universitari* of Trento; the *Consulta degli studenti universitari* of Bari; the *Conseil de la vie étudiante* of Grand Nancy; the *Conseil de la vie étudiante* of Metz; the *Aix conseil étudiants* of Aix-en-Provence. Section four analyses the *performances* of the "student offices", delving into their contribution to students' integration with local communities. Section five draws some conclusions. This article classifies the "student offices" as one of the participating institutions provided for in the revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life. Furthermore, it argues that in some of the local governments that have set them up, "student offices" have contributed to the improvement of youth policies, with specific reference to integration between university students and local communities. Therefore, it argues that similar offices should be established in the "student cities". Last, it asserts these offices should always have the power to make proposals to those local authority offices which are competent in making decisions on matters affecting students' lives. It also states that, in these cases, their advice must be compulsory and not optional.

*This article is based on a report presented by the author at the 2022 conference of the International Institute of Administrative Sciences, held in Rome (Italy), from 27 to 30 June 2022.

[1] R. KULIGOWSKI, *Youth participation in public decision-making at regional and local level*, in *The Copernicus Journal of Political Studies*, 2016, no. 1, pp. 5-16.

ISSN 2036-7821

2. Public participation in local governments.

Langton lists four types of citizen participation, all of them with a different purpose[2]. The first type is electoral participation, which provides a stable system of representative leadership and can be exercised through the right to vote and stand for election. The second type of participation is citizens' action, which provides changes in the society stimulating government reactivity and can be exercised through grassroot efforts of citizen groups. The third type is citizens' involvement, which provides an increased understanding of issues at the government level, through advice in matters of administrative policy and practice. The fourth type is citizens' obligatory participation, which ensures mobilization in times of special need, such as war, and consists in activities in which people must take part mandatorily. This article focusses on the third type of participation, delving into the involvement of citizens in making service delivery and management decisions[3].

Citizens' participation is possible only if citizens and public officials acknowledge participation as necessary and if the legal system provides participatory mechanisms[4].These mechanisms may allow two levels of participation[5]. At a first level, there is "pseudo participation", which consists in informing citizens about decisions, placate their complaints, and influence their opinion. At a deeper stage is "genuine participation", which occurs only when the citizenship is actively involved in administrative decision-making. "Genuine participation" can be hindered by material, structural or institutional obstacles[6]. Since not all citizens have the time and the skills for a meaningful participation, it happens that those who regularly participate do so in their own self-interest and not in the interest of the community. On the other side, not all public administrations are willing to share their power and even if they were, they may lack the time or the financial resources necessary for meaningful public participation. The success of citizen participation depends on the proper development of citizen participation strategies[7]. To be fully effective, decision-makers need to establish an appropriate link between the chosen strategy and the purpose of the involvement and the nature of the issue under consideration.

---

[2] S. LANGTON, *The value of citizen participation*, in W. T. CALLAHAN Jr., R. A. BANASZAK, *Citizenship for the 21st Century*, Bloomington, IN: ERIC, 1988, pp. 297-310.

[3] S. LANGTON, *What is citizen participation?*, in S. LANGTON (Ed.), *Citizen participation in America*, Lexington, MA: Lexington Books, 1978, pp. 13-24.

[4] C. S. KING, K. M. FELTEY, B. O. SUSEL, *The question of participation toward authentic public participation in public administration*, in *Public Administration Review*, 1998, vol. 58, no. 4, pp. 317-326.

[5] H. SANOFF, *Community participation methods in design and planning*, New York: Wiley, 2000, *passim*.

[6] K. YANG, K. CALLAHAN, *Citizen involvement efforts and bureaucratic responsiveness: Participatory values, stakeholder pressures, and administrative practicality*, in *Public administration review*, 2007, vol. 67, no. 2, pp. 249-264.

[7] L. C. WALTERS, J. AYDELOTTE, J. MILLER, *Putting more public in policy analysis*, in *Public Administration Review*, 2000, vol. 60, no. 4, pp. 349-359.

ISSN 2036-7821

It is now time to focus on citizens' participation in local governments. Nabatchi and Blomgren Amsler define the concept of "direct public engagement in local government" as an «in-person and online processes that allow members of the public (i.e., those not holding office or administrative positions in government) in a county, city, town, village, or municipal authority to personally and actively exercise voice such that their ideas, concerns, needs, interests, and values are incorporated into governmental decision making»[8]. These authors also specify that «The word *direct* refers to situations where individuals are personally and actively engaged in a process, as opposed to situations where individuals are "indirectly" engaged through representatives, agents, or other intermediaries».

Local governments may engage the public in different activities concerning a variety of issues. These activities include policy making, decision-making, goal setting, capacity determination, and implementation evaluation. The public can be involved in the evaluation, the development, the organization, and the delivery of public services, such as education, healthcare[9], transports, or public safety[10]. It also can be involved in the conception and/or allocation of public finances, through a process known as participatory budgeting[11], or in spatial e-planning, via some participatory approaches involving the use of geographic information and falling within the concept of geo-participation[12].

The reasons that trigger local governments in the establishment of participatory mechanisms may vary from political pressure from clearly defined categories of people, such as clinical patients or young people, to internal demands from decision-makers. Concerning the first reason, it is apparent that the elections rarely reveal the preferences of the voters on specific issues, which are infrequently contained in party programs. Therefore, the decision-making power on these issues is normally delegated in full to the elected representatives, determining a gap in the mechanism of representative democracy. This gap can be filled by public participation. About the second reason to establish participation mechanisms, decision makers are well aware that participation helps build consensus on complicated issues, such as fiscal commitment. For such reasons, these mechanisms are often set up as an antidote to

[8] T. NABATCHI, L. BLOMGREN AMSLER, *Direct Public Engagement in Local Government*, in *American Review of Public Administration*, 2014, vol. 44, no. 4, pp. 63-88.

[9] J. Q. TRITTER, *Revolution or evolution: the challenges of conceptualizing patient and public involvement in a consumerist world*, in *Health Expectations*, 2009, vol. 12, no. 3, pp. 275-287.

[10] G. A. ARYANI, T.D. GARRETT, C. L. ALSABROOK, *The citizen police academy: Success through community partnership*, in *FBI Law Enforcement Bulletin*, 2000, vol. 69, no. 5, pp. 16-21.

[11] Y. SINTOMER, C. HERZBERG, A. RÖCKE, *Participatory Budgeting in Europe: Potentials and Challenges*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2008, vol. 32, no. 1, pp. 164-178.

[12] S. ZHANG, *Public participation in the Geoweb era: Defining a typology for geoparticipation in local governments*, in *Cities*, 2019, vol. 85, pp. 38-50.

ISSN 2036-7821

the decline of trust in local governments and to the cynicism among the electorate that may come with it[13].

Public participation in local government decision-making process has positive implications. Citizens who are involved in participatory mechanisms are generally more competent, more cautious, feeling more responsible personally for public decisions, and more inclined to accept rules that are not acceptable to all[14]. Public administrations that allow participatory mechanism benefit from a more effective bureaucratic production, a more balanced and transparent policy making process, and, last but not least, a higher level of consensus[15].

The revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life was adopted in May 2003 by the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe and provides guidelines for local and regional governments on how to pursue youth policies, and to provide the tools for the involvement of the young people themselves. This Charter is made up of three parts, concerning, respectively, sectoral policies, instruments for youth participation and institutional participation by young people in local and regional affairs. The latter part contains Articles 57 and 58. Article 57 encourages local and regional authorities to put in place the appropriate structures or arrangements enabling the participation of young people in the decisions and debates affecting them. Article 58 regulates the characteristics of these structures, establishing that they must be elective and permanent, and allows the creation of additional *ad hoc* structures in relation to specific issues. On the basis of these two articles, "student offices" have been set up, resulting in *ad hoc* structures by which young people with university student *status* participate in the development of policies affecting their life in the local community.

3. Participation of university students through "student offices".

Participation of university students in local governments can be defined as a set of actions by which university students, as stakeholders with specific needs, participate in the decision-making process initiated by the public administration, thus becoming part of a public activity. Although it can be argued that the interests manifested by university students do not belong exclusively to them, such as right to housing or to safety, most of their objectives, in terms of policy and politics, reflect their condition and aspirations. In the last decades some Italian and French municipalities have chosen to introduce offices aimed at protecting the interests, needs and living

[13] X. WANG, M. WAN WART, *When Public Participation in Administration Leads to Trust: An Empirical Assessment of Managers' Perceptions*, in *Public Administration Review*, 2007, vol. 67, no. 2, pp. 265-278.

[14] A. MICHELS, L. DE GRAAF, *Examining Citizen Participation: Local Participatory Policy Making and Democracy*, in *Local Government Studies*, 2010, vol. 36, no. 4, pp. 477-491.

[15] X. WANG, *Assessing Public Participation in U.S. Cities*, in *Public Performance & Management Review*, 2001, vol. 24, no. 4, pp. 322-336.

ISSN 2036-7821

conditions of university students within the city community. These offices have different names: *Consulta degli studenti universitari* (acr. CSU), in Bari, Pisa and Trento; *Conseil de la vie étudiante* (acr. CVE), in Grand Nancy and Metz; *Aix conseil étudiants* in Aix-en-Provence. These offices can be grouped together as "student offices" and provide indirect participation by students in the decision-making procedures of the local authority in matters affecting student life.

The possibility for local administrations to establish a "student office" is granted by national law. In Italy, according to art. 8 of legislative decree no. 267/2000, the municipalities foster the organization of popular participation in local governments through structures of participation. The same article states that the statutes of the municipalities shall regulate the relationships between the municipalities and these structures. In France, according to art. L2143-2 of Act no. 96-142/1996, the city council may set up advisory committees on any problem of municipal interest concerning all or part of the municipality's territory. This article specifies that these committees include individuals who may not belong to the council, including representatives of local associations and that each committee is chaired by a member of the city council, designated by the mayor. Also, this article provides that these committees may be consulted by the mayor on any matter or project of interest to the public services and local facilities and falling within the field of activity of the associations' members of the committee. Finally, it clarifies that these committees may also forward to the mayor proposals concerning any problem of municipal interest in matters that fall within their competence.

In compliance with national law, Italian local governments indicate in their statutes the presence of a "student office", subsequently established by a resolution of the city council, which also approves the internal regulation of the office[16]. French local governments directly establish "student offices" and approve their internal regulation through a resolution of the city council[17].

All "student offices" have some features in common. They are all permanent municipal offices. Except for Bari's "student office", which is based in the municipal youth policy department, they are based in the town hall. They are composed by

[16] With reference to Pisa, the establishment of a "student office", called *Consulta degli student universitari*, is provided for in art. 51, par. 4, of the city statute and this "student office" has been established through the resolution of the city council no. 76/1999. With reference to Trento, the establishment of a "student office", called *Consulta degli student universitari*, is provided for in art. 15 of the city statute and this "student office" has been established through the resolutions of the city council no. 93/2014 and 4/2020. With reference to Bari, the establishment of a "student office", called *Consulta degli student universitari*, is provided for in art. 40 of the city statute and this "student office" has been established through the resolution of the city council no. 15/2012.

[17] With reference to Grand Nancy, the establishment of a "student office", called *Conseil de la vie étudiante*, is provided for in the resolution of the city council of 24 April 2009. With reference to Metz, the establishment of a "student office", called *Conseil de la vie étudiante*, is provided for in the resolution of the city council of 23 February 2022. With reference to Aix-en-Provence, the establishment of a "student office", called *Aix conseil étudiants*, is provided for in the resolution of the city council of 2 July 2015.

ISSN 2036-7821

multiple employees and organized in a collegiate structure. Italian "student offices" employees are students' representatives appointed by the student representative bodies of universities and conservatories located in the city. Bari's "student office" also enlists representatives of Ph.D. students and of graduate school students. Trento's "student office" is also composed by a small number of institutional members. The great majority of French "student offices" employees are students' representatives appointed by student associations related to universities and vocational schools located in the city. These members are joined by representatives of the staff of universities and vocational schools and other institutional representatives. The number of representatives electable for each category is indicated in the statute of the single "student office".

The purpose pursued by all "student offices" is to enable students to optimize, through indirect participation, the city's decisions in areas that affect their life in the local community. All "student offices" carry out an advisory activity to local governments. Municipal bodies – such as the city council (in Trento and in Pisa), the municipal youth policy department (in Bari) or the Major (in the French cities) – ask the "student office" for an opinion if called upon to decide on topics that have an impact on students' life. For some local governments, such as Trento or Pisa, asking for this opinion is a procedural obligation; for others, such as Bari, Grand Nancy and Aix-en-Provence, is an option and not an obligation. As stated in article 9 of its statute, Aix-en-Provence "student office" has an advisory function even in matters unrelated to student life. Italian "student offices" perform also a propositional function with reference to the deliberations of the city council (in Trento and in Pisa) or of the municipal youth policy department (in Bari). The administrative measures adopted on the basis of a proposal or taking into account the advice of the student offices are numerous and affect, from various points of view, the lives of students. This article will only focus on how the work of some of these offices has helped integrate students and local communities.

4. Case study: The contribution of "student offices" to the integration among students and local communities.

In these last years, "student offices" of Grand Nancy and Trento have participated to the *iter* of approval of numerous local initiatives. Some of them have contributed to the integration between the student population and the local community.

Since 2009, The *Conseil de la vie étudiante* of Grand Nancy has never stopped working on issues about university students' life, such as mobility, health, cultural initiatives, digitalisation, healthy environment etc. A report of its activity from 2013 to 2020 was submitted to the French Ministry of the Interior on 21 January 2021. The report describes how the student office addressed the issue of integration between

ISSN 2036-7821

university students and the local community from several points of view. Among those, there were initiatives aimed at cultural integration. For example, during the 2018-2019 session, Grand Nancy's CVE worked with the tourism office on a local initiative aimed at making new students discover the artistic and cultural heritage of the metropolis of Grand Nancy. There were initiatives aimed at social integration: in the 2017-2018 session, the Grand Nancy's CVE worked on the creation of a web space dedicated to student information. There were initiatives aimed at job integration: in the 2017-2018 session, Grand Nancy's CVE worked on the job integration of students and their inclusion in the economic tissue of society. In light of this, the *Conseil de la vie étudiante* of Grand Nancy is an example of virtuous "student office" and has been taken as a reference point by the *Conseil de la vie étudiante* of Metz, which has been established recently[18].

The activities carried out by the *Consulta degli studenti universitari* of Trento is contained in the report that, every year, the President of this "student office" must submit to the major and to the city council of Trento. The report dated 31 January 2022 contains numerous initiatives, including initiatives to promote integration between students and the local community. During the first months of 2020, the CSU of Trento decided to focus its energies on the theme of the students' nightlife in Trento. It proposed a change to the "municipal regulation on the coexistence of residential functions and economic activities", which was subsequently approved. It proposed to give more importance to the users of the services offered by the nightlife of Trento, namely the students and the local community. In addition, it proposed to transform a square, which was regarded as dangerous (Piazza Dante), into a meeting point between students and the local community. Subsequently, Trento's CSU proposed to carry out the most attractive university lessons of the different degree courses in the streets and squares of Trento, so that citizens who are not enrolled in the university could also benefit. Finally, this "student office" has made some proposals within an act of planning youth policies, called "*Piano giovani di zona Trento*". Among these, the most relevant is called "*Trento si popola*" and consists in offering musical, creative and artistic performances in the streets and squares of the city, in the evening hours to students and the local community.

5. Conclusions.

"Student offices" are an excellent means of indirect institutionalized participation of the young people with the *status* of university students in the decision-making process of local governments. In accordance with Articles 57 and 58 of the revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life, such offices are part of the internal structure of the deciding public administration

[18] This "student office" has taken office on 7 June 2022.

ISSN 2036-7821

and hold competences directly attributed to them by law and municipal statutes. Any decision of the local government affecting the life of university students passes through the screening of student offices or is proposed by the same offices. In this way, the quality of these decisions is superior as well as the consensus amongst their beneficiaries. The contribution made by the student offices of the cities of Grand Nancy and Trento to the integration of the student population and the local community is proof of this. In light of this, the establishment of a "student office" in the "student cities" is not only desirable, but also recommended.

In addition, this article has shown that "student offices" have a consultative power and a propositional power in decisions made by the local government affecting the lives of students. However, the advice given by the "student offices" should not necessarily be required and some of these offices do not have the power to propose administrative decisions within the governing bodies of the local governments. Local authorities are therefore free to disregard the opinions of "student offices". In light of this, local authorities should be obliged to seek the advice of "student offices" when making a decision affecting the lives of students, as well as establishing a decision-making procedure in the presence of an initiative lodged by them with the governing bodies.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni su rischi e vantaggi della decisione amministrativa automatizzata nel nuovo Codice dei Contratti pubblici

di Gaia Colletti

(Dottoressa in Giurisprudenza)

Sommario

1. Il processo di digitalizzazione dei contratti pubblici. – 2. L'accelerazione impressa dal PNRR: il decreto digitalizzazione. – 3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: il principio del risultato.– 4. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. - 5. I rischi e i vantaggi dell'automazione: l'indispensabile intervento umano.

Abstract

This contribution traces the process of digitalisation of public contracts, analyzes its difficulties and focuses on the current regulatory framework. In particular, the central point of the work will be to examine the text of the new Code, paying attention to the principle of the result and the risks and advantages of applying automation to the procedures for awarding contracts, in the light of consolidated jurisprudential approaches.

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

ISSN 2036-7821

1. Il processo di digitalizzazione dei contratti pubblici.

Le restrizioni imposte per limitare la diffusione della pandemia e le misure introdotte con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza hanno determinato l'accelerazione del processo di digitalizzazione dei contratti pubblici sino ad ora rallentato dall'assenza di una sensibilità digitale diffusa, dalla mancanza di un quadro normativo chiaro, nonché dall'insufficienza di investimenti infrastrutturali e formativi.

Il primo ostacolo al percorso di digitalizzazione va identificato, con ampio sguardo, nel c.d. *digital divide*[1], ossia nel divario culturale esistente tra quella parte della popolazione nazionale che conosce e utilizza regolarmente gli strumenti informatici e quella parte, rappresentata dalle categorie socialmente più deboli, che non è in grado o non vuole fruire dei nuovi strumenti informatici messi a disposizione dall'amministrazione.

Le ragioni di tale discrasia sono identificabili in una serie di circostanze eterogenee, relative al livello di istruzione scolastica, alle condizioni economiche e sociali degli utenti o alla scarsa attitudine individuale all'uso delle stesse tecnologie[2].

In particolare, il possesso di competenze digitali anche da parte dei dipendenti pubblici rappresenta una condizione essenziale per consentire l'adattamento dei servizi della P.A. all'era digitale.

I lavoratori pubblici devono essere in grado di comprendere, accettare e adottare i nuovi strumenti digitali ed i cambiamenti procedurali che questi comportano, per poter arrivare a farsi promotori essi stessi dell'innovazione.

Sul punto, l'OCSE ha recentemente ribadito come la trasformazione digitale della pubblica amministrazione sia principalmente una sfida di carattere gestionale piuttosto che tecnologico, in quanto richiede un profondo cambiamento nel modo di lavorare delle amministrazioni realizzabile solo attraverso l'affermazione di un ampio ed eterogeneo ventaglio di competenze: competenze digitali di base, competenze specialistiche, competenze digitali complementari e, in ultimo, competenze digitali manageriali o di *e-leadership*[3].

Il secondo fattore di stasi all'evoluzione della P.A. in chiave digitale deve necessariamente rintracciarsi nell'opera riformatrice del legislatore.

Negli ultimi anni, infatti, la digitalizzazione dei contratti pubblici[4] è stata assunta,

---

[1] Per un'attenta analisi della problematica in questione, cfr. D. DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-Government*, cit., 209 ss., nonché, da ultimo, G. SGUEO, *Il divario. I servizi pubblici digitali tra aspettative e realtà*, Milano, 2022.

[2] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica,* Napoli, 2022, Editoriale Scientifica, 87.

[3] Sul punto si veda, *Syllabus, Competenze digitali per la PA*, progetto finanziato nell'ambito del PON "*Governance e capacità istituzionale*" 2014-2020, in *www.competenzedigitali.gov.it*

[4] In materia di contratti pubblici, si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022; M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffré, 2019; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003.

ISSN 2036-7821

formalmente, tra le priorità del legislatore, ma la realtà rivela un quadro normativo discontinuo e frammentato.

Le prime applicazioni di gare telematiche, nel nostro ordinamento, risalgono al d.P.R. n. 101 del 2002, con il quale è stato istituito il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (Mepa), gestito da Consip dal 2002, il cui utilizzo è stato sancito come obbligatorio per tutti gli acquisti di beni e servizi di valore compreso tra 5.000 e 40.000 euro.

Tuttavia, il successivo d.lgs. n. 163 del 2006, nonostante le direttive UE n. 17 e n. 18 del 2004 prevedessero strumenti telematici volti ad accelerare ed efficientare le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, si limitava a disciplinare l'asta elettronica ed il sistema di acquisizione.

L'*e-procurement*, in particolare, è stato uno dei tratti caratterizzanti delle successive direttive europee del 2014 che hanno assunto, tra gli obiettivi principali, l'aumento del ricorso a strumenti telematici da parte delle stazioni appaltanti.

Le misure sono state volte ad informatizzare le principali fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici, tra le quali la redazione e pubblicazione degli avvisi (*e-notification*), la presentazione delle offerte (*e-submission*), la dichiarazione e dimostrazione dei requisiti (attraverso il DGUE elettronico e il registro *online* dei certificati equivalenti, *e-certis*), la disponibilità dei documenti di gara (*e-access*) e la fatturazione (*e-invoicing*)[5].

Nonostante il legislatore abbia perseguito la realizzazione della digitalizzazione delle procedure, recependo molteplici disposizioni[6], in base ai dati forniti dall'ANAC, solo un terzo delle procedure sono state svolte in modalità digitale.

L'uso degli strumenti informatici, previsti dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), anche nello svolgimento delle procedure di gara, è però dato ormai acquisito[7]: dal 18 ottobre 2018, l'art. 40 del Codice dei Contratti, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

ha introdotto l'obbligo di effettuare le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure, svolte da centrali di committenza, utilizzando mezzi di comunicazione elettronici.

Tuttavia, il CAD, a causa dell'oggettiva difficoltà di regolare l'ambito della transizione digitale, è stato oggetto di ampie modifiche legislative.

---

[5] P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 274.

[6] Gli artt. 29 e 73, d.lgs. n. 50 del 2016 hanno prescritto l'obbligo di pubblicazione nelle sezioni "Amministrazione trasparente" dei portali delle amministrazioni, sulle piattaforme telematiche e sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di tutti gli atti delle stazioni appaltanti in formato elettronico ai sensi dell'art. 74 del predetto decreto; inoltre, l'art. 72 ha disciplinato la trasmissione telematica di avvisi e bandi ai fini della pubblicazione, con lo specifico obiettivo di standardizzare le informazioni utilizzando i *format* europei.

[7] E. GUARNACCIA, *Il processo di digitalizzazione delle gare d'appalto: dal DM n. 148/2021 al Codice dei Contratti Pubblici 2023*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, fasc. speciale n. 1 (2022), 135.

ISSN 2036-7821

In tal senso, è necessario richiamare due importanti interventi normativi[8].
Il primo riguarda l'introduzione di un'apposita Agenda digitale italiana, ossia quel documento programmatico che, in linea con indicazioni contenute nell'Agenda digitale europea, intende far leva sul potenziale delle tecnologie ICT (*information and communications technology*) per favorire innovazione, progresso e crescita economica, avendo come obiettivo principale lo sviluppo del mercato unico digitale.
Al fine di assicurare il raggiungimento dei predetti obiettivi, il legislatore, con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, ha istituito l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID), protagonista della diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione[9].
Il secondo intervento normativo è costituito dalle modifiche apportate al CAD ad opera del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, emanato in attuazione dell'art. 1 della legge delega 7 agosto 2015, n. 124. (c.d. legge Madia)[10].
Attraverso le modifiche introdotte da tale novella, si è cercato di raggiungere quel modello di *e-Government*, posto dalle precedenti strategie nazionali, con l'obiettivo di garantire ai cittadini e alle imprese, attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale e di garantire la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici[11].
La scarsa adozione del modello di interoperabilità, però, ha indotto il legislatore a far confluire tutti i dati della P.A. all'interno di un'unica piattaforma, denominata

[8] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 82.

[9] In particolare, ai sensi dell'art. 14-*bis* del CAD, rientrano tra i compiti spettanti all'AgID: *i*) emanazione di linee guida contenenti regole, standard e guide tecniche, nonché di indirizzo, vigilanza e controllo sull'attuazione e sul rispetto delle norme del CAD; *ii*) programmazione e coordinamento delle attività delle amministrazioni per l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, mediante la redazione e la successiva verifica dell'attuazione del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione contenente la fissazione degli obiettivi e l'individuazione dei principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche; *iii*) monitoraggio delle attività svolte dalle amministrazioni in relazione al Piano triennale per l'informatica; *iv*) promozione della cultura digitale e dell'utilizzo delle tecnologie digitali nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini.

[10] In relazione alle novità introdotte dalla novella legislativa, cfr. ***M. L. MADDALENA, La digitalizzazione*** *della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm*., 2016, 2555, la quale mette in luce i tre obiettivi della riforma: *i*) dare effettiva attuazione all'Agenda digitale italiana del 2012; *ii*) definire i diritti della c.d. cittadinanza digitale; *iii*) coordinare il previgente testo del Codice dell'amministrazione digitale con il Regolamento UE del 23 luglio 2014, n. 910 (c.d. regolamento Eidas, "*electronic Identification Authentication and Signature*"); B. CAROTTI, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice,* in *Giorn. dir. amm*, 2017, 7 ss., il quale nota come, al di là dei singoli aspetti contenutistici, le modifiche introdotte trasmettono un messaggio di fondo, in virtù del quale la ricerca per l'efficienza nell'amministrazione pubblica passa attraverso la rivisitazione complessiva dei mezzi dei quali essa si serve. Più in generale, per un'analisi delle principali novità introdotte dalla legge delega Madia, si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm*., 2015, 621 ss.

[11] Art. 1, comma 1, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come modificato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

ISSN 2036-7821

Piattaforma digitale nazionale dati (PDND), introdotta alla fine del 2017, all'interno dell'art. 50-*ter* del CAD[12].
Il progetto prevedeva che il Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda Digitale dell'epoca acquisisse i dati detenuti dalle amministrazioni, li organizzasse e conservasse per garantirne la condivisione tra le pubbliche amministrazioni, tenute a trasferire i propri dati nella PDND e ad aggiornali, cancellarli o inserirli, al fine di allineare le informazioni detenute nelle proprie banche dati con quelle conferite alla Piattaforma del Commissario straordinario.
Negli anni immediatamente successivi all'introduzione dell'art. 50-*ter*[13] nel CAD, non risulta che la PDND sia mai divenuta operativa, ciò a causa dei sistemi informativi delle nostre pubbliche amministrazioni, ancora caratterizzati dalla tradizionale logica "*a silos*", in base alla quale ciascun insieme di dati contenuto in *database* è organizzato secondo uno schema diverso[14].
La necessità ed imprescindibilità di sistemi interoperabili operativi è stata messa in luce proprio dall'emergenza pandemica appena superata[15].
Infine, tra le cause dell'incompleta attuazione del disegno riformatore della pubblica amministrazione, va annoverata l'erronea convinzione del nostro legislatore secondo la quale il passaggio dal preesistente "Stato analogico" ad un vero e proprio "Stato digitale" possa essere compiuto in assenza di periodici e adeguati finanziamenti[16].
Lo stesso Consiglio di Stato rileva che l'ampiezza delle problematiche connesse con la riforma dell'amministrazione digitale potrebbe comportare la necessità di

[12] Introdotto dall'art. 45, comma 2, d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, decreto di novella del CAD in attuazione della legge delega 7 agosto 2015, n. 124.

[13] Il comma 4 dell'art. 50-*ter* del CAD stabiliva che un D.P.C.M. avrebbe dovuto disciplinare le modalità di attuazione della PDND per favorire la condivisione dei dati fra le Pubbliche Amministrazioni, semplificare l'accesso ai dati da parte dei soggetti che hanno diritto di accedervi e di semplificare gli adempimenti e gli oneri amministrativi per i cittadini e le imprese. Tale D.P.C.M. avrebbe dovuto essere pubblicato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 (art. 65, comma 9, d.lgs. n. 217/2017).

[14] Alla voce *Logica a silos* del Glossario contenuto nell'Appendice B al Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019 si legge «in informatica, con il termine silos si intende una componente isolata di un sistema informativo che non condivide i dati, le informazioni e/o i processi con le altre componenti del sistema». In particolare, oggi in Italia sono presenti 158.656 dataset diversi, la cui titolarità spetta alle varie pubbliche amministrazioni sparse sul territorio, solo la Città Metropolitana di Roma Capitale ne detiene 83. Tale dato contribuisce a rendere l'Italia il diciottesimo Paese in Europa per livello di digitalizzazione complessiva, così come risulta dal rapporto DESI 2022 (dato reperito sul sito https://www.dati.gov.it/base-dati.). Inoltre, sul tema si veda I. MACRÌ, *Le strategie europee per la digitalizzazione e gli obiettivi italiani*, in *Azienditalia*, 2022, 4, 713 ss.

[15] In tal senso, il PNRR prevede che la trasformazione digitale della PA segua un approccio "*cloud first*", orientato alla migrazione dei dati e degli applicativi informatici delle singole amministrazioni verso un ambiente *cloud* (misura 1.1). Oggi, sono oltre 14mila, tra Comuni, Scuole e Asl, le amministrazioni locali italiane che hanno aderito agli Avvisi pubblici per la migrazione al cloud promossi dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Viene così **raggiunto un importante traguardo, nel rispetto delle tempistiche del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)** e in linea con la Strategia Cloud Italia, segnando una tappa fondamentale del percorso di transizione digitale del Paese.

[16] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 88.

ISSN 2036-7821

programmare delle spese aggiuntive, rendendo così non perseguibile l'obiettivo di procedere utilizzando risorse economiche e personale già a disposizione dei singoli organi dell'amministrazione[17].
Nell'ultimo anno, sembra registrarsi una significativa accelerazione nel processo di digitalizzazione del settore degli appalti pubblici, figlia delle riforme strutturali imposte dal Next Generation UE e degli ingenti investimenti economici previsti con il PNRR.

2. *L'accelerazione impressa dal PNRR: il decreto digitalizzazione.*
L'ambizioso obiettivo fissato nel PNRR è rendere operativo entro il 2023 un sistema nazionale di *e-procurement* con la completa digitalizzazione, sia delle procedure di acquisto, sia dell'esecuzione dei contratti, l'interoperabilità con i sistemi gestionali e informativi delle pubbliche amministrazioni e l'abilitazione digitale degli operatori economici.
Nel corso del suo processo di attuazione, le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici sono state definite con un apposito Regolamento del Dipartimento della funzione pubblica, ossia il decreto del 12 agosto 2021, n. 148.
L'adozione del Regolamento in questione era prevista dall'art. 44 del vecchio Codice dei Contratti, in base al quale sono state definite: le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici e le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto[18].
Tuttavia, contrariamente agli orientamenti giurisprudenziali sul punto[19], esso si è limitato ad una mera trasposizione in piattaforma telematica delle procedure di aggiudicazione tradizionali, così recependo le indicazioni contenute all'interno del Parere del Consiglio di Stato n. 1940 del 26 novembre 2020, nel quale è stata ribadita l'importanza della pubblicità delle sedute in specifici momenti della procedura di gara[20].

[17] Cons. Stato, spec., parere n. 785/2016.
[18] E. GUARNACCIA, *Il processo di digitalizzazione delle gare d'appalto*, cit., 136.
[19] Sul punto, Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627, il quale afferma che «la modalità telematica consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Ed è proprio in ragione di ciò che non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti».
[20] In particolare, nel regolamento è espressamente previsto che la piattaforma debba consentire «la gestione telematica delle sedute collegiali" verificando, ove necessario, "l'accesso dei suoi componenti al sistema telematico e il loro collegamento nel corso dell'intera seduta", nonché "l'accesso degli operatori economici a tali sedute» (artt. 17 e 18, decreto n. 148/2021).

ISSN 2036-7821

Particolarmente rilevanti sono le disposizioni del Regolamento in materia di valutazione delle offerte.
Sul punto, il legislatore ha previsto che per le procedure di affidamento aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, la commissione giudicatrice utilizza il sistema telematico per l'elencazione delle offerte economiche in ordine di ribasso d'asta.
Infatti, al fine di formare la graduatoria dei concorrenti, il sistema telematico procede, per ciascun operatore economico, al calcolo totale del punteggio relativo all'offerta tecnica e di quello relativo all'offerta economica.
Il Consiglio di Stato, però, ha rilevato delle criticità in materia, ritenendo che il decreto delegasse alla decisione automatizzata del sistema telematico quelle decisioni che invece avrebbero dovuto esser frutto dell'esercizio del potere discrezionale di valutazione delle offerte, chiarendo che «nelle procedure di affidamento aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione giudicatrice deve rimanere il solo organo deputato alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche ed all'assegnazione dei relativi punteggi, potendosi demandare al sistema telematico unicamente lo svolgimento dei compiti prettamente aritmetici»[21].
L'orientamento giurisprudenziale prospettato è espressione di un più rigido indirizzo rispetto ad altri casi in cui i giudici di Palazzo Spada hanno manifestato la possibilità di un'apertura alle ipotesi di automazione, i quali saranno esaminati nel prosieguo.
Il decreto digitalizzazione ha, inoltre, introdotto strumenti accessori rispetto allo svolgimento della gara vera e propria, e che riguardano le fasi dell'elaborazione e pubblicazione del bando, nonché la fase dell'accesso agli atti.
Tra questi, l'art. 8 del Regolamento prevede che gli operatori economici possano presentare, tramite il sistema telematico, istanze di accesso agli atti di gara e, di contro, l'amministrazione possa mettere a disposizione gli atti richiesti tramite la piattaforma, ove ne ricorrano i presupposti e i requisiti.
Inoltre, ai sensi degli artt. 14 e 15 si prevede che il sistema telematico, anche tramite la interconnessione con le apposite piattaforme del Ministero delle infrastrutture e dell'ANAC, consenta alla stazione appaltante di assolvere agli obblighi di pubblicazione dei bandi di gara e degli avvisi previsti dal Codice, garantendo la gestione automatizzata delle relative notifiche, e che l'operatore economico possa compilare e presentare l'offerta mediante interfaccia *web*, oppure mediante applicativi di acquisizione dei documenti strutturati secondo le regole tecniche AgID.
Con specifico riguardo alla fase di presentazione dell'offerta, è stabilito che la piattaforma effettui un controllo formale preliminare circa l'avvenuta compilazione di tutti i moduli e il caricamento della documentazione richiesta, comunicando le eventuali mancanze o difformità riscontrate.

[21] Cons. Stato, sez. I, 26 novembre 2020, n. 1940.

ISSN 2036-7821

Il tema, forse più importante, preso in esame dal Regolamento, è quello della tracciabilità delle operazioni compiute sulla piattaforma, anche ai fini della ripartizione della responsabilità in caso di dedotti malfunzionamenti del sistema informatico utilizzato.
Infatti, tra gli approdi giurisprudenziali recepiti dal regolamento, vi è proprio quello relativo alla ripartizione del rischio tecnologico insito nell'uso delle piattaforme telematiche di negoziazione.
In particolare, proprio con riguardo al fenomeno della redistribuzione del rischio tecnologico, la giurisprudenza ha operato la distinzione tra "rischio di rete" e "rischio di sistema": il primo è un malfunzionamento tecnologico dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di efficienza della rete; il secondo, invece, è un malfunzionamento della piattaforma, diverso dal mero rallentamento o da altri agenti terzi, e dunque imputabile al suo gestore, ossia alla stazione appaltante[22].
Tale ripartizione deriva dal fatto che all'operatore economico è richiesta una diligenza tale da poter preventivare e tenere conto di molteplici variabili, quali l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali ed il verificarsi di fisiologici rallentamenti «non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre di una valida piattaforma di negoziazione, operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni»[23].
Pertanto, l'operatore diligente deve essere edotto della possibilità che i sistemi elettronici possano generare rallentamenti nell'approssimarsi della scadenza del termine per l'*upload* della relativa domanda di partecipazione.
Diversa è la conseguenza nel caso in cui si verifichi un malfunzionamento del sistema.
Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che non è imputabile al privato l'ipotesi in cui la finalizzazione delle operazioni dipenda da un malfunzionamento impeditivo della piattaforma telematica, addebitabile esclusivamente alla stazione appaltante (o al gestore del sistema)[24]. Dunque, non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica, entro l'orario previsto, ma non è riuscito a finalizzare l'operazione a causa di un malfunzionamento imputabile al sistema.
Da tale distinzione, ne derivano conseguenze rilevanti in materia di onere della

[22] In dottrina, L. CIONI, "*E-procurement*": *cosa succede in caso di malfunzionamento del sistema informatico?* in *Urb. e appalti*, 2020, 6, 807-811; F. BOTTEON, *Gara telematica e incidenza del rischio da malfunzionamento del sistema: la rilevanza di clausole di esonero da responsabilità della stazione appaltante e le opportune cautele*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2020, 1, 106-115.
[23] Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2020 n. 7532.
[24] Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; 29 luglio 2020 n. 4811; sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922.

ISSN 2036-7821

prova.
Infatti, qualora sussista l'impossibilità di stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o si siano verificati malfunzionamenti del sistema, l'onere della prova ricade sull'ente che gestisce la gara, sul quale grava dunque la verifica di quanto accaduto mediante i file di *log*, ossia i *report* tecnici attraverso i quali è possibile ricostruire le interazioni tra utente e sistema informatico[25].
Il regolamento precisa che il sistema telematico integra apposite funzionalità di registrazione cronologica (*log* applicativi e di sistema) delle operazioni eseguite e che il sistema telematico prevede la creazione di registri che riportano, per ciascuna operazione eseguita, i parametri utili alla ricerca, quali «la tipologia dell'operazione, il soggetto che l'ha effettuata e la data e l'ora di creazione»[26]. D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa aveva già riconosciuto natura di atto pubblico al "*file* registro", munito della forza probatoria ai sensi dell'art. 2700 c.c.[27]
In definitiva, il nuovo regolamento colloca il registro di *log* come strumento chiave per individuare le responsabilità nei casi di malfunzionamento delle piattaforme, con l'evidente vantaggio di una riduzione del contenzioso giurisdizionale da malfunzionamento della piattaforma informatica, in quanto l'accesso ai *log* dovrebbe dare certezza sulle condotte e limitare le fattispecie ambigue.
Un ulteriore tassello del processo di digitalizzazione è rappresentato dall'adozione da parte dell'ANAC, con delibera 24 novembre 2021, n. 773, del bando tipo relativo allo schema di disciplinare di gara riguardante le procedure aperte telematiche per l'aggiudicazione di contratti sopra soglia nei settori ordinari, con il quale è stata disciplinata la procedura di scelta svolta esclusivamente con l'ausilio di sistemi informatici, recependo sia il decreto semplificazioni *bis*[28], sia il regolamento di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici.
Con l'adozione del nuovo bando tipo 1, i cui contenuti sono obbligatori per le amministrazioni aggiudicatrici, l'ANAC ha certificato il definitivo superamento delle gare analogiche, obbligando le amministrazioni a motivare le ragioni del mancato ricorso a strumenti telematici.
In particolare, tra le molteplici previsioni, il bando tipo distingue il rischio di malfunzionamento dei sistemi telematici (legato a possibili disservizi di rete dei sistemi informatici prescelti dalla stazione appaltante) dal rischio informatico-tecnologico (legato, invece, alla strumentazione tecnica e alle caratteristiche dei

[25] E. GUARNACCIA, *Il processo di digitalizzazione delle gare* d'appalto, cit., 140.
[26] Art. 6, comma 1, decreto n. 148/2021.
[27] T.R.G.A. Trento, 14 novembre 2019, n. 153.
[28] Con il decreto semplificazioni *bis*, d.l. n. 77 del 2021, il governo è intervenuto al fine di incrementare la pubblicità telematica, recepire alcuni orientamenti giurisprudenziali formatisi durante la pandemia e semplificare alcuni strumenti digitali già previsti dal Codice al fine di consentirne l'attuazione. In tal senso, si veda P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, cit., 277.

ISSN 2036-7821

software utilizzati dall'operatore economico per inviare l'offerta). In applicazione del principio di leale collaborazione, la delibera ribadisce interamente la distinzione operata dalla giurisprudenza di cui sopra, con specifico riguardo alla responsabilità in caso di malfunzionamento.
Inoltre, è ribadito il principio della gratuità della piattaforma impiegata, fermo restando l'obbligo per l'operatore economico di disporre di tutta la strumentazione tecnica ed informatica indicata nella documentazione di gara necessaria per partecipare alla procedura.

3. *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: il principio del risultato*.
Il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 36 del 31 marzo del 2023, con approccio decisamente innovativo, riorganizza sistematicamente la materia, estende la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dell'appalto, abbandona le linee guida ANAC e conferisce centralità a numerosi principi generali.
Una delle principali note distintive del nuovo Codice è data proprio dall'enunciazione di principi, tra i quali spicca il principio del risultato.
L'art. 1 conferisce a tale principio il ruolo di stella polare nella guida alla scoperta del nuovo impianto normativo prospettato dal Codice.
Il risultato, espressione dell'art. 97 Cost., costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto e, conseguentemente, i risvolti dal punto di vista sistematico sono chiarissimi: l'interesse pubblico perseguito dai soggetti appaltanti o concedenti con tale norma è quello dell'affidamento del contratto e dell'esecuzione della prestazione secondo una serie di regole applicative che massimizzano tempestività e rapporto qualità-prezzo, legalità, trasparenza e concorrenza[29].
Innanzitutto, come ben messo in evidenza, il campo di analisi va sgomberato da quelle letture del "risultato" che ne valorizzano esclusivamente il riferimento alla rapidità nell'esecuzione dei lavori o al conseguimento del bene e del servizio[30].
A tal fine, si è evidenziato che precludono o temperano le letture "efficientiste" della norma l'espresso richiamo alla qualità, al rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, nonché alla finalizzazione del principio del risultato all'interesse della comunità e al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione Europea[31].
Queste ultime costituiscono declinazioni del risultato che ostano alla sua configurazione nei limitati termini di accelerazione e rapidità dei tempi della

[29] L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, 1, 12.
[30] In tal senso, si veda M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Giustiziainsieme.it*.
[31] Sul tema dell'efficienza e della logica del risultato vedi l'ampia ricostruzione operata in R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, 266 ss.

ISSN 2036-7821

dinamica contrattuale[32].
In tale contesto, come chiarito dalla Relazione al nuovo Codice, la concorrenza e la trasparenza costituiscono il mezzo per il raggiungimento dell'obiettivo: la prima, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti; la seconda, invece, mira alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità.
Pertanto, entrambe sono funzionali al raggiungimento della metodologia BIM (*Building Information Modeling*), che sarà resa obbligatoria a decorrere dal 1 gennaio 2025.
Quest'ultima, adottata già prima dell'introduzione del nuovo Codice, garantisce un elevato livello di efficienza ed efficacia nella realizzazione e gestione delle opere e dei servizi connessi.
Gli obiettivi posti dalla norma, dunque, non possono che essere in linea con l'evoluzione digitale delle procedure di aggiudicazione dei contratti, attraverso l'utilizzo di sistemi informatici.
È stato evidenziato, infatti, che l'utilizzo delle tecnologie algoritmiche da parte delle pubbliche amministrazioni può concorrere ad incrementare sensibilmente il livello di efficienza degli apparati amministrativi[33], senza pregiudicare la qualità delle operazioni.
Infatti, l'uso di sistemi decisionali informatizzati, in un più ampio numero di casi, determinerebbe maggiore semplificazione e standardizzazione delle procedure amministrative[34].
Circostanza che, di certo, condurrebbe ad un ripensamento della figura del funzionario pubblico nel nuovo contesto digitale.
In ultimo, l'utilizzo di apparati elettronici consentirebbe di abbandonare quei condizionamenti presenti nel processo deliberativo umano e di adottare, dunque, decisioni tendenzialmente più neutrali e prevedibili, sebbene l'asserita neutralità del funzionamento dei sistemi di I.A., di cui si dirà nei paragrafi successivi, sia tuttora oggetto di un vivace dibattito[35].

---

[32] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica*, Bologna, BUP, 2022, 6.

[33] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 92.

[34] Sul rapporto tra semplificazione e interazione telematica tra cittadino e pubblica amministrazione, cfr. P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, n. 4/2011, 679 ss.; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002, 177 ss., secondo il quale il principio di semplificazione impone all'amministrazione procedente di avvalersi, durante lo svolgimento dell'attività istruttoria, di tutte le possibilità offerte dall'interconnessione fra le diverse autorità e dalla conseguente condivisione in rete della documentazione amministrativa.

[35] Tra i numerosi contributi della letteratura straniera in materia, si vedano, D. KEATS CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society. Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 89, 2014, 1 ss., i quali analizzano i rischi di discriminazione che possono annidarsi nell'utilizzo da parte di istituti di credito, di sistemi

ISSN 2036-7821

4. *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*.

Il d.lgs. n. 36/2023 dedica l'intera Parte II del Libro I alla digitalizzazione, non solo delle procedure di gara, ma dell'intero ciclo di vita dei contratti, il quale si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

L'art. 19 del nuovo codice degli appalti, rubricato "*Principi e diritti digitali*", ha dettato, a livello generale, i principi inerenti al tema della digitalizzazione dei contratti pubblici, declinabili nei principi di neutralità tecnologica, protezione dei dati personali e di sicurezza informatica, nonché quelli di tracciabilità e trasparenza, accessibilità ai dati e alle informazioni, conoscibilità dei processi decisionali automatizzati, accessibilità delle piattaforme di *e-procurement* e, ove possibile, utilizzo di procedure automatizzate nella valutazione delle offerte.

La regolamentazione positiva di tale aspetto appare conforme alla logica del principio di *digitalizzazione by default*, introdotto dall'art. 3-bis della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, il quale nel prevedere che per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, impone l'utilizzo di tali strumenti non solo nei rapporti interni, ma anche tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati.

Si tratta di una sorta di dovere di digitalizzazione delle procedure posto dalla suindicata previsione che trova, peraltro, copertura costituzionale nel principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e nei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, previsti a livello di principio dall'art. 1 della già richiamata legge sul procedimento amministrativo[36].

In particolare, l'art. 30 del nuovo Codice, si occupa del tema dei cosiddetti procedimenti (e provvedimenti) automatizzati, ossia di quei procedimenti che gestiscono a livello digitale sia l'*iter* procedimentale, sia l'esito provvedimentale finale, che viene assunto in modo sostanzialmente automatizzato, tramite l'uso di algoritmi.

La norma prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività, ricorrendo a soluzioni tecnologiche, inclusa l'I.A. e le tecnologie di registri distribuiti[37].

Le decisioni amministrative automatizzate vengono assunte, dunque, nel rispetto dei principi di: conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha

---

di I.A. di valutazione del merito creditizio e dell'affidabilità della clientela, che si basano su algoritmi di tipo predittivo; C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, 2016, trad. it. a cura di D. CAVALLINI, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la diseguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, Bompiani, 2017.

[36] F. D'ALESSANDRI, *L'uso di procedure automatizzate per la gestione degli appalti nel nuovo codice*, in *QG*, 2023, 2.

[37] Art. 30, comma 1, d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023.

ISSN 2036-7821

diritto di conoscere il processo decisionale automatizzato e a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; non esclusività della decisione algoritmica, per cui esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare o smentire la decisione automatizzata; e, infine, non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche ed organizzative adeguate ad impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici[38].

Il nuovo codice dei contratti pubblici, pertanto, ha recepito quelli che, in assenza di una generale disciplina legislativa, sono stati gli approdi della giurisprudenza amministrativa.

Nel corso degli ultimi anni, tre sono stati i principali orientamenti assunti dalla giurisprudenza amministrativa: il primo, assai rigido, ha escluso del tutto l'ammissibilità di forme di automazione decisionale nel vigente contesto normativo relativo all'azione della pubblica amministrazione[39]; il secondo, meno restrittivo del primo, ha evidenziato, invece, l'opportunità di ricorrere a procedure automatizzate soltanto in relazione allo svolgimento di attività di natura vincolata[40]; infine, il terzo, più recente, ha riconosciuto la possibilità per la P.A. di utilizzare i diversi sistemi di I.A. nello svolgimento di attività sia di natura vincolata che di natura discrezionale.

In linea con quest'ultimo orientamento, il Consiglio di Stato, ribadendo come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale, ha affermato che l'ammissibilità di strumenti tecnologici «risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l.

---

[38] Art. 30, comma 3, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023.

[39] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 11 luglio 2018, n. 9230; 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227; 27 maggio 2019, n. 6606; 9 luglio 2019, n. 9066; 13 settembre 2019, nn. 10963 e 10964. Sul punto, R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 784 ss., il quale sottolinea che in tali occasioni i giudici amministrativi hanno manifestato un convinto riconoscimento del ruolo che la persona umana (il funzionario) è chiamata a giocare in tutti i procedimenti amministrativi, anche quelli automatizzati, allorché "sono l'informatica e la digitalizzazione delle procedure al servizio dell'Uomo, e non viceversa".

[40] Sul punto, tra le prime pronunce della giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 1994, n. 1561; Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152. In materia si veda anche Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2000. n. 16204, in *Giust. civ.*, 2001, I, 928, la quale, chiamata a pronunciarsi in ordine all'ambito di applicazione del citato art. 3 del d.lgs. n. 39/1993, ha affermato che possono essere atti amministrativi informatici in senso stretto "solo quegli atti provenienti dalla p.a., direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informativo in quanto non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alla particolarità del caso concreto"; in tale occasione la Corte ha precisato, inoltre, che il processo di informatizzazione degli atti della pubblica amministrazione è rivolto alla "utilizzazione degli strumenti dell'informatica per semplificare e accelerare la emanazione degli atti amministrativi seriali, che non necessitino di specifica motivazione e pertanto suscettibili di una completa elaborazione informatica, che non può invece attuarsi, di regola, in correlazione con i provvedimenti amministrativi, che normalmente involgono valutazioni e motivazioni differenziate in relazione alle particolarità delle singole fattispecie, rispetto ai quali lo strumento informatico può essere utilizzato solo come mezzo di documentazione e supporto dell'attività degli organi della pubblica amministrazione". Per un esame della casistica giurisprudenziale, si rinvia ad A. RAVALLI, *Atti amministrativi emanati mediante sistemi informatici: problematiche relative alla tutela giurisdizionale*, in *TAR*, II, 1989, 261 ss.

ISSN 2036-7821

n. 241 del 1990), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale»[41].

I giudici di Palazzo Spada hanno, inoltre, sottolineato come non vi siano ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo di tali strumenti digitali all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale poiché, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

In tale contesto però, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, è necessario evidenziare due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia: «a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»[42].

Rileva così la necessità di attribuire rilievo preminente al principio di trasparenza da intendersi sia per la stessa P.A., titolare del potere, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso.

Nelle espressioni dei giudici amministrativi è possibile cogliere un'apertura mentale e concettuale nei confronti dell'evoluzione digitale, nonché la consapevolezza di una nuova fase di ricerca in relazione alle modalità di azione dei pubblici poteri.

L'attuale riflessione in materia, infatti, dovrebbe concentrarsi, non tanto sulla compatibilità tecnica dei processi di automazione con le tradizionali modalità di svolgimento dei procedimenti amministrativi, la cui ricerca dovrebbe essere condotta esclusivamente dalla scienza informatica e non dalla scienza giuridica, ma sulla definizione delle condotte minime di legittimità che ogni decisione amministrativa robotica deve possedere, a prescindere dall'astratta riconducibilità di questa nell'alveo concettuale dell'agire vincolato o dell'agire discrezionale[43].

La naturale prosecuzione della predetta sentenza del Consiglio di Stato è stata la definizione dello "statuto giuridico della decisione amministrativa algoritmica" il quale si fonda, sostanzialmente, sul rispetto dei principi di piena conoscibilità dell'*iter* decisionale dell'amministrazione procedente e di imputabilità della determinazione finale all'organo titolare del potere amministrativo[44].

---

[41] Cons. Stato, sez. VI, sent. 13 dicembre 2019, n. 8472.

[42] Cons. Stato, sez. VI, sent. 13 dicembre 2019, n. 8472.

[43] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 192.

[44] Così, M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, cit., 768, il quale riconosce che i principi affermati nella sentenza n. 8472/2019 costituiscono, dal punto di vista dell'*iter* argomentativo, la prosecuzione delle

ISSN 2036-7821

5. *I rischi e i vantaggi dell'automazione: l'indispensabile intervento umano*.

Alla luce dell'attuale assetto normativo sopra delineato, l'esecuzione del processo di automazione della decisione amministrativa richiederà il superamento di rilevanti problematiche.

La prima difficoltà risiede, certamente, nella compresenza di diversi attori che prendono parte all'operazione di informatizzazione procedimentale: da una parte, l'amministrazione procedente; dall'altra, gli esperti programmatori incaricati dalla prima.

Nello specifico, l'interazione tra tali soggetti risulta essenziale, in quanto la robotizzazione delle procedure richiede necessariamente il possesso di competenze specifiche, non normalmente possedute dalla stessa autorità pubblica che intende avvalersi dell'innovazione digitale[45].

Tuttavia, in tale fase, possono verificarsi: errori di programmazione del software che gestisce la procedura; errori di trasposizione della terminologia giuridica in linguaggio binario, soprattutto quando il linguaggio umano contenga clausole e concetti ambigui e indeterminati[46].

Tali rischi, ove non adeguatamente monitorati, non potranno che influire sull'*iter* decisionale che condurrà all'adozione del provvedimento amministrativo.

In particolare, si consideri quanto stabilito nell'ambito delle Linee guida del 25 gennaio 2019 dedicate al tema della *Artificial intelligence and data protection*, predisposte dal Comitato consultivo del Consiglio d'Europa istituito dalla Convenzione per la protezione degli individui nei confronti del trattamento automatizzato dei dati personali[47].

---

considerazioni precedentemente effettuate nella sent. del Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; nonché E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 288 ss., il quale evidenzia che, con la predetta sentenza, è stato delineato un primo "decalogo della legalità algoritmica", per la definizione del quale hanno assunto un valore i principi sanciti all'interno del GDPR.

[45] Sulla necessità di un dialogo tra i predetti soggetti nell'ambito del processo di automazione, cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *AIC*, 2018, 3, 885 ss., il quale nota che, per poter informatizzare lo svolgimento di una procedura amministrativa, è necessario che l'amministrazione procedente ed il tecnico informatico raggiungano preventivamente un vero e proprio accordo sul tipo di algoritmi da utilizzare in ragione dell'obiettivo finale che si intende perseguire.

[46] L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, cit., 279.

[47] Cfr. Consultative Committee, *Guidelines on artificial intelligence and data protection*, 25 gennaio 2019, in *www.coe.int*. Nello specifico, il documento in questione si suddivide in tre parti principali: nella prima parte viene ribadita l'importanza della protezione della dignità umana e della salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo, con particolare attenzione al diritto alla protezione dei dati personali; nella seconda parte, rivolta agli sviluppatori e ai produttori di *software* che utilizzano meccanismi di intelligenza artificiale, si evidenza come i predetti soggetti, nello svolgimento della propria attività professionale, siano sempre tenuti ad adottare un approccio basato sulla sicurezza e sula protezione dei dati personali degli individui (secondo i noti modelli di *privacy by design* e *by default* di cui al GDPR); la terza parte è rivolta, invece, ai legislatori, ove si evidenza che l'adozione di codici di condotta e meccanismi di certificazione dei dati potrebbe rafforzare notevolmente la fiducia dei cittadini nell'utilizzo di prodotti basati sull'intelligenza artificiale (in tal senso di

ISSN 2036-7821

In tal senso, il citato documento si sofferma proprio sulle figure dei programmatori informatici e sulle conseguenze negative derivanti dall'uso di algoritmi sui diritti fondamentali dell'individuo, proponendo l'introduzione di una serie di adempimenti ulteriori: l'obbligo di controllare l'origine, la qualità e la natura dei dati utilizzati durante la fase di allenamento della macchina, supervisionando in seguito il livello di precisione del risultato raggiunto dal *software* (c.d. *accuracy*), quando vengono processati nuovi dati; l'obbligo di sviluppare tipologie di software parametrate in ragione della specifica finalità che si intende perseguire (*contextualised algorithmic models*); l'obbligo di progettare sistemi informatici che rendono possibile esercitare forme di vigilanza umana sugli stessi, anche al fine di consentire l'accertamento delle responsabilità gravanti su tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nell'utilizzo di tali tecnologie (c.d. *accountability*)[48].

Principi analoghi sono stati altresì affermati dalla Carta della robotica allegata alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 relativa all'introduzione di norme di diritto civile sulla robotica.

Da quanto sopra osservato emerge che senza l'ausilio di scienziati informatici non sarebbe possibile pervenire ad una corretta trasposizione delle istruzioni stabilite dall'amministrazione all'interno del *software* che gestisce la procedura, nonché riuscire a verificare che gli esiti della stessa soddisfino gli specifici obiettivi di *policy* definiti per quella procedura dall'autorità pubblica[49].

In considerazione delle riflessioni sopra condotte, ci si potrebbe domandare se possa attribuirsi una certa sfera di autonomia soggettiva anche allo stesso *software* utilizzato nell'ambito della procedura digitalizzata.

La capacità di calcolo dell'algoritmo, infatti, è così superiore a quella umana da pervenire ad esiti oggettivi e neutrali, impensabili all'essere umano, condizionato, inevitabilmente, da sentimenti e fattori esterni.

Il rischio, però, è che sia più difficile per i destinatari contestare l'esito del calcolo e per l'eventuale funzionario, responsabile della decisione finale, discostarsi dalla soluzione algoritmica. Tale rischio è ulteriormente aggravato dall'opacità

propone, ad esempio, di improntare le procedure degli appalti pubblici relative all'incarico di progettazione dei *software* in modo tale da imporre agli aggiudicatari di garantire un livello elevato di tutela dei dati personali, anche mediante l'esperimento di preventive valutazioni dell'impatto che l'elaborazione dei dati personali potrebbe avere sui singoli individui).

[48] Cfr. *Guidelines on artificial intelligence and data protection*, cit., part. II, *Guidance for developers, manufacturers and service providers.*

[49] In questi termini, cfr., G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale. Open data e algoritmi*, cit., 614 e ss. Sull'importanza del ruolo dei programmatori nell'ambito della procedura automatizzata, anche al fine di salvaguardare il c.d. "diritto alla rettifica" dei dati in ingresso di cui al considerando n. 71 GDPR, cfr. Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., punto 15.3 della decisione, ove si precisa che "come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisione".

ISSN 2036-7821

dell'algoritmo, specie quando si tratti di strumenti di *machine learning*, con la conseguente difficoltà di ripercorrere l'*iter* e individuare i singoli passi che hanno portato ad una determinata decisione[50].
Si potrebbe controbattere che anche la decisione umana mantiene caratteri di opacità. Infatti, l'ordinamento richiede che i provvedimenti siano motivati, ma non che sia scrutinato il processo decisionale che ha condotto a quella determinata decisione.
Tale argomentazione non sarebbe comunque sufficiente ad attribuire soggettività giuridica ad un *robot*, in quanto all'interno del quadro normativo vigente, qualunque programma informatico, anche dotato di elevata autonomia, non può essere considerato al pari di un vero e proprio soggetto di diritto[51].
Se l'incremento dell'autonomia decisionale dei sistemi informatici può indurre ad attribuirgli una qualche forma soggettività giuridica, nell'attuale assetto giuridico i *robot* non possono essere considerati responsabili degli eventuali danni cagionati a terzi, unicamente imputabili, dunque, all'azione o all'omissione dell'agente umano[52].
Il ricorso agli algoritmi nell'attività amministrativa presenta, però, senza alcun dubbio, rilevanti vantaggi, in termini di efficienza e di rapporti fra cittadino e amministrazione.
Sul piano dell'efficienza, i sistemi informatici consentono di raccogliere e analizzare un'innumerevole quantità di dati, nonché di individuare ricorrenze ed interferenze statistiche che possano guidare l'azione successiva.
Essi possono essere utilizzati per rafforzare la capacità conoscitiva dell'amministrazione, per dare una base più ampia e solida alle valutazioni discrezionali e, naturalmente, per diminuire i tempi di raccolta e analisi dei dati e di decisione.
Inoltre, tutte le attività di mera certificazione o di verifica delle dichiarazioni dei cittadini possono essere facilmente automatizzate, con conseguente riduzione di possibili errori umani.
Un secondo vantaggio, in termini di efficienza, risiede nella diminuzione delle disparità, incertezze e contraddizioni attraverso l'uso degli algoritmi.
Il loro utilizzo, infatti, consentirebbe di individuare categorie di provvedimenti alle quali applicare le medesime funzioni amministrative da parte di diverse

[50] L. TORCHIA, *Lo Stato digitale,* Bologna, 2023, il Mulino, 140.
[51] Sul problema dell'autonomia del ragionamento operato dagli algoritmi più sviluppati, si veda I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., 650 ss. Sulla possibilità di attribuire una vera e propria soggettività giuridica agli strumenti tecnologici più evoluti, si rinvia alle riflessioni di A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?,* in *Biolaw Journal*, 2019, 91 ss.; G. SARTOR, A. OMICINI, *The Autonomous Weapon System*, Cambridge (UK), 2016, 39 ss.
[52] In questi termini, cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., Considerando Z ss., all'interno della quale si fornisce una definizione del concetto di autonomia robotica come «la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna».

ISSN 2036-7821

amministrazioni così da adottare soluzioni più efficienti, riducendo drasticamente il rischio di arbitrio e di ingiustificato trattamento differenziato.
L'azione amministrativa diverrebbe, dunque, più imparziale.
Inoltre, i sistemi informatici potrebbero essi stessi disvelare i pregiudizi umani che hanno inciso sulla scelta dei dati o sulle regole di calcolo, data l'oggettività di tali elementi.
Ciò consentirebbe più facilmente di individuare le falle nel sistema e di provvedere a modificarlo; operazione, quest'ultima, assai più complessa per la mente umana, intrisa di preconcetti difficili da destrutturare.
L'algoritmo, dunque, può divenire una sorta di specchio, nel quale diventano percepibili – e quindi correggibili – anche gli errori umani[53].
Infine, l'analisi condotta, declinata nell'ambito dei contratti pubblici, richiederà un cambiamento concettuale di approccio: dalla digitalizzazione dei contratti pubblici, quale mera dematerializzazione delle procedure di aggiudicazione, all'effettiva trasformazione dei procedimenti in chiave digitale[54] al fine di sfruttare pienamente i vantaggi offerti dai nuovi strumenti informatici, in tema di semplificazione, efficientamento, trasparenza e non discriminazione.

[53] L. TORCHIA, *Lo Stato digitale*, cit., 141.
[54] L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Rassegna Astrid*, 6, 2021.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni sul concetto di cittadinanza amministrativa

di Mario Paladino

(* Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.)

Sommario

1. Premessa. – 2. Il concetto di cittadinanza amministrativa. – 3. Il concetto di cittadinanza amministrativa nella giurisprudenza. – 4. Spunti ricostruttivi.

Abstract

According to authoritative doctrine, 'citizenship' must be understood today not only as the "status that distinguishes the belonging of an individual to the sovereign people", generally that of a nation-state (the so-called 'political citizenship', whose ownership is linked to the recognition of the rights of active and passive electorate), but also the so-called. 'administrative citizenship', which arises from «belonging to a territorial community», and can be defined as the «relationship between the individual and the administration» which the «political-juridical order makes use of for the realization of its own purposes »

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

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

Ad avviso di autorevole dottrina, per 'cittadinanza' deve intendersi, oggi, non solo lo «*status* che contraddistingue l'appartenenza di un individuo al popolo sovrano»[1], generalmente quello di uno Stato-nazione (la cd. 'cittadinanza politica', alla cui titolarità è legato il riconoscimento dei diritti di elettorato attivo e passivo), ma anche la cd. 'cittadinanza amministrativa', che nasce dalla «appartenenza ad una comunità territoriale»[2], e può essere definita come il «rapporto fra l'individuo e l'amministrazione» del quale l'«ordine politico-giuridico si avvale per la realizzazione delle proprie finalità»[3].

Stando alla opinione prevalente nella letteratura contemporanea, la cittadinanza amministrativa presenta due profili: quello della partecipazione alla vita pubblica locale e quello dell'accesso ai servizi pubblici. Della maggior parte delle situazioni giuridiche soggettive di cui gode il cittadino 'politico' in relazione a questi due ambiti va considerato titolare anche il soggetto che, pur non avendo conseguito il riconoscimento della cittadinanza nazionale, risulta *inserito* in una comunità territoriale, ciò consentendo di qualificarlo, appunto, come 'cittadino amministrativo'[4].

---

[*] Testo rivisto, e corredato di note, dell'intervento all'incontro del San Martino, su "La cittadinanza tra forma e sostanza", tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, venerdì 11 novembre 2022.

[1] Così R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc. 1, pp. 201 ss., 203.

[2] Così ancora R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa* cit., p. 204.

[3] Così G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Espaço jurídico*, 2010, vol. 11, n. 2, pp. 522 ss., 524.

[4] Sul tema, fra gli altri, si v.: V. AMBRIOLA, C. FLICK, *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2006, fasc. 6, pp. 825 ss.; D. ANSELMO, *La cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2016, vol. 1; G. ARENA, *Il principio della sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 217 ss.; ID., *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione* cit.; ID., *La cittadinanza attiva nella Costituzione*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo* status *di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 241 ss.; D. BACIS, *Esistono cittadini "di seconda classe"? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018*, in *DPCE online*, 2019, fasc. 1, pp. 935 ss.; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze University Press, Firenze, 2016; A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, fasc. 1, pp. 187 ss.; B.L. BOSCHETTI, *Cittadino e utente*, in *Jus*, 2003, fasc. 1, pp. 87 ss.; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 1015 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa* cit.; W. CHIAROMONTE, S. GIUBBONI, *Cittadinanza amministrativa e previdenza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, fasc. 4, pp. 701 ss.; M. CLARICH, *La legge sul procedimento: "Magna Charta" della cittadinanza amministrativa*, in *Ragiusan*, 2010, fasc. 319-320, pp. 6 ss.; A. CONTIERI, *Cittadinanza amministrativa e diritto di voto: dall'uguaglianza nei diritti sociali alla difficile affermazione di un modello condiviso di accoglienza*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 6; F. CORTESE, *Cittadinanza e liberalizzazioni*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo* status *di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 17 ss.; M. D'ANGELOSANTE, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità attraverso la lente dei rapporti fra i pubblici poteri e i privati e fra sistemi sanitari*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, fasc. 3, pp. 473 ss.; P. DE IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2016, fasc. 2, pp. 531 ss.; L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. dir.*, 2022, fasc. 1, pp.

ISSN 2036-7821

Ora, appare difficilmente controvertibile che il concetto di cittadinanza amministrativa abbia rilevanza giuridica. Sembra fugare ogni dubbio al riguardo l'attribuzione al cittadino dell'Unione Europea dei diritti di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali e circoscrizionali dello Stato membro in cui risiede[5].

Del resto, è ormai pacifico che, nell'attuale, la cittadinanza si configura come una 'cittadinanza multilivello', ben potendo, «anche in capo allo stesso soggetto, […] esprimere interessi diversi, e perciò fra loro contraddittori, a seconda dell'ampiezza di raggio geografico del relativo livello di governo»[6].

Non appare affatto indiscutibile, invece, che possa definirsi 'cittadino amministrativo' anche un soggetto cui non siano riconosciuti i diritti di elettorato attivo e passivo. Secondo una opinione dottrinale consolidata, il concetto di cittadinanza consta, non solo della possibilità di essere interlocutore giuridico del potere pubblico – sotto il profilo sia della partecipazione alla vita pubblica, sia del godimento dei servizi pubblici –, ma anche di quella di investirlo[7].

---

85 ss.; B. Di Giacomo Russo, *Dalla cittadinanza legale alla cittadinanza amministrativa*, in *Quaderni amministrativi*, 2012, fasc. 1, pp. 15 ss.; Id., *Popolo sovrano e Popolazione amministrativa*, in *Quaderni amministrativi*, 2013, fasc. 3, pp. 3 ss.; E.N. Fragale, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 2, pp. 471 ss.; M. Francaviglia, *Servizi pubblici, diritti fondamentali degli utenti, principio di eguaglianza. Appunti per un percorso di diritto costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna online*, 2019, fasc. 2, pp. 45 ss.; C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 3, pp. 481 ss.; E. Gargiulo, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 135 ss.; F. Manganaro, *Vecchi problemi e nuove prospettive della cittadinanza*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 221 ss.; I. Paola, *Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione*, ivi, pp. 253 ss.; S. Pellizzari, *La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale*, in F. Cortese, G. Santucci, A. Simonati (a cura di), *Dallo* status *di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 127 ss.; L.R. Perfetti, F. Rota, *Migrant's fundamental rights and public power under the Italian legal framework*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, fasc. 3-4, pp. 921 ss.; S. Piazza, *Integrazione europea e diritti di cittadinanza sociale: cenni minimi ricognitivi su alcune problematiche*, in *Nuova rass.*, 2005, fasc. 17, pp. 1930 ss.; A. Police, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2002, fasc. 3-4, pp. 489 ss.; A. Riviezzo, *Pubblica funzione, pubblico servizio, servizio universale: da "suddito" a "utente", passando per "cittadino" (a margine di un volume di Renato Conti)*, in *Nomos*, 2020, fasc. 1; F. Tigano, *Cittadinanza e democrazia in Europa: il diritto positivo tra forma giuridica e costituzione materiale. Profili amministrativi*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 5; M. Timo, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, fasc. 3; D. Vese, *"Status" del migrante e "stato di eccezione" nella prospettiva del diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, fasc. 3, pp. 989 ss.

[5] Per tale soggetto sono escluse, però, la eleggibilità alla carica di Sindaco e la possibilità di essere nominato vice-Sindaco.

[6] Così G. Clemente di San Luca, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 39.

[7] Si v., per tutti, R. Clerici, voce *Cittadinanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, pp. 112 ss., 113, ad avviso della quale «si possono pur sempre cogliere due elementi fondamentali che ineriscono al concetto di cittadinanza: quello relativo alla soggezione, tendenzialmente stabile e permanente, ad un'autorità statale (la cosiddetta sudditanza); inoltre quello della partecipazione ad una comunità politica statualmente organizzata; tale partecipazione comporta in linea di principio la destinatarietà di diritti e doveri tendenzialmente distinti rispetto a quelli degli stranieri».

ISSN 2036-7821

Alla luce di ciò, obiettivo del presente breve studio è provare a chiarire se la locuzione 'cittadinanza amministrativa' sia impiegabile, o meno, per qualificare lo *status* del soggetto che, pur non essendo titolare dei diritti politici, può, quantunque in una certa misura, partecipare alla vita pubblica locale e accedere ai servizi pubblici.
La ricerca sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo. Si prenderanno le mosse dalla ricognizione degli orientamenti dottrinali sul concetto di cittadinanza amministrativa. Si proverà poi a verificare se tale concetto sia stato recepito dalla giurisprudenza e, se sì, come si configuri in essa. Si tenterà, infine, di offrire qualche spunto ricostruttivo, attingendo in via deduttiva dalla teoria generale del diritto, dai principi generali dell'ordinamento e dalla logica giuridica[8].

2. *Il concetto di cittadinanza amministrativa.*
La ricognizione dei principali orientamenti dottrinali non può che principiare dalla autorevole dottrina secondo cui il costituzionalismo contemporaneo, producendo «il consolidamento dell'istituto della cittadinanza quale elemento fondante e fondamentale dell'intera costituzione politico-giuridica» e la progressiva estensione agli stranieri dei diritti riconosciuti ai cittadini, ha determinato una trasformazione del concetto e «dello statuto politico-giuridico della cittadinanza; un'evoluzione che riguarda non solo le modalità di acquisto e perdita della cittadinanza, ma anche i diritti ed i doveri ad essa connessi, ed in definitiva le connotazioni giuridiche che distinguono lo *status* di cittadino da quello dello straniero e dell'apolide»[9].
Del resto, è opinione largamente diffusa che questa evoluzione sia sfociata, fra l'altro, nella emersione della 'cittadinanza amministrativa'[10], ossia di una forma di cittadinanza esprimente la «appartenenza ad una comunità diversa da quella sovrana, con legittimazione a posizioni soggettive che non dipendono dallo *status* di cittadino-sovrano»[11].
Può definirsi cittadino amministrativo, pertanto, il soggetto titolare dei diritti di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali e circoscrizionali, come è da considerarsi il cittadino dell'Unione Europea che abbia la residenza in uno Stato membro diverso da quello del quale vanta la cittadinanza nazionale[12].
La letteratura, però, sembra escludere che la possibilità di investire gli organi di governo locale rientri nel contenuto essenziale della cittadinanza amministrativa, questa potendo constare anche esclusivamente della possibilità di partecipare alla

[8] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 7 ss.
[9] Così C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 2003, p. 1.
[10] Si v. gli autori citati *retro*, alla nota 4.
[11] R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc. 1, pp. 201 ss., 204.
[12] Come si è già rammentato, tuttavia, tale soggetto non può essere eletto sindaco, né nominato vice-sindaco. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa* cit., pp. 204-205.

ISSN 2036-7821

vita pubblica locale attraverso modalità differenti dall'investitura degli organi di governo e di quella di accedere ai servizi pubblici[13].
L'ordinamento contemplerebbe non solo una cittadinanza 'formale', ma anche una cittadinanza 'sostanziale', consistente – come si è anticipato – nel «rapporto fra l'individuo e l'amministrazione di cui» l'ordine politico-giuridico (nel quale l'individuo si inserisce) «si avvale per la realizzazione delle proprie finalità»[14].
Il concetto di cittadinanza amministrativa si intreccia con quello di 'cittadinanza attiva'. Questa viene definita come «una modalità di esplicazione della cittadinanza, sia nella sfera della politica sia dell'amministrazione, in cui i cittadini non delegano, ma partecipano alla vita pubblica e agiscono in prima persona, attraverso la democrazia partecipativa e la sussidiarietà»[15].
È cittadino attivo, dunque, chi partecipa ai processi decisionali pubblici attraverso esperienze di democrazia partecipativa e deliberativa[16], nonché chi, in virtù del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, co. 4, Cost. – inteso in un'accezione secondo cui esso prescrive che, nello «svolgimento di attività di interesse generale»,

[13] Si v., per tutti, A. CONTIERI, *Cittadinanza amministrativa e diritto di voto: dall'uguaglianza nei diritti sociali alla difficile affermazione di un modello condiviso di accoglienza*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 6.

[14] Si v. G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Espaço jurídico*, 2010, vol. 11, n. 2, pp. 522 ss., 524.

[15] Così G. ARENA, *La cittadinanza attiva nella Costituzione*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo* status *di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 241 ss., 244.

[16] Sulla democrazia partecipativa si v., per tutti, U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 1, p. 3, secondo il quale essa costituisce un insieme di 'dispositivi' in cui «l'intervento della società nei confronti delle istituzioni legittima ad agire i singoli cittadini (i cittadini "ordinari", e il termine è comprensivo degli stranieri che hanno un collegamento con l'ordinamento considerato), eventualmente ma non necessariamente riuniti in forma associativa, nell'ambito di procedure pubbliche articolate, con la capacità di intervenire nel processo deliberativo e con l'obiettivo di rendere loro possibile un'influenza effettiva sulle decisioni finali. E' pertanto "chiunque" che può partecipare (a differenza che nei procedimenti limitati ai titolari di interessi già giuridicamente tutelati); le istituzioni rappresentative (e gli apparati burocratici) e le espressioni della società si riconoscono reciprocamente e agiscono con impegno nelle varie tappe della procedura – a differenza che nei meccanismi spontanei di pressione dall'esterno della società sulle istituzioni – senza ostilità le une verso le altre (anche se una posizione conflittuale può permanere); è promossa una partecipazione basata sull'argomentazione e sul dialogo aperto e non su prese di posizione predefinite o comunque pregiudiziali o puramente aggregate attraverso l'espressione di un voto, ed è garantita alla partecipazione un'efficacia sui risultati del processo. La partecipazione dei cittadini è dunque diretta – al contrario della partecipazione puramente indiretta del sistema rappresentativo fondato su elezioni –, inclusiva e non limitata ai titolari di interessi codificati, e il tipo di processo è più articolato e più argomentativo che non nei referendum e negli istituti di democrazia diretta in genere». Lo stesso A., in ID., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss., afferma che paiono costituire «caratteristiche essenziali della democrazia partecipativa: l'essere estesa, soggettivamente, a tutti, senza richiedere posizioni di partenza formalizzate; l'essere adatta a una varietà di oggetti, che dalle decisioni più limitate e puntuali salgono a quelli di livello più alto, come le scelte di indirizzo, le pianificazioni, le politiche integrate; l'essere costruita non (generalmente) come conferimento di poteri formalmente decisionali né assistiti da un vincolo proiettato sulla decisione istituzionale –, il non essere cioè sostitutiva delle istituzioni di democrazia rappresentativa» (p. 796).

ISSN 2036-7821

si abbia una cooperazione fra la P.A. e i privati – decide di provvedere alla cura di un «determinato bene comune» situato nel territorio in cui risiede[17].
In tal modo sarebbe cittadino attivo persino un soggetto che non è titolare della cittadinanza 'formale': «anche gli stranieri possono essere "cittadini attivi" prendendosi cura dei beni comuni del territorio in cui sono stabilmente insediati, esattamente come possono partecipare ad esperienze di democrazia partecipativa e deliberativa. La partecipazione alla vita pubblica che si realizza attraverso la cittadinanza attiva e la democrazia partecipativa riguarda tutti, cittadini e stranieri, a differenza di quanto accade nel caso della democrazia rappresentativa»[18].
V'è in dottrina chi rileva che l'ordinamento garantisce il coinvolgimento nella vita pubblica locale degli immigrati regolarmente soggiornanti, attraverso strumenti sia di partecipazione 'politica', sia di partecipazione 'amministrativa'[19].
Quanto ai primi, si distingue fra quelli di partecipazione 'diretta', che consentono al soggetto «di incidere direttamente, senza la mediazione di organismi intermedi, sulle scelte di Regioni e Comuni» (come il riconoscimento del diritto di voto nei referendum regionali), e quelli di partecipazione 'indiretta', «che consentono il coinvolgimento nella vita politica o per il tramite di organismi intermedi di carattere consultivo o mediante moduli partecipativi di tipo consultivo» (come le Consulte e i consiglieri aggiunti). Si fa notare, però, che questi ultimi strumenti hanno «un valore meramente simbolico», giacché non permettono allo straniero di incidere sulle scelte di indirizzo politico dell'ente[20].
Per quanto, invece, concerne la partecipazione 'amministrativa', è stato osservato, innanzitutto, che la Legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica non solo ai cittadini italiani, ma a tutti i soggetti che entrano in contatto con la P.A.[21]. Si rileva, tuttavia, che tale legge non contempla un modello di 'democrazia partecipativa', in quanto la

[17] Cfr. G. ARENA, *La cittadinanza attiva nella Costituzione* cit., pp. 244 ss.: «I cittadini attivi che applicano la sussidiarietà sono persone che in un determinato momento della propria vita decidono, da soli o con altri, di assumersi autonomamente la responsabilità di curare un determinato bene comune presente sul territorio in cui vivono, traendone un vantaggio materiale più o meno significativo in termini di miglioramento della qualità della vita propria e altrui, ma senza alcuna remunerazione della propria attività da parte della pubblica amministrazione» (p. 248). Sembra restare peraltro dai contorni indefiniti la nozione giuridica di «bene comune»: in altre parole, non è del tutto chiaro se il riferimento sia alle consolidate categorie dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili o comunque a beni la cui relazione di appartenenza soggettiva sia almeno attribuibile a figure soggettive pubbliche. Sui beni comuni, si v., fra gli altri: G. ARENA, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, fasc. 3, pp. 647 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, GLF Editori Laterza, Roma-Bari, 2011; E. OSTROM, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1990; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013.

[18] G. ARENA, *La cittadinanza attiva nella Costituzione* cit., p. 248.

[19] Si v. A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, fasc. 1, pp. 187 ss., 192-201.

[20] Si v. A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana* cit., pp. 192-195.

[21] Si v. ancora A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana* cit., p. 195.

ISSN 2036-7821

partecipazione procedimentale da essa prevista, per un verso, non include la partecipazione all'assunzione della decisione – che resta di competenza esclusiva della P.A. –, e, per l'altro, essendo riservata ad un novero circoscritto di soggetti, difetta di uno dei caratteri essenziali della 'democrazia partecipativa', quello denominato «fenomeno dell'inclusività»[22]. Vien fatto notare, inoltre, che non mancano modalità di coinvolgimento degli stranieri che, al contrario, costituiscono pratiche di democrazia partecipativa (come la consultazione e il dibattito pubblico)[23].
Si rinviene, infine, un orientamento secondo cui altri strumenti di partecipazione vanno ricondotti al modello della cd. 'amministrazione condivisa'[24]. Si pensi, in particolare, alla rigenerazione urbana, pratica volta a «creare un'alleanza tra amministrazione e privati finalizzata al recupero in senso lato di beni e spazi urbani suscettibili di fruizione collettiva»[25]. Nell'ambito della rigenerazione urbana, lo straniero può partecipare sia al processo decisionale, sia alla fase attuativa della decisione, occupandosi della cura del «bene comune» oggetto dell'intervento[26].
Quanto all'altro profilo della cittadinanza amministrativa, vale a dire quello dell'accesso ai servizi pubblici, va rammentato, anzitutto, che si ritiene individuabile una categoria di «diritti soggettivi di prestazione collegati all'essere persona

[22] Si v. M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, fasc. 3, pp. 6-7, secondo cui «se la Legge n. 241 ha l'indiscusso merito di aver superato l'amministrazione bipolare, si deve riconoscere che un così rappresentato cittadino non si propone come effettivamente "partecipativo"». Ciò in quanto, da un lato, la 'partecipazione al procedimento' da essa prevista si realizza attraverso la «instaurazione di un contraddittorio cartolare fra un numero predeterminato di soggetti […]: la pubblica amministrazione e i soggetti direttamente o indirettamente lesi dal provvedimento»; dall'altro, «gli istituti di partecipazione procedimentale (quali la comunicazione di avvio del procedimento e il c.d. preavviso di rigetto) – tesi alla costruzione di un rapporto di comunicazione tra istituzione e privato o, per meglio dire, di "informazione", stante la natura non meramente notiziale, bensì volta ad appianare le lacune conoscitive tanto in capo al cittadino quanto all'amministrazione – paiono indirizzati all'affermazione di un modello scarsamente dialogico. Difatti, nonostante che in via sincretistica sia stata evidenziata la presenza sia di una componente conflittuale sia di una collaborativa, emerge da questo tipo di partecipazione una tendenziale propensione difensiva a favore del cittadino, concepito come soggetto debole inciso dall'azione amministrativa. Il partecipante al procedimento amministrativo, informato dell'esercizio del potere, dispone del problema amministrativo nella misura in cui le proprie allegazioni documentali, vincolano l'istruttoria procedimentale all'esame delle considerazioni nelle medesime contenute: tuttavia, si ritiene che la partecipazione procedimentale non sia un prendere parte a un'attività condivisa, poiché l'amministrazione resta l'unica titolare del potere decisionale nel perseguimento dell'interesse pubblico».

[23] Si v. A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana* cit., pp. 196-197. Per una ricognizione delle principali pratiche di democrazia partecipativa si v. U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia* cit.

[24] Sulla amministrazione condivisa si v., per tutti, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, fasc. 117-118, pp. 29 ss. In questo modello, «il rapporto fra amministrazione e cittadini» è impostato «in modo tale che questi ultimi escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare co-amministratori, soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale» (p. 29).

[25] A. BONOMO, *L'inclusione dei "non cittadini" attraverso la rigenerazione urbana* cit., pp. 197-198.

[26] L'uso del lemma richiede di riproporre i dubbi prospettati *retro*, alla nota 17.

ISSN 2036-7821

residente». Ben possono ravvisarsi «diritti di credito con facoltà ad esigere determinate prestazioni di servizio pubblico […] con un chiaro carattere di realità […]; in cui la *res* è il territorio ed il territorio la residenzialità delle persone»[27].
V'è altresì chi evidenzia l'affermarsi di un nuovo concetto, quello di 'servizio universale'. Nello Stato italiano contemporaneo, che ha rinunciato «a farsi *imprenditore*», ma interviene comunque nel mondo economico, esercitando il ruolo di «*regolatore* del Mercato», l'accesso al servizio costituisce oggetto di una prerogativa «che non è più del cittadino ma dell'uomo *in quanto tale*»[28].
Il 'cittadino' (soggetto «dotato di una dimensione politica ora completamente messa in ombra») scompare, ad esso sostituendosi una nuova figura, l''utente' («titolare – almeno sulla carta – di ampi diritti ma *privo di una dimensione politica vera e propria*»). In altri termini, «nello stato-regolatore non ci sono più cittadini ma utenti; non ci sono più, cioè, soggetti titolari di diritti, anche politici, e di doveri, ma soltanto soggetti senza doveri e che vantano tutti i diritti possibili, tranne quelli politici»[29].
Ancora, si ritiene plausibile sostenere che le situazioni giuridiche soggettive sussistenti in capo all'utente abbiano natura di diritti soggettivi. Ciò «non tanto per aspetti connessi all'individuazione della giurisdizione chiamata a tutelarli (ordinaria o amministrativa), quanto per la ragione che essi, rappresentando il frutto di un bilanciamento del legislatore (per quanto implicito) tra concorrenza e utilità sociale, limitano e guidano le scelte dell'amministrazione in ordine alla conformazione di un determinato servizio; aspetto, quest'ultimo, che incide direttamente sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali connessi a quel servizio»[30].
Secondo questa dottrina, i diritti dell'utenza hanno «la medesima struttura dei diritti sociali, intesi quale pretesa individuale ad un *facere* ovvero a una prestazione positiva da parte dell'autorità, ma detta pretesa presenta elementi di specialità: essa, infatti, si traduce non solo in un obbligo di *erogare*, ma anche di organizzare, gestire o regolare un determinato servizio nel rispetto dei principi di universalità, accessibilità e continuità, in quanto strettamente funzionale alla realizzazione o al conseguimento di beni della vita costituzionalmente garantiti ovvero tutelati a livello sovranazionale»[31].
Pur volendo accogliere tutte le riferite opinioni, si è avuto modo di chiarire che, in ogni caso, resta fermo che la cittadinanza amministrativa nasce dalla sussistenza di

[27] Così R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa* cit., p. 208.
[28] Si v. A. RIVIEZZO, *Pubblica funzione, pubblico servizio, servizio universale: da "suddito" a "utente", passando per "cittadino" (a margine di un volume di Renato Conti)*, in *Nomos*, 2020, fasc. 1, pp. 6-7.
[29] Si v. ancora A. RIVIEZZO, *Pubblica funzione, pubblico servizio, servizio universale: da "suddito" a "utente", passando per "cittadino" (a margine di un volume di Renato Conti)* cit., p. 7.
[30] Così M. FRANCAVIGLIA, *Servizi pubblici, diritti fondamentali degli utenti, principio di eguaglianza. Appunti per un percorso di diritto costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo-Rassegna online*, 2019, fasc. 2, pp. 45 ss., 71.
[31] M. FRANCAVIGLIA, *Servizi pubblici, diritti fondamentali degli utenti, principio di eguaglianza. Appunti per un percorso di diritto costituzionale* cit., pp. 71-72.

ISSN 2036-7821

un legame con una certa comunità territoriale. Legame che, tuttavia, non consiste nella «appartenenza originaria alla comunità», bensì nel «concreto inserimento nella medesima»[32].

Tra l'altro, alla cittadinanza amministrativa deve ricollegarsi non solo il riconoscimento di diritti, ma pure l'attribuzione di doveri, individuati da fonti primarie o anche secondarie specificando quelli previsti dalla Costituzione. Assai rilevante, in particolare, appare il dovere di «fedeltà costituzionale», giacché «La condivisione dei valori è indispensabile nel momento in cui, anche per il recepimento dell'ordinamento comunitario, si supera il concetto di cittadinanza collegato alla partecipazione in forma tradizionale ad una collettività di sangue e territorio e si valorizza invece il dato della cittadinanza come cosciente e volontaria accettazione di un quadro giuridico nel quale si vuol vivere, proprio di una determinata collettività»[33].

3. *Il concetto di cittadinanza amministrativa nella giurisprudenza.*

La locuzione 'cittadinanza amministrativa' si rinviene in pochissime pronunce. In esse, viene posta in relazione con la trasparenza amministrativa.

In una decisione si afferma che la disposizione dell'art. 22, co. 2, L. 241/1990[34], «inserita com'è nel contesto di una norma atta a disciplinare la definizione e i principi in materia di accesso, rappresenta uno degli assi portanti di tutta la materia della trasparenza amministrativa, definita dalla dottrina più sensibile alla stregua di fondamentale diritto di *cittadinanza amministrativa*»[35]. Analogamente, in un'altra pronuncia si sostiene che la disposizione in parola, «in uno all'ulteriore previsione» dell'art. 24, co. 7, primo periodo[36], «delinea uno scenario normativo in cui è accordata

[32] Così C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 3, pp. 481 ss., 485-486. Secondo l'A., «Va osservato […] come si debba riconoscere la tendenza sempre più evidente dell'ordinamento, anche costituzionale, a qualificare i diritti del cittadino in relazione alla posizione che egli riveste all'interno della specifica collettività dove opera; il cittadino è cioè immaginato non come singolo, indifferentemente collocato nel territorio della Repubblica, ma come persona che si trova all'interno di una determinata collettività sociale od anzi opera all'interno di una pluralità di collettività. Ciò non significa, ovviamente, che al cittadino in quanto tale, o meglio, all'uomo in quanto tale, non siano riconosciuti diritti e doveri in tutto il territorio nazionale, indipendentemente dalla collettività nella quale opera o si trova; ciò significa invece che la localizzazione all'interno di una formazione sociale è il punto di riferimento normale del diritto, proprio in considerazione della socialità naturale e necessaria della persona umana» (p. 486).

[33] C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa* cit., pp. 488-489. L'A. specifica che «La fedeltà costituzionale è quel dovere imprescindibile che lega inevitabilmente ciascuno, che, cittadino o no, risieda stabilmente sul territorio nazionale e goda perciò dei relativi diritti, alle regole fondamentali della convivenza, così come si realizzano nella Repubblica delineata dalla Costituzione».

[34] Che così recita: «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza».

[35] Così T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 29/7/2015, n. 2564, in *giustizia-amministrativa.it*. Il corsivo è di chi scrive.

[36] Secondo la quale «Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici».

ISSN 2036-7821

nettamente preferenza al diritto di accesso agli atti per la sua indiscussa natura di fondamentale diritto di *cittadinanza amministrativa*»[37].

Non è chiaro, tuttavia, quale significato venga attribuito alla espressione in esame. Se, da un lato, pare potersi affermare che con essa si indichi una *species* di cittadinanza distinta da quella corrispondente alla nozione tradizionale; dall'altro, non sembra possibile comprendere in cosa consisterebbe il suo contenuto.

Alla luce di quanto testé affermato, nonché della esiguità del numero di decisioni in cui viene impiegata la locuzione, pare ragionevole sostenere che la giurisprudenza, sino ad oggi, non abbia compiutamente esplicitato il concetto di cittadinanza amministrativa. Ciò chiarito, però, occorre verificare se lo abbia fatto, o meno, in maniera implicita, accogliendo nozioni che al concetto in questione sembrano indissolubilmente legate, come quelle di 'cittadinanza attiva', 'democrazia partecipativa' e 'amministrazione condivisa'.

Nella giurisprudenza più recente, peraltro, con discreta frequenza ricorre l'espressione *cittadinanza attiva*. Nella maggior parte delle pronunce, anch'essa viene posta in relazione con la trasparenza amministrativa; e tuttavia, a differenza di quanto si è rilevato in ordine alla cittadinanza 'amministrativa', non mancano indicazioni circa il suo significato, che spesso pare coincidere con quello attribuitole dalla dottrina.

Ed invero, sovente si afferma che «l'accesso civico generalizzato soddisfa un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo sul funzionamento dei pubblici poteri e di fedeltà alla Repubblica e non su libertà singolari»[38].

In una decisione, poi, si legge che «Con l'accesso civico il legislatore ha fornito al cittadino lo strumento per esercitare nei confronti delle p.a. il cosiddetto "*controllo partecipativo*" che costituisce una delle modalità con cui si esplica la "*cittadinanza attiva*"», che l'ordinamento italiano considera quale «modalità di partecipazione collettiva all'agire della Pubblica Amministrazione»[39].

E ancor più approfonditamente, in un'altra pronuncia si sostiene che «Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e

[37] T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 12/6/2015, n. 2026, in *giustizia-amministrativa.it*. Il corsivo è di chi scrive.

[38] Cons. Stato, sez. VI, 13/8/2019, n. 5702, in *giustizia-amministrativa.it*. Si esprimono analogamente o in maniera identica: Cons. Stato, sez. VI, 2/1/2020, n. 28, ivi; T.A.R. Sardegna-Cagliari, sez. I, 18/5/2022, n. 319, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. III, 9/3/2022, n. 414, ivi; T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 15/2/2022, n. 149, ivi; T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 13/9/2021, n. 416, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 2/8/2021, n. 9154, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 6/7/2021, n. 115, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *ter*, 7/4/2021, n. 4103, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 3/11/2020, n. 11327, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 25/2/2020, n. 857, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 6/2/2020, n. 580, ivi; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. II, 13/1/2020, n. 10, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 10/12/2019, n. 5837, ivi.

[39] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 20/1/2021, n. 42, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali "Misericordie" che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce»[40].

Va evidenziato, infine, che alla cittadinanza 'attiva' concepita in questi termini si fa riferimento altresì in pronunce in materia di servizi pubblici[41], nonché in ordine al tema della legittimazione ad esperire ricorsi collettivi[42].

Anche la locuzione *democrazia partecipativa* si rinviene in un numero significativo di pronunce. Tuttavia, diversamente da quanto si è potuto constatare con riguardo alla cittadinanza 'attiva', non è altrettanto significativo il numero di quelle in cui essa pare essere intesa nell'accezione attribuitale dalla dottrina.

Ciò sembra accadere in una decisione della Corte costituzionale, in cui si definisce «strumento della *democrazia partecipativa*» il cd. dibattito pubblico, che «configura […] una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione, rappresentata da un modello di procedimento amministrativo che abbia, tra i suoi passaggi ineliminabili, il confronto tra la pubblica amministrazione proponente

[40] Cons. Stato, sez. III, 6/3/2019, n. 1546, in *giustizia-amministrativa.it*.

[41] Si v. Cons. Stato, sez. III, 4/4/2022, n. 2439, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che «Il modello configurato dall'art. 55 del d. lgs. n. 117 del 2017 […] non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di *cittadinanza attiva*, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico» (il corsivo è di chi scrive).

[42] Si v. Cons. Stato, sez. I, par. 29/5/2019, n. 1601, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «L'applicazione formalistica e meccanica dei pur condivisibili criteri elaborati dalla giurisprudenza […], se riferiti in modo distinto e separato, in caso di ricorso collettivo, a ciascuno dei soggetti ricorrenti, indipendentemente gli uni dagli altri, può non consentire di cogliere il senso complessivo di ciò che una comunità territoriale esprime e può impedire di dare il giusto valore a quei principi di *cittadinanza attiva* e di impegno civile che una lettura attenta all'evoluzione sociale dell'art. 118 della Costituzione impone al Giudice amministrativo, in specie nel campo della tutela ambientale e del patrimonio culturale». Va segnalato che la locuzione 'cittadinanza attiva' si rinviene anche in Cons. Stato, sez. I, par. 2/11/2020, n. 1695, ivi, in cui si sostiene che la posizione soggettiva dei ricorrenti, un gruppo di cittadini che contestano la legittimità della gestione dell'emergenza legata alla pandemia da Covid-19 da parte del Governo, non è tutelabile in sede giurisdizionale, ma «può essere attivata e fatta valere attraverso l'esercizio dei diritti di *cittadinanza attiva* e di partecipazione democratica alla vita politica della Repubblica» (tutti i corsivi sono di chi scrive).

ISSN 2036-7821

l'opera e i soggetti, pubblici e privati, ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti, alimentandosi così un dialogo che, da un lato, faccia emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali, e, dall'altra, disinneschi il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio»[43].

In altre occasioni non è chiaro se il significato della locuzione coincida o meno con quello individuato dalla letteratura. Rientra fra queste una decisione in materia di deliberazione sui tetti di spesa relativi alle prestazioni specialistiche ambulatoriali, nella quale – dopo essersi sostenuto che, «anche se il concetto di programmazione preventiva non va inteso in senso strettamente cronologico […], ciò non di meno eventuali scostamenti temporali possono assumere il connotato della tollerabilità solo se presentano ritardi contenuti che comunque precedono la maggior parte dell'annualità di riferimento» – si afferma che, nel caso di specie, «può condividersi la censura che lamenta, a fronte di una così grave inefficienza temporale […] il mancato ricorso a *moduli procedimentali di più ampia democrazia partecipativa*, per la regolazione del periodo trascorso»[44].

Nella maggior parte delle pronunce, invece, appare evidente che l'espressione sia intesa in un'accezione diversa da quella assegnatale dalla dottrina.

Spesso viene ricollegato alla democrazia 'partecipativa' il diritto di accesso documentale[45]. Come è noto, però, questo è riconosciuto non a chiunque, bensì

[43] Corte cost., 14/12/2018, n. 235, in *cortecostituzionale.it*. Il corsivo è di chi scrive.

[44] T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, 6/12/2011, n. 605, in *giustizia-amministrativa.it*, il corsivo è di chi scrive. Fra le pronunce in questione sembra doversi annoverare altresì T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 12/1/2010, n. 68, ivi, in cui si legge che «attiene alle *regole prime della democrazia partecipativa* il diritto del cittadino di sapere in modo chiaro e preciso le ragioni del cattivo funzionamento di un servizio pubblico essenziale, quale è quello della depurazione dei reflui che vengono immessi nelle acque marine» (il corsivo è di chi scrive). La decisione concerne il diritto di accesso in materia ambientale, riconosciuto, a differenza del diritto di accesso documentale previsto dalla L. 241/1990, non solo ai soggetti titolari di un interesse differenziato, bensì a chiunque: ai sensi dell'art. 3, co. 1, Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n. 195, «L'autorità pubblica rende disponibile […] l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse».

[45] Si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14/4/2010, n. 2093, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che il diritto in parola «è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, ispirata ai principi di *democrazia partecipativa*, della pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa (desumibili dall'art. 97 della Costituzione), che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività soggettivamente amministrativa […], quale strumento di prevenzione e contrasto sociale ad abusi ed illegalità degli apparati pubblici latamente intesi» (il corsivo è di chi scrive). Si esprimono nello stesso senso: Cons. Stato, sez. V, 23/9/2015, n. 4452, ivi; Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 16/11/2011, n. 846, ivi; Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 7/3/2011, n. 183, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 14/4/2010, n. 2092, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 13/1/2010, n. 63, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 8/3/2021, n. 2814, ivi; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, 9/12/2020, n. 3348, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 11/12/2019, n. 14244, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 18/11/2019, n. 13222, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 12/11/2019, n. 12979, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 4/7/2018, n. 7403, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 3/4/2018, n. 3612, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 22/3/2018, n. 1864, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 1/3/2018, n. 2299, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 29/11/2017, n. 11821, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 23/8/2017, n. 4118, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 13/12/2016, n. 5724, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 21/9/2016, n. 9875, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II,

ISSN 2036-7821

esclusivamente ai soggetti titolari di un interesse differenziato[46], il che non consente di porlo in relazione con la 'democrazia partecipativa' delineata nella letteratura, la quale invece – come si è visto – è «estesa, soggettivamente, a tutti, senza richiedere posizioni di partenza formalizzate»[47].

Il concetto elaborato dalla dottrina non sembra rinvenirsi neppure nelle decisioni in cui alla democrazia 'partecipativa' viene riconnessa la facoltà di presentare memorie scritte nel procedimento (prevista dall'art. 10, co. 1, lett. b), L. 241/1990), giacché anche questa è riconosciuta ad un novero ristretto di soggetti[48].

Né è dato rinvenire il significato in parola nelle pronunce in cui l'espressione è posta in relazione con la materia elettorale[49] o con i referendum consultivi[50]: in proposito la dottrina distingue esplicitamente il concetto di democrazia 'partecipativa' sia da quello di democrazia 'rappresentativa' che da quello di democrazia 'diretta'[51].

Altrettanto è a dirsi, poi, allorquando alla locuzione si ricollegano il dovere della P.A. di concludere con un provvedimento espresso il procedimento che consegua obbligatoriamente ad una istanza (contemplato dall'art. 2, co. 1, L. 241/1990)[52], o l'equilibrio di genere nella composizione degli organi societari[53].

7/4/2016, n. 719, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 7/11/2014, n. 1756, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 6/2/2014, n. 222, ivi; T.A.R. Sardegna-Cagliari, sez. II, 28/11/2013, n. 788, ivi; T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 5/8/2013, n. 861, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. II, 18/5/2012, n. 962, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 11/1/2012, n. 2, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *quater*, 20/9/2011, n. 7468, ivi.

[46] Per una esauriente disamina del diritto di accesso documentale si v. F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 29-39 e 118-127.

[47] Così U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss., 796.

[48] Si v. T.A.R. Campania-Napoli, sez. II, 20/5/2004, n. 8876, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si ritiene un provvedimento illegittimo «per violazione dell'art. 10 della l. 241/90, essendosi ridotta – nella specie – la facoltà di proporre memorie scritte a *mero simulacro di democrazia partecipativa*, svuotandola però, in concreto, d'ogni capacità d'incidere realmente sulla dinamica dell'azione amministrativa» (il corsivo è di chi scrive).

[49] Si v.: Cons. Stato, sez. II, 25/5/2022, n. 4195, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che «la particolare sensibilità della materia elettorale, che attinge ai *più alti principi di democrazia partecipativa* garantiti dalla Costituzione, non consente di adire ad interpretazioni estensive di disposizioni che finiscono comunque per limitare l'accesso alle cariche pubbliche, laddove ciò non sia espressamente previsto dal legislatore, nazionale o territoriale»; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 20/12/2012, n. 375, ivi, in cui si definisce «*elementare e fondamentale principio di democrazia partecipativa*» quello «generale che presiede a tutte le competizioni elettorali e che è diretto a consentire la maggiore e più ampia partecipazione degli aventi diritto al voto» (i corsivi sono di chi scrive).

[50] Come accade, ad esempio, in T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 19/1/2021, n. 719, in *giustizia-amministrativa.it*, nella quale si sostiene che i referendum consultivi «costituiscono *fondamentale strumento di democrazia partecipativa*» (il corsivo è di chi scrive). Si esprime nello stesso senso T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 3/12/2019, n. 13825, ivi.

[51] Si v. *supra*, nota 15.

[52] Come si verifica in T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 24/1/2014, n. 550, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il fatto che «ogni qualvolta un soggetto interessato formuli una richiesta di provvedere, sorge per l'amministrazione il dovere di determinarsi attraverso un provvedimento espresso» costituisce l'«attuazione forse più significativa del *principio di democrazia partecipativa* che fa da sfondo all'esercizio del potere amministrativo, il quale deve essere conformato alla stregua di potestà, ossia di situazione giuridica ambivalente, apprezzabile in chiave di potere-dovere per l'amministrazione sollecitata, a pronunciarsi in ambiti devoluti alla c.d. riserva di

ISSN 2036-7821

Ciò chiarito, va rilevato che, sebbene con scarsa frequenza, nella giurisprudenza più recente è presente anche la locuzione *amministrazione condivisa*.

Assai significativa è senza dubbio una sentenza della Corte costituzionale, costantemente richiamata nelle pronunce dei giudici amministrativi ad essa successive[54], in cui sembra farsi propria la nozione elaborata dalla dottrina, affermandosi che, in forza dell'art. 55, Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del Terzo settore), fra i soggetti pubblici e gli enti del terzo settore si instaura «un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la "co-programmazione", la "co-progettazione" e il "partenariato" (che può condurre anche a forme di "accreditamento") si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»[55].

Alla luce di tutto quanto osservato, potrebbe non infondatamente sostenersi, da un lato, che i concetti di cittadinanza 'attiva' e amministrazione 'condivisa' siano stati esplicitamente recepiti dalla giurisprudenza; dall'altro, che quello di democrazia 'partecipativa' venga richiamato solo incidentalmente, con una frequenza troppo modesta per indurre a considerarlo accolto in maniera implicita.

Ciò posto, pare doversi escludere che il recepimento delle nozioni di cittadinanza 'attiva' e amministrazione 'condivisa' abbia determinato l'accoglimento implicito del concetto di *cittadinanza amministrativa*, nelle pronunce esaminate non sembrando emergere l'idea che l'ordinamento contempli una distinta *species* di cittadinanza volta ad esprimere l'inserimento in una certa comunità territoriale.

Del resto, questa tesi sembra trovare conferma nel fatto che i giudici ritengono sì sancito il «pieno riconoscimento agli stranieri delle libertà fondamentali e dei diritti civili, e della particolare protezione della stabilità del titolare della carta di soggiorno per quanto riguarda la permanenza sul territorio nazionale, con pieno godimento dei

---

amministrazione» (il corsivo è di chi scrive). Si esprime nel medesimo senso T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 10/6/2011, n. 1041, ivi.

[53] Si v. Cons. Stato, sez. I, par. 4/6/2014, n. 1801, in *giustizia-amministrativa.it*, nel quale si afferma che «l'equilibrio di genere costituisce *espressione della cd. democrazia partecipativa* e, ancor prima della dignità della persona, che non può essere esclusa dal circuito dei poteri – pubblici o privati – sulla base dell'appartenenza a un genere» (il corsivo è di chi scrive).

[54] Si v.: Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, par. 3/5/2022, n. 802, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 2/8/2022, n. 10886, ivi; T.A.R. Toscana-Firenze, sez. III, 4/10/2021, n. 1260, ivi.

[55] Corte cost., 26/6/2020, n. 131, in *cortecostituzionale.it*.

ISSN 2036-7821

servizi pubblici e prestazioni a carico della PA»[56], ma senza riconnettere tale riconoscimento – né esplicitamente, né implicitamente – al possesso della *cittadinanza amministrativa*.

4. *Spunti ricostruttivi.*

Come si è anticipato in premessa, se si sostiene che il concetto di cittadinanza amministrativa consti non solo della possibilità di essere interlocutore giuridico del potere pubblico, ma anche di quella di investirlo, la sua rilevanza giuridica non dovrebbe risultare discutibile. Il mancato recepimento della nozione da parte della giurisprudenza non sembra inficiare la tesi in parola, giacché, nella ipotesi in questione, la cittadinanza amministrativa si distingue da quella 'politica' esclusivamente per il relativo livello di governo, ad essa attribuendosi il medesimo contenuto storicamente ritenuto proprio di quest'ultima.

Alla luce di quanto sin qui osservato, sembra ora possibile offrire una risposta all'interrogativo che ha mosso il presente breve studio: se la locuzione *cittadinanza amministrativa* sia, o meno, impiegabile per qualificare altresì lo *status* del soggetto che, pur non essendo titolare dei diritti di elettorato attivo e passivo, può, in una certa misura, partecipare alla vita pubblica locale e accedere ai servizi pubblici.

Non sembra controvertibile che le situazioni giuridiche soggettive di cui gode il cittadino in relazione a questi due ambiti debbano considerarsi riconosciute anche allo straniero titolare di permesso di soggiorno.

Quanto alla partecipazione alla vita pubblica locale, non può non rammentarsi che, ai sensi dell'art. 2, co. 4, Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (cd. Testo unico sull'immigrazione), «Lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale»; e che l'art. 8, co. 5, Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (cd. Testo unico Enti Locali), dispone che «Lo statuto […] promuove forme di partecipazione alla vita pubblica locale» non solo «dei cittadini dell'Unione europea», ma anche «degli stranieri regolarmente soggiornanti».

Per quanto concerne, poi, l'accesso ai servizi pubblici, va ricordato che, giusta l'art. 2, co. 5, D.lgs. 286/1998, «Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge»[57].

---

[56] T.A.R. Lazio-Roma, sez. V *bis*, 30/3/2022, n. 3620, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. altresì T.A.R. Lazio-Roma, sez. V *bis*, 15/4/2022, n. 4618, ivi.

[57] Al godimento di alcuni servizi pubblici possono accedere anche gli stranieri non regolarmente soggiornanti. Ad esempio, secondo l'art. 35, co. 3, D.lgs. 286/1998, «Ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. Sono, in particolare, garantiti: a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le

ISSN 2036-7821

Ora, pare senz'altro plausibile sostenere che le situazioni giuridiche soggettive relative agli ambiti in questione debbano reputarsi riconosciute sulla base non del criterio della cittadinanza, bensì di quello 'territoriale', la loro attribuzione risultando legata esclusivamente alla presenza – nella maggioranza dei casi regolare – nel territorio nazionale[58].

L'impiego di tale criterio sembra imposto dall'art. 2 Cost., che, nel riconoscere e garantire «i diritti inviolabili dell'uomo», e nel richiedere «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», non distingue fra cittadini e stranieri. In particolare, le situazioni giuridiche soggettive relative alla partecipazione alla vita pubblica locale e all'accesso ai servizi pubblici vanno connesse al diritto al rispetto della dignità umana, che sembra trovare fondamento nella disposizione appena menzionata[59].

Non è in discussione, dunque, che l'ordinamento, riguardo agli ambiti in parola, equipari lo straniero in possesso di permesso di soggiorno al cittadino. Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente a consentire di qualificare tale straniero come cittadino 'amministrativo', giacché, al fine di comprendere se questo sia possibile, appare necessario verificare se sussistano, o meno, norme che impongono di considerare la

---

cittadine italiane, ai sensi delle leggi 29 luglio 1975, n. 405, e 22 maggio 1978, n. 194, e del decreto del Ministro della sanità 6 marzo 1995, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai». Va rammentato, inoltre, che ai sensi dell'art. 2, co. 1, dello stesso Decreto, «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

[58] Ad avviso di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 20-22, «Nelle esperienze rimaste immuni dall'influenza dello statalismo tedesco e da più tempo avvezze a fronteggiare il problema dell'immigrazione il criterio fondamentale delle libertà si fonda sulla territorialità. Quello territoriale o della territorialità "etica" è un criterio di riconoscimento delle libertà ampiamente applicato. Esso […] è alla base della giurisprudenza comunitaria sulla libertà di circolazione e rappresenta, in tutte le democrazie liberali, inclusa quella italiana, il criterio dirimente in materia di diritti sociali. I diritti sociali, infatti, sono stati progressivamente estesi ai non cittadini stabilmente residenti in base a considerazioni fondate sul principio di eguale trattamento, anche quando la pertinenza del diritto alla sfera dell'inviolabilità era dubbia».

[59] Cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori* cit., pp. 17-18, secondo il quale «Nello Stato costituzionale, la libertà – anche quella degli stranieri – è […] qualcosa di più di un diritto legislativamente determinato. Diventa proiezione della dignità umana, diritto fondamentale che si incardina direttamente nella carta costituzionale e che torna ad essere un *prius* rispetto allo Stato. La svolta è condensata nell'art. 2 Cost., che, enunciando il principio personalistico, fa della libertà un valore riconducibile non più alla legge, ma all'uomo, alla persona, in tutte le sue dimensioni: le libertà non sono più collegate al "lato non-statale della personalità" – secondo la nota espressione di Gerber – ma connaturate alla personalità complessiva dell'individuo. Cade, così, la contrapposizione tra sfere pubblica e privata, come pure tra Costituzione e legge. La seconda non serve più a limitare la prima, ma a darle attuazione, cioè a tradurre in posizioni giuridiche soggettive, azionabili davanti a un giudice, il valore. La libertà, dunque, acquista due dimensioni: quella costituzionale del valore e quella legislativa del diritto soggettivo o interesse legittimo».

ISSN 2036-7821

titolarità dei diritti di elettorato attivo e passivo un elemento essenziale della cittadinanza.

Ebbene, è vero che molti dei diritti e delle libertà che la Costituzione attribuisce al cittadino devono reputarsi riconosciuti pure allo straniero[60]. Nondimeno, non pare irragionevole sostenere che gli artt. 48, 49 e 51 della Carta sanciscano l'esistenza di un legame inscindibile fra i diritti politici e il concetto di cittadinanza, indicando inequivocabilmente, ad avviso di chi scrive, che i primi rientrano nel contenuto essenziale del secondo.

Pertanto, in relazione all'ordinamento italiano, appare ancora attuale l'autorevole opinione secondo cui «il termine "cittadinanza" *tende* ad esprimere lo *status* caratteristico di coloro che costituiscono il nucleo individuatore di ogni comunità politica»[61].

Così stando le cose, sembra doversi concludere che un soggetto cui non sono riconosciuti i diritti di elettorato attivo e passivo non possa appieno definirsi 'cittadino', sia pur di natura diversa da quella 'politica'. È dunque plausibile ritenere che le situazioni giuridiche soggettive sussistenti in capo allo straniero regolarmente soggiornante con riferimento alla partecipazione alla vita pubblica locale e all'accesso ai servizi pubblici spettino ad esso in quanto tale, a prescindere dalla titolarità di una qualsiasi forma di cittadinanza.

D'altra parte, già nella letteratura anteriore alla Costituzione non mancava chi sosteneva che allo straniero potessero essere riconosciuti anche diritti diversi da quelli civili: secondo un'autorevolissima opinione, il fatto che i diritti politici devono considerarsi propri dei soli cittadini «non importa che allo straniero debbano negarsi tutti quanti gli altri diritti pubblici»[62].

---

[60] Si v., fra gli altri, C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 2003, pp. 7-10.

[61] Così R. QUADRI, voce *Cittadinanza*, in *Nss. dig. it.*, vol. III, 1959, pp. 306 ss., 307. L'A., poco oltre, sostiene che «l'idea della cittadinanza resta anche essenzialmente smarrita in alcune epoche storiche o in settori determinati della comunità universale in rapporto a determinate forme di regime politico o in rapporto ad ideologie particolari. Così essa decade in primo luogo nei regimi di tipo territorialpatrimonialistico nei quali l'essere umano viene in considerazione in modo indiretto e riflesso, in quanto *pertinenza* o accessorio del suolo o, meglio, del territorio (*quisquis in territorio meo est, meus subditus est; quisquis est in territorio, est de territorio*). Ma essa decade anche in relazione ad ideologie più o meno universalistiche, religiose o laiche che siano. Nell'uno come nell'altro caso, sia pure per divergenti ragioni e sia pure con opposte conseguenze specie sul piano del diritto pubblico, resta smarrita, o non trova riconoscimento, l'idea di comunità politica o della correlativa individualità». A questo riguardo, l'A. fa riferimento, in nota, alla «idea della cosiddetta "cittadinanza automatica" emersa soprattutto in Argentina e per la quale allo straniero, dopo un certo periodo di residenza e che eserciti una professione od un mestiere, verrebbe riconosciuto lo *status activae civitatis* senza mutare di cittadinanza o meglio senza acquistare una nuova sudditanza».

[62] S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, vol. I, 1900, pp. 109 ss., 173.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La esportabilità delle situazioni giuridiche soggettive in ambito europeo

di Antonella Corsale

(Dottoranda di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. La disciplina del riconoscimento delle qualifiche professionali e dell'assistenza sanitaria transfrontaliera. – 2.1. Il meccanismo del mutuo riconoscimento nella giurisprudenza comunitaria. – 2.2. Il riconoscimento degli *status* personali e familiari. – 3. L'atto amministrativo transnazionale. – 4. Le possibili implicazioni dei limiti all'esercizio dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nell'Unione Europea. – 4.1. I principi di libera circolazione e di non discriminazione. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

These short notes deal with the 'exportability' of subjective legal situations - subjective rights and legitimate interests - within the European context. In other words, it involves thinking about the definition of the boundaries of the subjective sphere of the European citizen, in relation to that of a member State's citizen. The objective is to clarify whether, by leveraging the principles of free movement and non-discrimination, the recognition of subjective rights and legitimate interests can be configured in the 'host' Member State. It is in fact clear that, if this were the case, a significant promotion and greater effectiveness of European integration would result.

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

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

Queste brevi note hanno ad oggetto il tema della 'esportabilità' delle situazioni giuridiche soggettive – diritti soggettivi e interessi legittimi – in ambito europeo.

In altre parole, si tratta di ragionare sulla definizione dei confini della sfera soggettiva del cittadino europeo, in relazione a quella del cittadino di uno degli Stati membri. Ciò dipendendo dal fatto che – come è ben noto – è cittadino dell'Unione Europea «chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro»[1]. Questi, pertanto, dovrebbe beneficiare di un più ampio 'patrimonio' giuridico, giacché la cittadinanza europea, che «si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce»[2], consistendo non soltanto nelle situazioni giuridiche soggettive dello Stato membro, dovrebbe sortire alla somma del 'patrimonio' proprio della cittadinanza dello Stato di provenienza e di quello proprio della cittadinanza dello Stato 'ospitante' allorché ci si sposti oltre i confini nazionali.

Del resto, l'esser cittadino UE si risolve nel riconoscimento dei diritti legati alla cittadinanza nazionale e di quelli previsti nei Trattati (oltre che, ovviamente, nella soggezione ai doveri). Fra i diritti contemplati dai Trattati assumono certamente un particolare rilievo il diritto di non discriminazione[3] e il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di ciascuno Stato membro[4]. Ove si trovi in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, dunque, il cittadino UE dovrebbe godere, ivi, della piena parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato 'ospitante', salvi i limiti previsti dai Trattati[5].

Se è vero che il cittadino UE, per il solo fatto di essere cittadino di uno Stato membro, ha diritto, salvi alcuni limiti, al medesimo trattamento giuridico dei cittadini dello Stato membro 'ospitante'. Altrettanto vero dovrebbe essere che la intera sua sfera

[1] Così dispongono gli artt. 20 del TFUE (ex art. 17 del Trattato CE) e 9 del TUE.

[2] Così sempre gli artt. 20 del TFUE e 9 del TUE. La cittadinanza dell'UE consta, dunque, di un insieme di diritti e doveri che si aggiungono a quelli connessi allo *status* di cittadino di uno Stato membro. Come spiega S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 1, 2011, pp. 59 ss.: «La dottrina ha intravisto in tale riconoscimento la "dimensione costituzionale" della cittadinanza europea. In effetti il linguaggio impiegato dalla Corte di Giustizia al riguardo è particolarmente solenne. Essa ha affermato, sin dalla sentenza Grzelczyk, che "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico"» (p. 59).

[3] Artt. 18 e 19 del TFUE (ex artt. 12 e 13 del Trattato CE).

[4] Artt. 20, co. 2, lett. a), e 21 del TFUE.

[5] È ben noto che la continuità della vita giuridica delle persone attraverso le frontiere ha rappresentato uno degli obiettivi essenziali del processo di integrazione europea, ed il riconoscimento delle libertà fondamentali e della piena parità di trattamento ne hanno costituito il principale strumento di attuazione. Ma se, per un verso, le disposizioni contenute nella Parte seconda del TFUE, intitolata alla «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione», disciplinano la regola della piena parità di trattamento, per altro verso, fanno salve le limitazioni e le condizioni previste dai Trattati, nonché le modalità, adottate dal Consiglio, di esercizio dei diritti «ove problemi specifici di uno Stato membro lo impongano» (così dispone l'art. 22 TFUE sul diritto al voto e di eleggibilità alle elezioni comunali del cittadino UE nello Stato membro in cui risiede).

ISSN 2036-7821

soggettiva, connessa alla cittadinanza nazionale, possa esser fatta valere anche fuori dai confini nazionali.

Tuttavia, ciò non sembra così pacifico. Ed è, infatti, nell'interesse a meditare sulla fondatezza dell'assunto che consiste la ragione della indagine. In altre parole, la progressiva ed inesorabile crescita dell'ordinamento UE rende non più rinviabile di affrontare il tema della compiuta definizione della cittadinanza europea. È insomma indispensabile riuscire a capire se, e fino a che punto, la sfera giuridica del cittadino di uno Stato membro – costituita dall'insieme dei suoi diritti (e, in Italia, anche degli interessi legittimi) –, per effetto della co-esistente cittadinanza europea, in qualche modo si ampli implicando la sua 'esportabilità', a dir così, in un qualsiasi altro Stato dell'Unione[6].

Le ragioni della indagine brevemente esposte rendono di immediata percezione il suo obiettivo: chiarire se, facendo leva sui principi di *libera circolazione* e di *non discriminazione*, si possa configurare il riconoscimento dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nello Stato membro 'ospitante'[7]. È infatti evidente che, ove ciò fosse, ne deriverebbe una significativa promozione ed una più elevata effettività della integrazione europea.

Al fine di conseguire lo scopo brevemente illustrato, si utilizzerà il metodo che coniuga induzione e deduzione.

Una volta circoscritta (per evidente limiti spazio-temporali) soltanto ad alcuni determinati ambiti settoriali – segnatamente quello delle qualifiche professionali, dell'assistenza sanitaria, degli *status*[8] personali e familiari –, l'indagine procederà

[6] Esemplificando, in Italia «la patente di guida della categoria B è valida, sul territorio nazionale, per condurre i tricicli di potenza superiore a 15 kW, purché il titolare abbia almeno 21 anni, nonché i veicoli della categoria A1» (così l'art. 125, co. 2, lett. h, del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, recante «Codice della strada»). Il cittadino italiano che, munito di patente di categoria B, potrebbe guidare in Germania un veicolo della categoria A1 anche se la legislazione tedesca diverge sul punto, stabilendo che per poter guidare un veicolo della categoria A1 occorre una ulteriore patente rispetto a quella di categoria B? Ancora, si pensi al caso della patente nautica. Giusta l'art. 39 del D.Lgs. 18 luglio 2005, n. 171 (recante «Codice della nautica da diporto ed attuazione della direttiva 2003/44/CE, a norma dell'articolo 6 della legge 8 luglio 2003, n. 172»), vige l'obbligo di patente nautica per coloro che guidano un natante avente un motore superiore ai 30 Kw (o 40,8 CV). Pertanto, il cittadino italiano può guidare una imbarcazione avente un motore di potenza pari o inferiore a quella indicata senza alcun titolo abilitativo della Pubblica Amministrazione, essendo egli titolare di un diritto soggettivo. Diversamente da quanto accade in Grecia. Qui, infatti, è richiesto il possesso della patente nautica anche per i natanti aventi un motore pari o inferiore ai 30 Kw (o 40,8 CV). Di conseguenza, il cittadino italiano, sprovvisto di patente nautica (perché non richiesta dal suo ordinamento), non può godere, in Grecia, del suo diritto soggettivo, che risulta, di fatto, 'affievolito'.

[7] Sulla gestione ed effettività di alcune delle pretese che qualificano lo *status* di cittadino, sebbene indagate nell'ambito della cittadinanza amministrativa, cfr., da ultimo, di M. CONTICELLI e F. DI LASCIO, *Cittadinanza amministrativa e diritti transnazionali*, in *Dir. pubbl.*, fasc. 1, 2023, pp. 107 ss.

[8] Per essi si intendono quelle «qualità attinenti alla persona che globalmente derivano dalla sua appartenenza necessaria o volontaria ad un gruppo e rappresentano il presupposto per l'applicazione al soggetto di una serie di norme, le quali vengono così a costituire nei confronti di tutti i soggetti che posseggono lo status una situazione giuridica uniforme e omogena» (così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2020, pp. 288-289).

ISSN 2036-7821

anzitutto alla descrizione del quadro regolativo di riferimento per ciascuno, evidentemente per alcuni sfruttando la normazione vigente, per altri ricavando la regola dalla giurisprudenza europea. Giurisprudenza che, come è noto, adopera il meccanismo del 'mutuo riconoscimento'[9], per il cui tramite è conferita efficacia ultra-nazionale ad alcune situazioni giuridiche soggettive, sorte nel Paese d'origine del cittadino UE. Operazione quest'ultima che consente il superamento sostanziale del momento di creazione del diritto ad opera del Legislatore, la regola così determinandosi per effetto delle sentenze della Corte di Giustizia.

Sempre rimanendo sul piano descrittivo, si darà conto della categoria del *provvedimento amministrativo transnazionale* – ossia quel «provvedimento nazionale che produce, in forza di una norma comunitaria, effetti giuridici, variamente configurabili, nel territorio di almeno un altro Stato membro»[10] –, istituto che diviene efficace strumento per verificare la fondatezza della ipotesi di ricerca: la possibilità che situazioni giuridiche soggettive siano 'esportabili' negli altri Stati membri per effetto della loro genesi in un atto amministrativo nazionale.

All'esito della operazione descrittiva dello stato dell'arte, saranno evidenziati i profili problematici, sulla risposta ai quali sarà necessario procedere alla ricognizione della giurisprudenza. Una volta ricavate le risposte offerte dalle pronunce giurisdizionali, in via induttiva, lo studio si concluderà ponendo queste al vaglio, in via deduttiva, della teoria generale, della logica giuridica e dei principi generali dell'ordinamento. Solo così sarà possibile individuare le eventuali ricadute, sull'effettivo esercizio delle libertà fondamentali del cittadino europeo, di un riconoscimento limitato delle sue situazioni giuridiche soggettive (evidentemente solo laddove manchi una norma euro-unitaria che ne disciplini la conformazione).

In coerenza con quanto sin qui illustrato lo studio affronterà, dapprima, il meccanismo del mutuo riconoscimento (par. 2), soffermando l'attenzione, in particolare, sul riconoscimento degli *status* personali e familiari, (par. 2.2.) e, a seguire, la categoria dell'atto amministrativo transnazionale (par. 3).

Si procederà, pertanto, in via ricostruttiva ragionando sulle possibili implicazioni dei limiti derivanti dal mancato riconoscimento dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi in ambito europeo (par. 4), nonché sulla possibile applicazione dei diritti di libera circolazione e di non discriminazione, quali basi giuridiche per fondare la 'esportabilità' delle situazioni giuridiche soggettive, e come volano per garantire effettività alla cittadinanza europea (par. 4.1.).

[9] Sul tema si v. S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1993, pp. 329 ss.

[10] Così L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Giappichelli, 2009, p. 4.

ISSN 2036-7821

2. *La disciplina del riconoscimento delle qualifiche professionali e dell'assistenza sanitaria transfrontaliera.*

Come dichiarato in premessa, occorre preliminarmente descrivere il quadro regolativo di ciascuno degli ambiti settoriali per i quali, fra gli altri[11], è stato fatto impiego del meccanismo del mutuo riconoscimento[12].

La Direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005 – recepita in Italia con D.Lgs. 9 novembre 2007, n. 206 – sul riconoscimento delle qualifiche professionali[13] è stata adottata allo specifico scopo di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei professionisti, ciò comportando, per il cittadino UE, la facoltà di esercitare, nella qualità di lavoratore autonomo o subordinato, una professione in uno Stato membro diverso da quello in cui ha acquisito la relativa qualifica professionale. Nel tentativo di arginare il problema derivante dalla mancanza di una disciplina di armonizzazione sul tema, che ostacolava l'integrazione europea nonché la possibilità di cogliere le opportunità occupazionali del mercato comune dei servizi, le Istituzioni europee hanno offerto una disciplina che permettesse di superare i limiti posti dalle legislazioni nazionali[14], prevedendo che «ogni Stato membro ospitante che

[11] Si ricorda, a titolo esemplificativo, la Direttiva 2014/54/UE del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori. Nel preambolo della Direttiva si legge che «The free movement of workers gives every citizen of the Union, irrespective of his or her place of residence, the right to move freely to another Member State in order to work there and/or to reside there for work purposes. It protects them against discrimination on grounds of nationality as regards access to employment, conditions of employment and work, in particular with regard to remuneration, dismissal, and tax and social advantages, by ensuring their equal treatment, under national law, practice and collective agreements, in comparison to nationals of that Member State. […] The effective exercise of the freedom of movement of workers is, however, still a major challenge and many Union workers are very often unaware of their rights to free movement. Because of, inter alia, their potentially more vulnerable position, Union workers may still suffer from unjustified restrictions or obstacles to the exercise of their right to free movement, such as non-recognition of qualifications, discrimination on grounds of nationality and exploitation when they move to another Member State. There is, therefore, a gap between the law and its application in practice that needs to be addressed».

[12] La letteratura in tema di mutuo riconoscimento non è particolarmente vasta. Fra gli altri si v.: S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 1, 2013, pp. 1 ss.; E. AMBROSINI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc.1, 2014, pp. 47 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 1, 2014, pp. 1 ss.; A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Intern.*, fasc. 2, 2019, pp. 319 ss.; F. DEANA, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union*, in *Dir. Pubbl. Comp. ed Eur.*, fasc. 3, 2019, pp. 1979 ss.; M.P. IADICICCO, *Frontiere e confini del diritto alla salute*, in *Dir. e Soc.*, 1/2019, pp. 61 ss.

[13] L'art. 1 ne definisce l'oggetto stabilendo che la direttiva «fissa le regole con cui uno Stato membro […], che sul proprio territorio subordina l'accesso a una professione regolamentata o il suo esercizio al possesso di determinate qualifiche professionali, riconosce, per l'accesso alla professione e il suo esercizio, le qualifiche professionali acquisite in uno o più Stati membri […] e che permettono al titolare di tali qualifiche di esercitarvi la stessa professione».

[14] A questo riguardo si v. E. AMBROSINI, *La nuova direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali* cit., p. 47, ad avviso del quale «Il nuovo strumento non impone un modello formativo agli Stati membri, ma offre loro

ISSN 2036-7821

regolamenti una professione sia obbligato a tenere conto delle qualifiche acquisite in un altro Stato membro e verificare se esse corrispondano a quelle che esso richiede»[15] e, dunque, consentendo ai cittadini UE di accedere «alla stessa professione per la quale essi sono qualificati nello Stato membro d'origine e di esercitarla nello Stato membro ospitante alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato membro»[16].

Al fine di una maggiore integrazione, il Legislatore europeo del 2005 ha elaborato, dunque, diversi meccanismi di riconoscimento.

Un primo sistema si basa sul generale principio di mutuo riconoscimento. All'interno di questo sistema di riconoscimento delle qualifiche, che guarda alle competenze maturate dal professionista, è però prevista la possibilità di adottare dei provvedimenti di compensazione laddove sussistano sostanziali differenze nel percorso formativo previsto dalle legislazioni dello Stato d'origine e dello Stato 'ospitante'[17].

Un secondo sistema di riconoscimento è invece riservato alle professioni il cui esercizio e` subordinato al possesso di conoscenze e competenze generali, consentendo allo Stato membro 'ospitante' di verificare le esperienze professionali maturate dal singolo professionista[18].

---

l'occasione di elaborare programmi comuni che, al pari dei normali percorsi formativi nazionali, consentano l'accesso e l'esercizio della professione nello Stato membro che la disciplina. Un quadro comune di formazione non si sostituisce (automaticamente) ai programmi nazionali, ma deve conferire i medesimi diritti di accesso ed esercizio alla professione conferiti dai normali percorsi formativi nazionali. Lo strumento può coinvolgere quelle professioni il cui esercizio è soggetto a un sistema regolamentato in almeno un terzo degli Stati membri e che già non godono del riconoscimento automatico. Ulteriore elemento di questo nuovo regime di riconoscimento sono, poi, le "prove di formazione comuni", verifiche attitudinali standardizzate riservate ai titolari di determinate qualifiche professionali. L'innovazione e l'utilità dello strumento consiste nel fatto che il superamento di tale prova abilita il titolare di una determinata qualifica professionale all'esercizio della professione in qualunque Stato membro, alle stesse condizioni applicabili ai possessori di qualifiche professionali acquisite nello stesso Stato membro».

[15] Così si legge nel considerando 11 della Direttiva 2005/36/CE. Tuttavia, si legge nello stesso che «tale regime generale di riconoscimento non impedisce che uno Stato membro imponga, a chiunque eserciti una professione nel suo territorio, requisiti specifici motivati dall'applicazione delle norme professionali giustificate dall'interesse pubblico generale. Tali requisiti riguardano, ad esempio, le norme in materia di organizzazione della professione, le norme professionali, comprese quelle deontologiche, le norme di controllo e di responsabilità».

[16] Art. 4, Direttiva 2005/36/CE. Al paragrafo 2 la disposizione stabilisce che «la professione che l'interessato intende esercitare nello Stato membro ospitante sarà quella per la quale è qualificato nel proprio Stato membro d'origine, se le attività coperte sono comparabili».

[17] L'art. 14, par. 1, Direttiva 2005/36/CE, prevede che lo Stato membro ospitante può «esigere dal richiedente […] un tirocinio di adattamento non superiore a tre anni o una prova attitudinale».

[18] L'art. 7, par. 4, Direttiva 2005/36/CE, stabilisce infatti che «l'autorità competente dello Stato membro ospitante può procedere ad una verifica delle qualifiche professionali del prestatore prima della prima prestazione di servizi. Questa verifica preliminare è possibile unicamente se è finalizzata a evitare danni gravi per la salute o la sicurezza del destinatario del servizio per la mancanza di qualifica professionale del prestatore e non va oltre quanto è necessario a tal fine».

ISSN 2036-7821

Infine, è disciplinato il più avanzato dei sistemi, quello che prevede il riconoscimento automatico delle qualifiche professionali seguendo un approccio settoriale sulla base di condizioni minime di formazione[19].
Nel complesso sistema di mobilità transnazionale si inserisce anche la Direttiva 2011/24/UE, del 9 marzo 2011 – recepita in Italia con il D.Lgs. del 4 marzo 2014, n. 38 – concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. La normativa in parola ha ampliato il quadro normativo esistente in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, disciplinando un onere di assistenza a carico dello Stato in favore dei cittadini che si spostano da uno Stato membro ad un altro per ragioni differenti (turismo, studio, lavoro)[20], in ossequio al principio di continuità delle cure[21].

---

[19] Artt. 21 ss., Direttiva 2005/36/CE. Al riguardo si v. L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo* cit., p. 165, secondo il quale «la direttiva prevede, con riferimento alla libertà di stabilimento, che alcuni titoli di formazione (es. medici, infermieri, farmacisti, ecc.) siano sottoposti al regime del "riconoscimento automatico", in quanto i percorsi formativi per l'accesso alle relative professioni sono oggetto di specifica normativa di armonizzazione (Capo III del Titolo III)». Uno degli obiettivi principali della Direttiva è, infatti, quello di «aumentare il numero di professioni a riconoscimento automatico, così da facilitare la portabilità delle qualifiche e incrementare le attività transfrontaliere. Per farlo, accanto ai già noti regimi fondati sull'esperienza professionale, sul principio sostanziale del mutuo riconoscimento (regime generale) e sull'armonizzazione dei percorsi formativi (regime automatico), la nuova direttiva prevede una nuova modalità di riconoscimento: il riconoscimento automatico sulla base di "principi di formazione comuni". Questo nuovo regime mira a risolvere le inefficienze mostrate dal sistema delle "piattaforme comuni" che vengono ora eliminate. I "principi di formazione comuni" costituiscono un sistema opzionale, un nuovo regime che prevede il riconoscimento automatico per le qualifiche professionali ottenute nell'ambito di quadri comuni di formazione, in conformità a "conoscenze, abilità e competenze" comuni, ovvero a prove di formazione standardizzate» (Così E. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, p. 51). In senso analogo si esprime N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 27: «Soprattutto nei settori professionali in cui il diritto comunitario abbia imposto, direttamente o indirettamente, regole di formazione sufficientemente uniformi, quindi, il mutuo riconoscimento agisce nella sua sembianza più radicale, quella dell'automaticità e dell'assenza di intermediazioni amministrative».

[20] Tra i contenuti della Direttiva, particolare menzione merita quello del riconoscimento delle prescrizioni mediche rilasciate in un altro Stato membro che, proponendosi l'obiettivo di assicurare la continuità delle cure, rappresenta uno degli aspetti di maggiore novità. Sul punto cfr. M.P. IADICICCO, *Frontiere e confini del diritto alla salute* cit., p. 81, secondo la quale «l'intento di fondo perseguito dal legislatore comunitario con l'approvazione della direttiva in parola è quello di attenuare, almeno in linea di principio, la possibilità degli Stati membri di ostacolare la mobilità sanitaria dei propri cittadini all'interno del territorio dell'Unione e di impedire l'accoglimento di altri cittadini europei ai fini dell'accesso ai servizi sanitari. In ciò può rinvenirsi un'ulteriore conferma dello stretto legame tra la libertà di circolazione nell'UE e la tutela della salute, che ha connotato, fin dalle origini, l'impegno eurounitario in materia sanitaria e dal quale sono scaturiti precisi obblighi negativi e positivi in capo agli Stati membri. Nel valutare l'effetto conformativo di questa direttiva sui sistemi sanitari nazionali, è d'uopo evidenziare che, come più volte ribadito all'interno dello stesso atto comunitario, gli Stati membri restano gli unici responsabili dell'erogazione di prestazioni e servizi sanitari e della garanzia di un'assistenza sanitaria adeguata nel proprio territorio nazionale; e, pertanto, sul versante delle posizioni giuridiche soggettive, dalla direttiva non scaturisce alcun nuovo diritto individuale ad ottenere prestazioni in ambito sanitario. […] Ne consegue che, diversamente da quanto paventato o auspicato, attraverso la mobilità transfrontaliera non è possibile accedere a prestazioni non riconosciute all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, nel quale caso – e salvo le conseguenze derivanti dalla violazione di divieti previsti dalle legislazioni nazionali – l'onere finanziario della prestazione resta totalmente a carico del cittadino; il che si concreta anche

ISSN 2036-7821

Il D.Lgs. 38/2014, in attuazione della Direttiva 2011/24/UE, garantisce, dunque, il diritto ad accedere ad un'assistenza sanitaria transfrontaliera, permettendo al paziente di ricevere prestazioni sanitarie in un altro Stato membro dell'UE attraverso l'acquisizione di tutte le informazioni che gli consentano «di compiere una scelta informata e consapevole sulle opzioni terapeutiche e sulla disponibilità, qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria da essi prestata nel territorio nazionale»[22].
L'ambito di applicazione del D.Lgs. 38/2014 comprende tutte le prestazioni di assistenza sanitaria transfrontaliera di cui intendono fruire i pazienti di uno Stato membro, ad esclusione dei casi disciplinati dall'art. 1, co. 3[23]. Inoltre, in applicazione della Direttiva 2011/24/UE, il D.Lgs. 38/2014 ha determinato la eliminazione della generale necessità di autorizzazione preventiva[24], al di fuori dei casi previsti dall'art. 9, co. 2[25].

---

allorquando il paziente non sia autorizzato alla mobilità. In quest'ultimo caso e pur trattandosi di ipotesi eccezionali rispetto alla regola della non necessità dell'autorizzazione preventiva, è la stessa direttiva europea che consente agli Stati membri di introdurre la previa autorizzazione, in particolare per l'assistenza sanitaria soggetta a esigenze di pianificazione e purché, come già specificato nella giurisprudenza comunitaria, ciò sia necessario e ragionevole e il sistema sia basato su criteri oggettivi e non discriminatori». L'A., più avanti, precisa che «va però ribadito che la direttiva europea non fonda, né lascia minimamente prefigurare la formazione di un sistema sanitario europeo. La prospettiva in cui essa si colloca resta quella della libera circolazione delle persone ed, infatti, l'obiettivo precipuo della stessa è non già quello di riconoscere diritti, quanto propriamente quello di regolare la mobilità. La dimensione del diritto alla salute ivi rilevante è non già quella sociale, quanto quella di libertà di scelta terapeutica, intesa come libertà di scelta del luogo di cura, anche se, pure a quest'ultimo riguardo, è necessario fare delle puntualizzazioni. L'effettiva libertà di scegliere il luogo di cura e, dunque di spostarsi fuori dai confini nazionali, è, infatti, limitata in un duplice senso: è riconosciuta solo a chi ha titolo per ricevere cure nello Stato di appartenenza e, soprattutto, spetta soltanto a chi "è in grado di anticipare i costi" della mobilità».

[21] Il principio di continuità delle cure si esplica, ad esempio, nel diritto del paziente di ricevere la cartella clinica in cui è stato registrato il trattamento sanitario (art. 5, co. 5, D.Lgs. 38/2014), nonché nel diritto a ricevere un controllo medico allo stesso modo in cui lo sarebbe stato se l'assistenza sanitaria fosse stata prestata sul territorio nazionale, qualora il paziente abbia ricevuto assistenza sanitaria transfrontaliera e risulti necessario un controllo medico nel territorio dello Stato (art. 6, co. 3, D.Lgs. 38/2014).

[22] Art. 5, co. 2, D.Lgs. 38/2014.

[23] Essi riguardano i servizi assistenziali di lunga durata, l'assegnazione e l'accesso a organi ai fini dei trapianti degli organi, i programmi pubblici di vaccinazione contro le malattie contagiose che sono subordinati a una pianificazione e a misure di attuazione specifiche.

[24] Si legge al considerando 38 della Direttiva 2011/24/UE che «Considerata la giurisprudenza della Corte di giustizia, subordinare ad autorizzazione preventiva l'assunzione, da parte del sistema obbligatorio di sicurezza sociale o del sistema sanitario nazionale, dei costi di assistenza sanitaria prestata in un altro Stato membro costituisce una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Pertanto, come regola generale, lo Stato membro di affiliazione non dovrebbe subordinare ad autorizzazione preventiva l'assunzione dei costi dell'assistenza sanitaria prestata in un altro Stato membro quando il suo sistema obbligatorio di sicurezza sociale o il suo sistema sanitario nazionale si sarebbe fatto carico dei costi di queste cure, se esse fossero state prestate sul suo territorio».

[25] La disposizione stabilisce che «L'assistenza sanitaria soggetta ad autorizzazione preventiva è limitata all'assistenza sanitaria che: a) è soggetta ad esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio nazionale, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o la volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane e: 1) comporta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte, o 2) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria o di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose, comprese quelle utilizzate nella diagnostica strumentale; o b) richiede cure che comportano un rischio particolare

ISSN 2036-7821

Dalle normative richiamate emerge chiaramente che, attraverso il meccanismo del mutuo riconoscimento, è garantita la continuità transfrontaliera delle situazioni giuridiche quando il soggetto che ne è titolare si sposta oltre i confini nazionali[26], anche, e soprattutto, per evitare che le legislazioni degli Stati 'ospitanti' possano costituire un ostacolo al loro effettivo esercizio[27].

2.1. *Il meccanismo del mutuo riconoscimento nella giurisprudenza comunitaria.*

Occorre adesso procedere alla ricognizione delle pronunce giurisprudenziali in tema di mutuo riconoscimento, evidentemente in relazione a quei settori che difettano di una disciplina di armonizzazione.

La Corte di Giustizia, infatti, ha affermato, in più occasioni, che costituisce un ostacolo alla libertà di circolazione delle persone il mancato riconoscimento[28] oltre i

per il paziente o la popolazione; o c) è prestata da un prestatore di assistenza sanitaria che potrebbe suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza».

[26] Sul punto cfr. A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* cit., pp. 328-329: «Dal punto di vista della politica legislativa, il metodo del riconoscimento produce negli ordinamenti che scelgano di farvi ricorso – e corrispondentemente limitino l'operatività delle rispettive regole di conflitto di tipo tradizionale alla determinazione della legge applicabile alla sola costituzione al proprio interno delle categorie di situazioni cui l'impiego del suddetto metodo si riferisce – un consistente effetto di liberalizzazione. La rinuncia in tal modo effettuata a verificare alla stregua della legge designata da quelle regole la validità della creazione all'estero delle situazioni comprese nelle categorie in questione apre infatti la porta alla possibilità che queste acquistino efficacia nell'ordinamento del foro anche quando non avrebbero potuto esservi costituite direttamente alle stesse condizioni. Viene quindi ad essere così realizzata una sostanziale equiparazione […] del trattamento cui sono assoggettate le situazioni formatesi all'estero per sola forza di legge o come risultato di un'attività privata, integrata o meno dall'intervento di organi pubblici, a quello fatto alle situazioni traenti origine da provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria, i quali oggi, come già ricordato, sono riconosciuti in quasi tutti i Paesi indipendentemente dalla considerazione del diritto che abbiano applicato».

[27] A. DAVÌ, *op. ult. cit.*, p. 335, descrivendo la differenza tra il metodo del rinvio e quello del riconoscimento stabilisce che quest'ultimo è «assicurato per via indiretta nell'ambito del primo dal fatto che entrambi valutano la validità della formazione della situazione alla stregua delle medesime disposizioni di diritto materiale. L'uniformità generata dalla messa in opera del metodo del riconoscimento è invece concreta ed attuale e si produce a posteriori tramite il conferimento di efficacia nell'ordinamento del foro ad una situazione giuridica già sorta ed avente origine straniera senza l'apposizione a tal fine di alcuna condizione concernente la legge applicata. È precisamente dalla rinuncia a perseguire il preventivo raggiungimento dell'unità della disciplina di conflitto nei due ordinamenti implicati e dalla correlativa accettazione della potenziale applicabilità di leggi differenti in ciascuno di essi che discende la presenza nel metodo in questione di un significativo elemento di liberalizzazione. In altri termini, mentre il rinvio mira […] a pervenire all'identità mediante la soppressione della diversità, il metodo del riconoscimento è volto a conseguire l'identità senza avanzare alcuna pretesa di giungere all'eliminazione della discordanza iniziale».

[28] Tuttavia, non mancano pronunce in cui la Corte di Giustizia indica come 'recessivo' il principio del mutuo riconoscimento: nella causa C-403/03 del 12 luglio 2005, si afferma «che gli artt. 12, primo comma, CE, e 18, n. 1, CE devono essere interpretati nel senso che non ostano a che un contribuente residente in Germania non possa, in forza di una normativa nazionale […], dedurre dal suo reddito imponibile in detto Stato membro l'assegno alimentare versato all'ex moglie residente in un altro Stato membro nel quale l'assegno non è soggetto ad imposta, mentre sarebbe legittimato a farlo se l'ex moglie risiedesse in Germania».

ISSN 2036-7821

confini nazionali di una varietà di *status* personali, anche di carattere patrimoniale[29], con particolare riguardo al riconoscimento del diritto al nome[30].
Il principio in parola si fonda sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri[31], sebbene ad ogni Stato sia comunque garantita la possibilità di accertare la esistenza delle condizioni affinché situazioni giuridiche soggettive formatesi altrove possano trovare in esso riconoscimento[32].

2.2. *Il riconoscimento degli* status *personali e familiari.*
Il settore in cui si registra il ricorso più frequente al metodo del riconoscimento è

[29] Si v., fra le altre, Corte Giust. 26 ottobre 2006, causa C-192/05, in cui si afferma che «L'art. 18, n. 1, CE dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina di uno Stato membro ai sensi della quale quest'ultimo nega ad un suo cittadino l'assegnazione di un'indennità a favore di vittime di guerra civili esclusivamente in ragione del fatto che l'interessato, alla data di presentazione della domanda, non risiedeva nel territorio del detto Stato membro, bensì nel territorio di un altro Stato membro. È vero che l'obiettivo di circoscrivere l'obbligo di solidarietà nei confronti delle vittime di guerra civili alle sole persone che hanno avuto un collegamento con il popolo dello Stato in questione durante e dopo la guerra, mediante un requisito di residenza considerata come una manifestazione del grado di collegamento di queste persone con tale società, può costituire una considerazione obiettiva di interesse generale atta a giustificare una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 18, n. 1, CE a tutti i cittadini dell'Unione. Tuttavia, la fissazione di un requisito di residenza riferito esclusivamente alla data di presentazione della domanda di prestazione non è un criterio sufficientemente indicativo del grado di collegamento del richiedente con la società che gli testimonia così la sua solidarietà, e non rispetta quindi il principio di proporzionalità».

[30] La giurisprudenza della Corte di Strasburgo è molto vasta sul tema. Fra le altre si v. Burghartz c. Svizzera, Stjerna c. Finlandia, Guillot c. Francia, Űnal Tekeli c. Turchia e Johansson c. Finlandia, nelle quali la Corte riconosce la tutela del diritto al nome come posizione soggettiva ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della CEDU. Rispetto al riconoscimento del diritto al nome la Corte europea per i diritti dell'uomo si è espressa più volte, affermando anche che non può essere invocato il limite dell'ordine pubblico quando un cittadino, spostandosi in altri Stati membri dell'Unione, voglia far valere il nome registrato nel proprio Paese d'origine. La Corte Giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, afferma che «gli artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che […] l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro». Per una dettagliata analisi di questa pronuncia si v., in dottrina, S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali* cit., *passim*.

[31] Corte Giust., sez. I, 20 gennaio 2021, n. 420.

[32] In tema di patenti di guida, ad esempio, la Corte di Giustizia ha affermato che «Se uno Stato membro potesse richiamarsi alle proprie disposizioni per opporsi indefinitamente al riconoscimento di una patente rilasciata in un altro Stato membro, verrebbe negato il principio del mutuo riconoscimento» (Corte Giust., 1° marzo 2012, causa C-467-10). Commentando la sentenza E. CHITI e S. SCREPANTI, *Osservatorio della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione europea*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2012, pp. 513-514, puntualizzano che «Ad uno Stato membro […] non può essere consentito di non riconoscere una patente di guida rilasciata in un altro Stato membro per il fatto che quest'ultimo non ha verificato se i motivi alla base del diniego del rilascio siano venuti meno. Uno Stato membro, invece, può negare il riconoscimento della patente di guida rilasciata in un altro Stato membro nel caso in cui risulti provato che il titolare della patente di guida non era in possesso, al momento del rilascio, del requisito di residenza previsto dalla normativa europea. Occorre, però, che tale circostanza risulti da informazioni incontestabili, provenienti da un'autorità dello Stato membro del rilascio».

ISSN 2036-7821

senz'altro quello degli *status* personali e familiari[33]. Costituendo questi la espressione massima della identità di ogni individuo[34], si imporrebbe la necessità di garantire il loro soddisfacimento anche oltre i confini nazionali in cui sono sorti[35], al fine di superare, principalmente, le differenze che si riscontrano nelle legislazioni nazionali in materia[36].

---

[33] La Corte EDU, nelle sue pronunce sul diritto al rispetto della vita privata, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, include nell'oggetto di questo diritto un'ampia nozione di identità, comprensiva non soltanto del nome della persona, quale segno distintivo di essa, ma anche di quegli *status* familiari che ugualmente costituiscono aspetti caratteristici e componenti essenziali dello statuto giuridico della medesima: cfr., in particolare, la decisione emessa il 26 giugno 2014 nel caso Mennesson c. Francia, ricorso n. 65192/11, par. 80 («*un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors qu'on touche à la filiation*») e, già in precedenza, quella del 7 febbraio 2002 relativa al caso Mikulić c. Croazia, ricorso 53176/99, par. 53 («*La Cour estime que la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Le respect de la "vie privée" doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit pour un individu de nouer des relations avec ses semblables*»). Per un approfondimento sul tema, fra gli altri, si v. anche F. DEANA, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union* cit., p. 1980: «Situations like mixed marriages and partnerships, double citizenship, adoption of foreign children and migration, give rise to complex cross-border cases all over Europe. People move from one Country to another, along with their family members. Movement of people often means movement of families and family ties. Citizens expect a validly established family tie to be deemed equally valid abroad. They expect their family ties to be protected in their content, extent and stability, in space and time. However, the protection of this expectation is not to be taken for granted. Indeed, States have no obligation to recognize the validity of status and relationships established under the rules of another national legal system. Therefore, uncertainty for EU citizens in cross-border situations derives from differences still existing within the EU Member States' private law, notably in family law, civil status matters and in their PIL, which express of their social, cultural and legal identity».

[34] Cfr. A. DAVÌ, *op. ult. cit.*, p. 329, secondo cui ciò è dovuto alla peculiare caratteristica delle situazioni giuridiche *de quibus*, essendo esse «contrassegnate da una inerenza particolarmente stretta alla persona» e, dunque, relativamente alle stesse «l'esigenza di permanenza e continuità nello spazio e nel tempo si manifesta con intensità probabilmente maggiore di quella riscontrabile in altre aree del diritto privato. D'altra parte, proprio per la caratteristica di essere attributi fondamentali della persona e per il fatto di essere destinate per natura e funzione a "seguirla", per così dire, nei suoi spostamenti, oltre che ad avere una durata potenzialmente illimitata, tali situazioni sono specialmente vulnerabili alle conseguenze pregiudizievoli che l'assenza di riconoscimento in ordinamenti diversi da quello di origine può avere sulla conservazione della identità stessa di chi ne è titolare, come avviene soprattutto nel caso del diritto al nome, o sulla sua possibilità di continuare a condurre una vita familiare normale qualora si trasferisca da un Paese a un altro».

[35] Nell'opinione di A. DAVÌ, *op. ult. cit.*, p. 328, la circolazione oltre i confini nazionali delle situazioni giuridiche soggettive è foriera «di una corrispondente intensificazione dell'esigenza di tutela della continuità transnazionale delle situazioni giuridiche individuali contro i rischi, proporzionalmente acuitisi, della perdita di effettività del godimento delle medesime suscettibile di essere provocata dal mancato riconoscimento di esse in ordinamenti differenti da quello di origine; in secondo luogo è causa di un certo grado di indebolimento del potere di controllo degli Stati singolarmente considerati sulle persone che vi si trovano sottoposte in via sempre meno esclusiva e per periodi di tempo sempre più spesso ridotti».

[36] Cfr. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel* cit., p. 14: «Il diritto comunitario non ha nessuna competenza sui temi della famiglia e dello stato civile (anagrafe): tuttavia, la disomogeneità delle discipline nazionali su queste istanze, può incidere sulle "condizioni preliminari per il godimento di un diritto comunitario" (appunto, la libertà di circolazione), e per questo cessa di essere una situazione meramente interna». Sul punto si è espresso anche F. DEANA, *op. ult. cit.*, p. 1979: «necessity to grant continuity of subjective legal positions under EU law, their protection, and therefore the idea itself of integration pursued by the European legal order, impose the "immutability of [personal] status" anytime "it constitutes an element of or prerequisite for a right of the individual" granted by Community Law. Status recognition is a matter ruled by private

ISSN 2036-7821

Le Corti europee, con la loro giurisprudenza evolutiva, infatti, hanno costantemente affermato la necessaria continuità transnazionale delle situazioni giuridiche in parola create nello Stato d'origine[37].

Le Corti, prendendo le mosse dagli artt. 20, par. 2, lett. a), e 21 TFUE, hanno affermato che il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di qualunque Stato membro e il diritto di non discriminazione[38] determinano l'attribuzione implicita al cittadino UE del diritto di conservare nei suoi spostamenti gli *status* personali e familiari, i quali rappresentano le componenti essenziali della sua identità e del suo statuto giuridico[39].

La giurisprudenza comunitaria – per il rinvio operato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo oltre che al diritto dell'Unione – ha fatto costante riferimento,

---

international law (PIL). A non-recognition of a status acquired abroad means that PIL led the law of the State where recognition is sought prevail over the law of status' establishment. PIL arises from, and expresses, legislative policies and inner values of each legal order, but more and more frequently it gives in when dealing with supranational rules' primacy, notably EU law and binding human rights norms as the European Convention on Human Rights (ECHR)».

[37] Si ricordano le due fondamentali decisioni emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 giugno 2007 nel caso Wagner c. Lussemburgo (ricorso n. 76240/01), e il 3 maggio 2011 nel caso Negrepontis-Giannisis c. Grecia (ricorso n. 56759/08), entrambe concernenti il rifiuto (nel primo caso soltanto parziale) del riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione. Infatti, nella decisione relativa al caso Neulinger and Shuruk c. Switzerland (Corte EDU, 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07), non si è avuta esitazione a far prevalere – rispetto all'obbligo di rimpatrio del minore nello Stato di sua originaria residenza familiare, da cui era stato illegittimamente delocalizzato dalla madre in un altro Stato – la circostanza che il mutamento della sua nuova residenza, pur illegittimamente acquisita, a causa del notevole decorso del tempo e del consolidamento dei relativi effetti sul minore avrebbe provocato un significativo turbamento alla sua personalità (oltre a determinare una ingerenza sproporzionata nella vita privata e familiare della madre se fosse stata costretta a tornare nello Stato d'origine), con conseguenze contrarie alla tutela dei valori espressi dall'art. 8, par. 2 CEDU.

[38] Per una più compiuta trattazione della importanza dei principi in parola nel riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive negli altri Stati membri si rinvia al par. 4.1.

[39] Si v. la significativa decisione resa nel caso Ruiz Zambrano (Corte Giust. 8 marzo 2011, causa C-34/09), da cui si ricava che la sola esistenza dello *status* di cittadino europeo è sufficiente a far riconoscere all'individuo il godimento di un diritto fondamentale attribuito dall'ordinamento dell'Unione anche in assenza di altri criteri di collegamento (come l'aver esercitato il diritto alla libera circolazione). La Corte conclude dichiarando che «l'art. 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione». Sulla stretta connessione tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale, si ricorda la causa C-135/08, Janko Rottmann c Freistaat Bayern, in cui l'avvocato generale Poiares Maduro della CGUE afferma che «Si tratta di due nozioni allo stesso tempo inestricabilmente connesse e autonome. La cittadinanza dell'Unione presuppone la cittadinanza di uno Stato membro, ma è anche una nozione giuridica e politica autonoma rispetto a quella di cittadinanza nazionale. La cittadinanza di uno Stato membro non consente solo l'accesso al godimento dei diritti conferiti dal diritto comunitario, essa ci rende cittadini dell'Unione. La cittadinanza europea costituisce inoltre qualcosa in più di un insieme di diritti che, di per sé, potrebbero essere concessi anche a coloro che non la possiedono. Essa presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei, anche se non si tratta di un rapporto di appartenenza ad un popolo […]. Esso si fonda sul loro impegno reciproco ad aprire le rispettive comunità politiche agli altri cittadini europei e a costruire una nuova forma di solidarietà civica e politica su scala europea».

ISSN 2036-7821

dunque, all'esistenza di un diritto fondamentale, quello alla continuità (o 'trasportabilità' che dir si voglia) del proprio statuto personale, e, quindi, alla conservazione della propria identità giuridica e della propria situazione familiare, con particolare riferimento alle persone che conducono una vita giuridica internazionale, al fine di evitare che il diniego opposto al riconoscimento dello *status* giuridico comprometta il godimento effettivo dei diritti legati alla cittadinanza europea.

Il bilanciamento tra la continuità della propria identità giuridica oltre i confini nazionali e la tutela dell'interesse pubblico diventa più complesso in caso di riconoscimento dello *status filiationis*[40].

Non mancano in materia casi in cui le autorità nazionali abbiano negato il riconoscimento dello *status de quo* per motivi di ordine pubblico, sollevando non pochi dubbi sulla compatibilità di queste misure restrittive con i '*best interests of the child*'[41]; mentre nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si riscontrano, sebbene solo in tempi più recenti, pronunce in cui si afferma a chiare lettere che il diritto di essere registrato fin dalla nascita, di avere un nome e di acquisire una cittadinanza debbano essere garantiti al minore senza che quest'ultimo subisca discriminazioni al riguardo, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori e, dunque, qualsiasi Stato membro, indipendentemente dalla sua legislazione nazionale, deve riconoscere un atto di nascita rilasciato da un altro Stato dell'Unione[42].

---

[40] Sul tema si v. in dottrina E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Intern. Priv. e Proc.*, 2015, pp. 315 ss. In giurisprudenza si v. le pronunce della Corte EDU sui casi Mennesson c. Francia cit., nonché Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, ricorso n. 65941/1.

[41] A questo proposito si v. ancora F. DEANA, *op. ult. cit.*, p. 1995: «Status filiationis follows the establishment – by operation of law, by the will of the parties or by order of a public authority (usually a judicial one) – of parental relationship. Such status is ruled by two (almost) universally adopted principles: that of 'mater semper certa est' and that of non-discrimination between legitimate and children born out of wedlock. Besides that, status filiationis sticks out for a great regulatory fragmentation at national level. Substantial differences exist about establishment and denial of legal parentage, legitimacy of ARTs (assisted reproductive techniques), stepchild adoption, adoption by single parent or by same-sex couples, etcetera. Where people try to evade domestic legal restrictions to establish status filiations abroad, public authorities refuse recognition on (international) public policy grounds. However, children's vulnerability and unawareness require further caution in adopting domestic measures that make ineffective and void the status filiationis established abroad. Indeed, international human rights undertakings (namely, the 1989 Convention on the Rights of the Child, Article 8 ECHR and Article 24 EU Charter) state that insofar as status' cross-border continuity is a fundamental part of the child's personal identity, reference should be made to the best interests of the child». L'A. richiama la giurisprudenza della Corte EDU secondo cui l'interesse del bambino prevale rispetto alle esigenze di ordine pubblico anche quando la formazione dello *status filiations* sia avvenuto in "*fraude à la loi*" e, dunque, «where recognition of status filiationis is linked to EU law and there's a genetic link between the child and the parent seeking for recognition, Article 24 EU Charter may impose the forum's State to 'neutralise' fraude à la loi or public policy concerns if it is in thebest interest of the child» (p. 1998).

[42] Nella recente pronuncia della Corte Giust., sez. X, 24/06/2022, n. 2, si legge che «sarebbe contrario ai diritti fondamentali che gli articoli 7 e 24 della Carta garantiscono a tale minore privarlo del rapporto con uno dei suoi

ISSN 2036-7821

Un atteggiamento restrittivo – da parte dei giudici nazionali – in ordine al riconoscimento dello *status filiationis* è stato riscontrato fino a non molto tempo fa in alcuni Stati membri, fra cui l'Italia, nei casi di figli nati da maternità surrogata, ancora oggi vietata in molti paesi[43]. La Corte Costituzionale italiana, tuttavia, di recente è intervenuta sul tema affermando che spetta al Legislatore, attraverso il suo potere discrezionale, adottare i mezzi più idonei a garantire il riconoscimento del legame tra il minore e i genitori intenzionali[44] e che, a fronte di una grande varietà di disciplina

---

genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli de facto impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso». La Corte prosegue affermando che «gli articoli 20 e 21 TFUE, in combinato disposto con gli articoli 7 e 24 della Carta, nonché con l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione, il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità di uno Stato membro designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa trascrizione di un atto di nascita del suddetto minore nel registro nazionale dello stato civile nonché, dall'altro, a riconoscere, al pari di ogni altro Stato membro, il documento emesso da un altro Stato membro che consente a detto minore di esercitare, senza impedimenti, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

[43] Il tema è al centro di numerose dispute giurisprudenziali. Fra le pronunce più significative si ricordano: Corte EDU, Laborie c. Francia, 19 gennaio 2017; Paradiso e Campanelli c. Italia, 24 gennaio 2017; Foulon e Bouvet c. Francia, 21 luglio 2016. Come è stato affermato in dottrina, la mancata trascrizione dell'atto di nascita straniero nello Stato di appartenenza del nucleo familiare, ostacolando il riconoscimento anagrafico del neonato, condiziona, di fatto, «l'effettività dei diritti sociali che ne derivano» (così M. CONTICELLI e F. DI LASCIO, *Cittadinanza amministrativa e diritti transnazionali* cit., p. 114). Sul punto si v. ancora F. DEANA, *op. ult. cit.*, p. 2000: «States' margin of appreciation is highly narrowed, because status filiationis is not just a matter of identity; indeed, it concerns essential aspect of the child's private life. Therefore, a possibility of recognition is due. However, States are not necessarily required to recognize the legal parent-child relationship with the intended mother in the specific form of registering the birth certificate in the civil registers. Other means of recognition, as adoption or court proceedings not involving adoption, may be used insofar as they are suitable to protect the best interests of the child "promptly and effectively". Today, as a survey undertaken by the ECtHR and mentioned in the advisory opinion shows105, more than thirty Council of Europe's Member States permit the intended (biological) father to establish paternity after surrogacy, while some twenty Member States permit the establishment of legal parent-child relationship between children and the intended (non-biological) mother». Sul punto si v. anche S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali* cit., p. 12: «in un caso relativo all'attribuzione della maternità a favore di una cittadina italiana in virtù di un provvedimento giurisdizionale inglese con riferimento ad un minore nato da una donna inglese che con essa aveva concluso un c.d. "contratto di maternità", non si è avuta esitazione (App. Bari, 13 febbraio 2009) a riconoscere gli effetti che al riguardo si erano consolidati nel tempo, a prescindere dall'operatività dei limiti al riguardo previsti nei principi di ordine pubblico e in virtù dell'applicazione delle altre regole di diritto internazionale privato vigenti nell'ordinamento italiano, che avrebbero comportato la non riconoscibilità di un tale tipo di rapporto. Il che è stato giustificato, alla stessa stregua di quanto indicato dalla Corte di Strasburgo nel caso Wagner (ed ora più ampiamente ripreso nel caso Négrépontis), in funzione della tutela del diritto alla vita familiare intesa in un significato particolarmente esteso; tanto più in presenza di effetti relativi ad "una situazione (familiare) consolidatasi da oltre dieci anni"».

[44] Si v. la recente pronuncia della Corte Cost., 09/03/2021, n. 32, in cui si legge che «La recisione del legame tra la madre biologica e la madre intenzionale, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo tra quest'ultima e il minore, rende evidente l'esistenza di una lacuna dell'ordinamento italiano nel garantire tutela ai minori e ai loro superiori interessi, intesa come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale. Risulta,

ISSN 2036-7821

degli Stati membri rispetto alla pratica della maternità surrogata – ciascun ordinamento gode, infatti, di un certo margine di apprezzamento in materia – occorre sempre che il riconoscimento del legame di filiazione sia garantito ad entrambi i componenti della coppia che non solo abbiano insieme ideato e attuato il progetto del concepimento, ma che abbiano esercitato in maniera congiunta la responsabilità genitoriale[45]. Orientamento certamente condivisibile se si riflette sulle conseguenze negative – in termini di pienezza ed effettività della tutela – del mancato impiego del principio del mutuo riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive in parola oltre i confini in cui esse sono sorte[46].

---

infatti, evidente che i nati a seguito di fecondazione eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, soltanto in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, quando destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il menzionato progetto, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi, in contrasto con il principio di eguaglianza. Spetta al legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, colmare il vuoto di tutela del preminente interesse del minore mediante una disciplina che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da procreazione medicalmente assistita praticata da coppia dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale. L'auspicata disciplina, tesa a garantire incomprimibili diritti dei minori, può tradursi nella riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento ovvero nell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione».

[45] Il vuoto di disciplina posto in rilievo dalla Corte Cost. nella sentenza 32/2021 cit., è stato ribadito da ultimo da Cass. Civ., sez. I, 21/01/2022, n. 1842, ove si statuisce che «laddove […] il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata; peraltro, è vero che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco, ma la frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri; se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (sentenza Corte Cost. n. 85 del 2013); gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si sono fatte carico le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti». In dottrina si v. A. ASTONE, *Omosessualità e filiazione tra tentativi di sovranismo e oscillanti aperture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 1171 ss.; V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, ivi, pp. 1109 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33)*, in *Consulta online*, 2021, pp. 348 ss.

[46] In tema di trascrizione dei certificati di nascita da maternità surrogata, chiarificatrici sono le riflessioni di M. CONTICELLI e F. DI LASCIO, *Cittadinanza amministrativa e diritti transnazionali* cit., p. 122: «La prima è la mancata applicazione, ai casi trattati, del principio del mutuo riconoscimento, per contro largamente impiegato per permettere, con garanzia delle libertà di circolazione, la fruizione di *status* non solo di natura patrimoniale o professionale ma anche di natura personale e familiare in Stati diversi da quello di origine. La seconda è

ISSN 2036-7821

3. *L'atto amministrativo transnazionale.*

Un efficace strumento per garantire la 'esportabilità' delle situazioni giuridiche soggettive in ambito europeo è rappresentato dall'atto amministrativo transnazionale[47] il quale, come dichiarato in premessa, consiste in un atto nazionale che, in forza di una norma comunitaria, dispiega i suoi effetti in altri Stati membri dell'Unione europea[48].

Il diritto comunitario – di origine giurisprudenziale prima, di matrice legislativa dopo – ha contribuito ad una limitazione dei controlli delle autorità pubbliche, facilitando la 'esportabilità' degli effetti degli atti amministrativi nazionali e spezzando lo stretto legame tra mercato e normativa statale[49].

La circolazione degli effetti dell'atto amministrativo nazionale e delle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio che da esso derivano[50] è conseguenza della presenza nella normativa di settore di una disciplina sostanziale di armonizzazione nonché, quando questa manchi, del meccanismo del mutuo riconoscimento[51]. Il Paese

---

l'affievolimento dei diritti e degli interessi sorti per effetto di un provvedimento ampliativo di certazione (quale il certificato di nascita) adottato nello Stato di origine nel momento in cui i titolari delle posizioni soggettive interessate si spostano nello Stato di destinazione. In tal senso, le situazioni amministrative transnazionali sembrano richiedere un rafforzamento delle istanze di tutela che appare necessario per garantire la pienezza delle situazioni giuridiche nel contesto europeo, come sottolineato in più occasioni anche dai giudici».

[47] La letteratura sul tema non è particolarmente copiosa. Per un'analisi approfondita si v. N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale* cit.; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo* cit.; ID., *Autorizzazioni transnazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 3-4, 2010, pp. 759 ss.; ID., *Cooperazione e conflitto nell'Unione amministrativa europea*, *loco ult. cit.*, fasc. 1, 2011, pp. 13 ss.; ID., voce *Atto amministrativo transnazionale*, in ***Enc. Treccani – Diritto on line***, 2017.

[48] Ad avviso di N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo* cit., l'atto amministrativo transnazionale costituirebbe una delle forme del mutuo riconoscimento, avendo l'obiettivo di garantire la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali.

[49] Sul punto si v. N. BASSI, *op. ult. cit.*, p. 12: «Agli sviluppi della giurisprudenza comunitaria cominciarono a un certo punto ad accompagnarsi anche le prime, inizialmente timide ma poi sempre più risolute, prese di posizione del legislatore comunitario, che si è avvalso del mutuo riconoscimento come leva per semplificare, e rendere più efficace, l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri aventi incidenza sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato interno». Gli interventi legislativi in parola hanno permesso al provvedimento straniero, emesso sulla base della normativa di armonizzazione, di produrre i suoi effetti anche negli altri stati membri dell'UE.

[50] L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo* cit., p. 10, parla di «effetto transnazionale» (o «effetto ultrastatale»).

[51] Sul punto cfr. N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale* cit.: «Quando si tratti della disciplina delle attività economiche, ogni sistema istituzionale nazionale, in nome dei principi sulla libera circolazione dei fattori produttivi e del canone della leale collaborazione, deve riconoscere in via di massima nel proprio ambito gli effetti prodotti dalla legislazione, e dai provvedimenti amministrativi di sua applicazione, di altri sistemi nazionali appartenenti all'Unione, considerandoli in definitiva equivalenti a quelli che esso stesso avrebbe prodotto in applicazione dei propri parametri di controllo». Poco avanti l'A. prosegue affermando che «vi sono oggi, in realtà, tanti meccanismi di mutuo riconoscimento, ciascuno dei quali sovente risponde a impostazioni diversificate ed è retto, di conseguenza, da precetti sostanziali e procedimentali non uniformi», ciò dipendendo dalla esistenza o meno di una normativa europea di armonizzazione (pp. 3-4).

ISSN 2036-7821

di destinazione, laddove ricorrano queste condizioni, non avrebbe il potere di sindacare la legittimità né l'opportunità del provvedimento emesso dall'amministrazione dello Stato d'origine, dovendosi, pertanto, limitare a garantire che l'atto produca i suoi effetti oltre i confini nazionali[52].

Per alcuni atti amministrativi l'effetto ultra-statale si determina automaticamente, consentendo al destinatario, dunque, di esercitare una libertà fondamentale in forza del solo titolo abilitativo contenuto nel provvedimento *de quo*[53]. In altri casi ancora, il provvedimento amministrativo deve essere oggetto di riconoscimento da parte dello Stato ospitante e, dunque, l'effetto transnazionale è subordinato all'esito positivo del controllo da parte degli uffici a ciò competenti[54].

A ben vedere, i due meccanismi differiscono fra loro perché solo in un caso la circolazione degli effetti del provvedimento in un altro Stato membro dell'UE è condizionato all'esito positivo del controllo preventivo da parte delle sue autorità a questo scopo preposte[55].

L'effetto transnazionale, pertanto, non si determina sempre alla stessa maniera, ciò dipendendo dalla maggiore o minore intensità di cooperazione fra gli Stati membri, anche, ma soprattutto, sulla base degli interessi pubblici coinvolti in ciascuna fattispecie[56].

---

[52] È ciò che L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo* cit., p. 45, definisce 'vincolo interamministrativo', il quale «comporta che l'amministrazione di destinazione non può (autonomamente) sindacare la validità del provvedimento di altri Paesi e deve connettervi le conseguenze stabilite; inoltre, il vincolo, a volte agisce in modo strumentale rispetto ad effetti ultrastatali, altre volte ha natura procedimentale e con esso si esaurisce l'effetto ultrastatale».

[53] Lo Stato ospitante, in questi casi, ha il divieto di richiedere il medesimo titolo abilitativo già rilasciato dal Paese d'origine. Per alcuni esempi si v. L. DE LUCIA, *op. ult. cit.*, pp. 73 ss., il quale al riguardo sostiene che «Per gli uffici di destinazione, il vincolo consiste nel divieto di pretendere che l'interessato si munisca di un ulteriore titolo abilitativo nel proprio ordinamento, nonché nella impossibilità di effettuare verifiche sulla validità o sull'opportunità dell'atto transnazionale e di contestare l'esistenza in concreto delle condizioni e dei requisiti in base ai quali lo stesso è stato rilasciato […]. In conseguenza, gli uffici nazionali devono consentire lo svolgimento dell'attività, dovendosi comportare come se il privato fosse titolare di un provvedimento emanato nel proprio ordinamento» (pp. 81-82).

[54] Sul punto si v. L. DE LUCIA, *op. ult. cit.*, p. 104, secondo cui, ad esempio «Il visto trimestrale non preclude […] alle amministrazioni di destinazione di effettuare controlli sullo stesso e sui suoi presupposti. Anzi ogni Stato può verificare – senza necessità di porre in essere particolari procedure – la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 5 della Convenzione cit., non costituendo un ostacolo il fatto che l'accertamento sia stato già svolto dall'amministrazione di origine». In questo caso, dunque, l'effetto ultra-statale non si determina automaticamente, essendo condizionato dall'esito positivo di determinati controlli nello Stato di destinazione.

[55] Sul punto cfr. N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale* cit., il quale sostiene che nei casi di mutuo riconoscimento condizionato l'amministrazione di destinazione «può operare un controllo sostanziale preventivo […] e può impedire l'ingresso degli effetti del provvedimento straniero sul suo territorio quando vi siano motivi oggettivi che ingenerino il timore di potenziali pregiudizi a discapito di taluni interessi pubblici fondamentali». Nei casi invece di mutuo riconoscimento automatico, l'amministrazione ospitante non può effettuare alcun controllo sul provvedimento, dovendosi limitare «a prendere atto dello stesso e del suo contenuto dispositivo o certificativo, senza poter attivare alcuna procedura di sindacato» (pp. 39-40).

[56] Ad avviso di N. BASSI, *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, fasc. 6, pp. 1582-1594, se per un verso, «il mutuo riconoscimento espressamente regolato dal diritto

ISSN 2036-7821

4. *I possibili limiti all'esercizio dei diritti soggettivi nell'Unione europea.*

Passando ora al piano ricostruttivo, occorre verificare quali potrebbero essere le conseguenze – sulla effettività dei diritti di libera circolazione e di non discriminazione – derivanti dal mancato riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive oltre i confini dello Stato in cui sono sorte.

Per lungo tempo, affinché una fattispecie fosse attratta nell'ambito del diritto euro-unitario, occorreva il verificarsi di un collegamento della stessa con il diritto dell'Unione[57].

Successivamente, con l'introduzione del concetto di 'cittadinanza europea'[58], la posizione della Corte ha subito una progressiva, non sempre lineare, ma netta evoluzione; l'ampio ventaglio di diritti connessi allo *status* di cittadino europeo comporta che il loro esercizio da parte dei cittadini degli Stati membri non è più limitato a specifiche materie (di competenza concorrente) e non viene in rilievo solo quando si tratti di dare attuazione a norme dell'Unione. La cittadinanza europea assume rilievo autonomo e costituisce il presupposto sufficiente perché il cittadino europeo possa far valere un diritto collegato allo *status* di cittadino europeo, purché

---

comunitario è da intendersi come automatico, nel senso che gli effetti dell'autorizzazione accordata dallo Stato membro di origine sono idonei a circolare attraverso le frontiere europee e a prodursi in tutti gli altri Stati membri senza necessità di alcun atto ufficiale di riconoscimento da parte loro», per altro verso, molti sono i «casi […] in cui il mutuo riconoscimento regolato dal diritto comunitario è subordinato a una decisione amministrativa dello Stato membro ospitante che accerti preliminarmente l'inidoneità del prodotto o dell'attività autorizzata nello Stato membro di origine a pregiudicare alcuni interessi collettivi interni riconosciuti di primaria importanza (in questo senso si può parlare di mutuo riconoscimento condizionato)» (p. 1584).

[57] L'applicazione del diritto euro-unitario ad una fattispecie interna avrebbe, senz'altro, determinato la sua rilevanza oltre i confini nazionali. In alcune pronunce la Corte ha ritenuto sufficiente un collegamento con il diritto dell'Unione anche indiretto per attrarre la fattispecie esaminata nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, talvolta richiamando l'art. 6, par. 3, TUE, che qualifica i diritti fondamentali, risultanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quali principi generali del diritto dell'Unione, di cui deve essere garantita la corretta attuazione. Si v. su questo punto Corte Giust. 11 gennaio 2000, causa C-285/98, Tanja Kreil c. Repubblica federale di Germania, in cui la Corte di Giustizia, dopo aver affermato che le decisioni riguardanti l'organizzazione e la capacità bellica delle Forze armate non rientrano nell'ambito di applicazione del Trattato, ha precisato che qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale, come quello alla parità di trattamento fra gli uomini e le donne, deve rispettare il principio di proporzionalità, il quale fa parte dei principi giuridici generali sui quali è basato l'ordinamento giuridico comunitario. In altri casi, la Corte di Giustizia si è avvalsa del concetto di cittadinanza europea per attrarre una fattispecie interna nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ma la giurisprudenza sul tema è molto vasta. Oltre alle pronunce precedentemente richiamate si v.: Corte Giust. 11 luglio 2002, causa C-60/00, Mary Carpenter c United Stated; Corte Giust. 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department; Corte Giust. 19 ottobre 2004, causa C-200/04, Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c Secretary of State for the Home Department; Corte Giust. 15 marzo 2005, causa C-209/05, Dany Bidar c Secretary of State for Education and Skills; Corte Giust. 30 marzo 2006, causa C-451/2003, Servizi ausiliari dottori commercialisti Srl c Giuseppe Calafiori; Corte Giust. 23 ottobre 2007, causa C-11/06 e C- 12/06, Rhiannon Morgan c Bezirksregierung Köln e Iris Bucher c Landrat des Kreises Düren; Corte Giust. 5 maggio 2011, causa C-434/09, Shirley McCarthy c Secretary of State for the Home Department.

[58] Artt. 20 del TFUE (ex art. 17 del Trattato CE) e 9 del TUE cit.

ISSN 2036-7821

sia possibile rintracciare un nesso diretto col diritto dell'Unione, come l'essersi avvalso della libertà di circolazione[59].

Pertanto, la Corte considera 'attratta' nell'ambito del diritto dell'Unione ogni questione riguardante la cittadinanza europea, a prescindere se la materia rientri nella competenza esclusiva degli Stati membri e se sia riscontrabile un collegamento col diritto dell'Unione, ad esempio perché l'individuo abbia esercitato uno dei diritti riconosciuti dal Trattato[60].

In altri termini, può riscontrarsi una netta tendenza della Corte di Giustizia a far emergere, anche in situazioni qualificabili come puramente interne o che non presentano elementi transfrontalieri, il nesso tra la tutela di un diritto e l'ordinamento dell'Unione, consentendo ugualmente ai cittadini di invocare le garanzie previste da questo ordinamento nei confronti degli Stati membri, precludendo l'applicazione di una normativa interna che impedisca o limiti il godimento di una libertà fondamentale, o comporti effetti preclusivi, anche solo potenziali, al suo esercizio.

Lo *status* di cittadino dell'Unione, dunque, è il collegamento da solo sufficiente ad attrarre la questione nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e a giustificare l'intervento della Corte per garantire al cittadino europeo la tutela ed il godimento dei diritti ad esso attribuiti[61]. Alla luce di tale interpretazione, la Corte reputa irrilevanti i limiti *ratione materiae* riconducibili alla competenza degli Stati membri[62].

---

[59] È esemplificativa la pronuncia della Corte Giust., 26 ottobre 2006, causa C-192/05, K. Tas-Hagen e R. A. Tas c Raadskamer WUBO van de Pensioen - en Uitkeringsraad, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi su una questione relativa al risarcimento del danno fisico e psichico subito dalle vittime di guerre civili, ha affermato che «Una normativa nazionale che pregiudichi taluni cittadini dello Stato membro interessato per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro costituisce una restrizione delle libertà conferite dall'art. 18, n. 1, CE a ogni cittadino dell'Unione». Con particolare riferimento agli *status* familiari, ad esempio, la libera circolazione ha permesso alla Corte di Giustizia di sindacare la compatibilità delle normative statali con il diritto euro-unitario. Sul punto cfr., in dottrina, I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, fasc.1, pp. 113 ss.

[60] Si v., fra le altre, le pronunce Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department cit.

[61] Il legame inscindibile ed esclusivo tra il possesso della cittadinanza di uno Stato membro e l'acquisizione, ma anche la conservazione, dello *status* di cittadino dell'Unione, e l'attrazione della questione nell'ambito dell'ordinamento euro-unitario si rinviene nella recentissima sentenza della Corte Giust., Grande Sezione, 09/06/2022, n. 673, in cui si legge che «il possesso della cittadinanza di uno Stato membro costituisce una condizione indispensabile affinché una persona possa acquisire e conservare lo status di cittadino dell'Unione e beneficiare pienamente dei diritti ad esso relativi. La perdita della cittadinanza di uno Stato membro comporta dunque, per la persona interessata, la perdita automatica del suo status di cittadino dell'Unione». Pertanto, «Gli articoli 9 e 50 TUE, nonché gli articoli da 20 a 22 TFUE, in combinato disposto con l'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, adottato il 17 ottobre 2019 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2020, devono essere interpretati nel senso che, dal momento del recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione, il 1° febbraio 2020, i cittadini di tale Stato che hanno esercitato il diritto di soggiorno in uno Stato membro prima della fine del periodo di transizione non beneficiano più dello status di cittadino dell'Unione né, in particolare, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera b), e dell'articolo 22 TFUE, del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nel loro

ISSN 2036-7821

Dall'esame della giurisprudenza emerge, pertanto, che restano non 'attratte' al diritto euro-unitario solo le situazioni giuridiche soggettive prive di qualsiasi legame con il diritto dell'Unione. Tuttavia, il loro mancato riconoscimento transnazionale potrebbe determinare delle ricadute di non poco conto sulla effettività dei diritti di libera circolazione e di non discriminazione[63].

4.1. *I principi di libera circolazione e di non discriminazione.*

Ritornando ad una delle esemplificazioni, descritte in premessa, potrebbe dirsi effettivamente garantita la libertà di circolazione del cittadino UE che, spostandosi oltre i confini del suo Paese d'origine, vede 'affievolito' il suo diritto di guidare un natante inferiore ai 40,8 CV senza patente nautica perché la legislazione dello Stato 'ospitante' è diversa sul punto?

Stato membro di residenza, anche qualora siano altresì privati, in forza del diritto dello Stato di cui sono cittadini, del diritto di voto alle elezioni indette da quest'ultimo Stato». Questa conseguenza, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, non è sproporzionata, ma è conseguenza automatica della decisione «sovrana» del Regno Unito di recedere dall'Unione. Sullo stretto ed indispensabile legame tra cittadinanza di uno Stato membro e cittadinanza europea si esprime analogamente il Trib. I grado UE, sez. VIII, 09/11/2022, n. 158.

[62] Sul punto si v. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive, in Dir. Un. Eur.*, fasc. 4, 2011, pp. 837 ss., secondo cui «specie dopo il richiamo espresso alla Carta contenuto nel Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali diviene una finalità a carattere generale e "trasversale" all'intera azione dell'Unione da perseguire nell'ambito dell'ordinamento integrato e non soltanto funzionale, ossia rilevante solo nell'esercizio delle competenze specifiche attribuite. Tale carattere trasversale della materia "tutela dei diritti dell'uomo" risulta anche dal Preambolo della Carta ("l'Unione pone la persona al centro della sua azione") nonché da alcuni articoli del TUE figurando tra i fini generali e fondamentali dell'Unione che caratterizzano l'insieme della sua azione (artt. 2, 3, 6, TUE), valori che sono, o dovrebbero essere, comuni a tutti gli Stati membri, tanto che una loro persistente violazione può comportare la sospensione dei diritti di uno Stato membro (art. 7 TUE). Dunque, l'intervento della Corte di giustizia con riguardo ad atti interni di competenza statale ma che incidono o interferiscono con i diritti dell'uomo consacrati nella Carta, assumendo di per sé rilevanza anche per l'ordinamento dell'Unione, non comportano, in realtà, un ampliamento delle sue competenze e una lesione del principio di attribuzione: la tutela dei diritti fondamentali – che costituisce "uno dei fondamenti stessi dell'ordine giuridico comunitario" – rientra ratione materiae nella competenza dell'Unione; se mai il problema riguarda il suo ambito di esercizio, cioè i confini entro cui può legittimamente svolgersi l'interessamento delle istituzioni dell'Unione» (p. 842).

[63] In termini efficaci si esprime F. DEANA, *Cross-border continuity of family status and public policy concerns in the European Union* cit., p. 1982, il quale afferma che «Therefore, when a EU citizen moves to a State (the 'host State' or 'State of destination') other than that in which his/her family relationships have been established, national authorities do not recognize validity and/or efficacy of those family ties, thus making them void and irrelevant in the host legal order. Even where family ties are recognized as valid, host State's legislation might downgrade them within the legal scheme of a different (usually less protected) status. Both situations are referred to as 'limping status'. This issue affects status established years before request for recognition, as well as status the establishment of which were the only reason why people moved abroad and then immediately moved back to the country of origin asking for recognition. Limping status might cause devastating consequences to status holder and his/her family members, such as impossibility to gain the citizenship of a given State, benefit from migration rights like family reunification and determine who holds parental responsibility or obligations of maintenance to a child or to a former spouse following divorce. In terms of EU law, restriction to free movement of people, genuine or strictly aimed at getting the status established, and eventually interference with the fundamental rights to private and family life may occur. Therefore, individuals can find protection under the EU legal order and the Council of Europe system».

ISSN 2036-7821

Le prime disposizioni sulla libertà di circolazione – contenute nel Trattato del 1957, che istituiva la Comunità economica europea – contemplavano la libera circolazione delle persone che svolgessero attività economiche (lavoratori subordinati ed autonomi, imprenditori), anche a prescindere dal carattere stabile o occasionale dell'esercizio di un'attività in un Paese membro diverso da quello di origine.
Progressivamente, come si è avuto modo di chiarire nel paragrafo precedente, la giurisprudenza ha consentito la libera circolazione ed il soggiorno in tutta la Comunità alla totalità delle persone che avessero la cittadinanza di un Paese membro, al di là delle ipotesi di mobilità identificate dal Trattato e collegate all'esercizio di un'attività[64].
È stato, pertanto, soprattutto il concetto di cittadinanza dell'UE a sancire il diritto delle persone di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri[65].
La principale pietra miliare nella creazione di un mercato interno volto ad assicurare la libera circolazione delle persone è stata la conclusione dei due accordi di Schengen,

[64] Questa posizione trova conferma nelle ultime pronunce della Corte Giust. Nella sent. C-2022/2 cit., alla questione posta dal giudice del rinvio, se gli artt. 20, paragrafo 2, lettera a), e 21, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con gli artt. 7, 21, paragrafo 1, e 24, paragrafo 2, della Carta, debbano essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro di cui tale minore è cittadino è tenuto a trascrivere un simile atto di nascita, per consentirgli di ottenerne un documento di identità, la Corte di Giustizia afferma che «un cittadino di uno Stato membro che, nella sua qualità di cittadino dell'Unione, abbia esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro d'origine, può avvalersi dei diritti connessi a tale qualità, in particolare di quelli previsti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, anche, eventualmente, nei confronti del suo Stato membro d'origine. Anche i cittadini dell'Unione che sono nati nello Stato membro ospitante dei loro genitori e che non si sono mai avvalsi del diritto alla libera circolazione possono invocare tale disposizione e le disposizioni adottate per la sua applicazione». Lo stesso principio di diritto si rinviene nella sent. della Corte giust., sez. IV, 05/05/2022, n. 451: «L'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro respinga una domanda di ricongiungimento familiare presentata a favore di un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che possiede la cittadinanza di tale Stato membro e che non ha mai esercitato la sua libertà di circolazione, per il solo motivo che tale cittadino dell'Unione non dispone, per se stesso e per detto familiare, di risorse sufficienti affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale nazionale, senza che si sia esaminato se sussista un rapporto di dipendenza tra detto cittadino dell'Unione e detto familiare di natura tale da far sì che, in caso di diniego della concessione di un diritto di soggiorno derivato a quest'ultimo, il medesimo cittadino dell'Unione sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione europea considerato nel suo insieme e sarebbe in tal modo privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo status di cittadino dell'Unione».

[65] In una delle decisioni più significative sul tema (Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department cit.), la Corte di Giustizia, premesso che il diritto di soggiorno in un Paese diverso da quello di origine era sempre stato condizionato allo svolgimento di un'attività economica, ha sottolineato che, a partire dal Trattato di Maastricht, è stato riconosciuto «il diritto a circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri all'introduzione nel Trattato dello status di cittadino europeo». In altre parole, lo svolgimento di un'attività lavorativa non è condizione perché la persona goda dei diritti di libertà di circolazione sanciti dal diritto comunitario, né i cittadini dell'Unione che si siano stabiliti in un altro Stato membro per svolgere un'attività di lavoro vengano privati, per effetto della cessazione di tale attività, dei diritti loro attribuiti dal Trattato.

ISSN 2036-7821

ovvero quello del 14 giugno 1985, e la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, firmata il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore il 26 marzo 1995[66].
Una prima evoluzione sul punto è stata certamente rappresentata dalle Direttive del 1990, che hanno esteso la libera circolazione agli studenti, a coloro che hanno cessato l'attività lavorativa e ai cittadini comunitari[67] a condizione della disponibilità di risorse adeguate a non gravare sui sistemi di sicurezza sociale interni[68].
Ma, anche in assenza di una disciplina di armonizzazione, la giurisprudenza comunitaria ha più volte sostenuto che la libera circolazione dei lavoratori è assicurata all'interno dell'Unione e comporta il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri e di soggiornarvi al fine di svolgervi un'attività di lavoro; che, inoltre, «la mancata presa in considerazione degli studi, attestati da diplomi, e dell'esperienza professionale che un lavoratore candidato a un'attività di lavoro ha rispettivamente compiuto e acquisito ricorrendo alla libertà di circolazione tra gli Stati membri riconosciuta dall'articolo 45 TFUE comporterebbe una limitazione di tale libertà fondamentale garantita dal TFUE»[69].

---

[66] Inizialmente la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (sottoscritta solo da Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi) era basata sulla cooperazione intergovernativa nel settore della giustizia e degli affari interni. Un protocollo al Trattato di Amsterdam ha disposto il trasferimento dell'*acquis* di Schengen nei Trattati.

[67] Direttiva 1990/364/CEE del 28 giugno 1990 concernente il diritto di soggiorno, direttiva 1990/365/CEE del 28 giugno 1990 relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, direttiva 1990/366/CEE del 28 giugno 1990 che disciplina il diritto di soggiorno degli studenti, attuate in Italia con D.Lgs. 26 novembre 1992, n. 470.

[68] L'art. 1 della Direttiva 364/1990, ad esempio, stabilisce che il diritto di soggiorno dei cittadini è garantito a condizione che essi beneficino «di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante».

[69] Così si legge nella recente pronuncia del Trib. I grado UE, sez. IV, 07/09/2022, n. 713. Nel caso di specie, osservano i giudici di Lussemburgo, «avendo effettuato i suoi studi universitari in Stati membri diversi da quello di cui è cittadino, ossia la Croazia, il ricorrente può avvalersi utilmente dell'articolo 45 TFUE nell'iter di accesso a un'attività lavorativa presso un'istituzione dell'Unione allorché tale istituzione non pone a tal fine sullo stesso piano il diploma di diritto che il ricorrente ha ottenuto in Francia e i diplomi di diritto di livello equivalente rilasciati in Croazia richiesti nel bando di concorso. Infatti, la libera circolazione dei cittadini degli Stati membri prevista dal TFUE non sarebbe pienamente realizzata se il beneficio di tale disposizione fosse negato a quei cittadini che si sono valsi delle possibilità offerte dal diritto dell'Unione e che hanno acquisito, grazie a queste possibilità, qualifiche professionali o universitarie in Stati membri diversi da quello di cui sono cittadini […]. Si deve inoltre constatare che l'articolo 45 TFUE, in mancanza di misure di armonizzazione adottate a tal fine sulla base dell'articolo 46 TFUE, non obbliga un ente, quando esso assume un lavoratore richiedendo che i candidati posseggano determinati diplomi, ad accettare automaticamente come equipollenti a questi ultimi altri diplomi, rilasciati in altri Stati membri, anche se tali diplomi attestano lo stesso livello di studi nello stesso settore. Infatti, in assenza di tale armonizzazione, un siffatto ente può definire le conoscenze e le qualifiche specifiche necessarie all'esercizio dell'attività lavorativa in questione e richiedere la presentazione di un diploma che attesti il possesso di queste conoscenze e di queste qualifiche […]. In particolare, un'istituzione dell'Unione dispone, a condizione che siano soddisfatti i requisiti minimi definiti nello Statuto, di un ampio potere discrezionale nel determinare i criteri di idoneità richiesti per i posti da coprire».

ISSN 2036-7821

Se la libera circolazione delle persone costituisce, oggi, un dato ineliminabile, cionondimeno è dubbio se da essa discenda la piena parità di trattamento tra i cittadini dello Stato 'ospitante' e i cittadini provenienti da altro Stato membro dell'UE[70].

Non solo il principio alla libera circolazione ma anche il principio di non discriminazione, che fa da scudo ad ogni forma di disparità di trattamento, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione. Esso ha rivestito un ruolo fondamentale nel lento cammino dell'integrazione europea, divenendo al tempo stesso uno dei diritti con maggiore dinamicità, avendo acquisito sempre più terreno in ambito sociale[71].

In particolare, il diritto fondamentale a non essere discriminati rinviene un'applicazione peculiare nel rapporto di lavoro, all'interno del quale è sempre stata più avvertita l'esigenza di garantire che la tutela del lavoratore non subisse un *vulnus* nei Paesi differenti da quello d'origine[72].

L'affermazione della diretta applicabilità del divieto di discriminazione, quale principio generale del diritto dell'Unione, nelle questioni relative ai rapporti di lavoro e, successivamente, in quelle attinenti alla religione o alle convinzioni personali, invocando direttamente la Carta dei diritti fondamentali, ha costituito il

---

[70] Cfr. S. AMADEO, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo"* cit., p. 73: «L'orientamento che emerge dalla giurisprudenza con riguardo alla libertà (non economica) del cittadino europeo rischia di dilagare anche nell'ambito delle libertà economiche di circolazione. Il primo segnale in tal senso è già stato dato: il turista (il destinatario di servizi) che circola attraverso i vari Stati membri non può vantare una completa parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali o a coloro che vantano uno stabile collegamento con il territorio. L'equiparazione fra cittadini europei e titolari delle libertà di circolazione, sotto questo profilo, appare di tipo negativo, e non di tipo accrescitivo (dei diritti); implica, in altri termini, che la circolazione attraverso le frontiere ha un costo in termini di "quantità" di diritti fruibili nelle varie partizioni territoriali. La Corte si è lasciata ispirare dalle indicazioni provenienti dal diritto derivato, perciò elevandole (anche al di fuori di un espresso rinvio dei Trattati) al rango di criterio interpretativo degli art. 18 e 21 TFUE. Tale orientamento è gravido di conseguenze per ciò che riguarda i rapporti tra legislatore e giudice dell'Unione. Forse preludio di un nuovo approccio di self-restraint in materia di libertà di circolazione, che sussume nel diritto primario le valutazioni dell'autorità politica, là dove lo stesso diritto primario presti a scelte attuative di carattere discrezionale. Ma è privo di effetti virtuosi […]: tale, anzi, da "scaricare" sul cittadino dell'Unione le asimmetrie derivanti dal mancato coordinamento dei regimi nazionali di assistenza sociale e reddito minimo, e da togliere incentivo al legislatore dell'Unione nel trovare soluzioni coordinate ai problemi (di bilancio) determinati dall'accesso di tutti all'eguaglianza».

[71] In dottrina si v. P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2002, pp. 75 ss.; F. MARINELLI, *Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea*, in *Dir. Rel. Industr.*, 2018, pp. 197 ss.; V. PICCONE, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in *Riv. critica Dir. Lav.*, 2009, pp. 9 ss.; L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), in *Dir. Lav. Un. Eur.*, Giappichelli, 2010, pp. 401 ss.

[72] Sul punto, fra gli altri, si v. V. ALLOCCA, *I recenti sviluppi del divieto di discriminazione dei lavoratori per età e religione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, fasc. 2, pp. 493-525; M. MARTONE, *Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale*, in *Argomenti del lavoro*, 2017, pp. 1 ss.

ISSN 2036-7821

punto di partenza anche per il riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive create all'estero[73].

La fonte del divieto è costituita dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[74], che ha ampliato il ventaglio delle situazioni nelle quali il rischio di subire un trattamento differenziato è maggiormente avvertito, rispetto a quelle già disciplinate dall'art. 19 TFUE, che attribuisce, invece, all'Unione la facoltà di adottare tutti i provvedimenti normativi «opportuni»[75] per combattere le discriminazioni. Al contrario, l'art. 21 della Carta non conferisce il potere di predisporre delle misure specifiche, ma sancisce un divieto generale di non discriminazione valevole per gli organi e le istituzioni dell'Unione, nell'esercizio delle loro competenze, nonché per gli Stati membri quando agiscono in attuazione del diritto europeo.

5. *Brevi considerazioni conclusive*.

È di palmare evidenza che le pronunce delle Corti europee e le scelte del Legislatore comunitario appaiono solo parzialmente in linea con l'obiettivo della integrazione europea e della effettività della cittadinanza europea.

Si è osservato che alcune Direttive comunitarie, contenenti norme di armonizzazione – pur se limitatamente ad alcuni settori –, hanno consentito una sempre maggiore

---

[73] Come, infatti, afferma A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* cit., p. 344: «Si verrebbe in tal modo a porre termine al trattamento discriminatorio cui sono attualmente assoggettate, sotto il profilo delle condizioni della rispettiva ammissione ad esplicare la propria efficacia sostanziale nel nostro ordinamento, le situazioni di diritto personale e familiare sorte all'estero in virtù di fatti naturali o di atti e negozi giuridici privati in raffronto a quelle traenti invece origine da sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali (specialmente divorzio o annullamento del matrimonio, adozione, accertamento giudiziale della paternità), le quali sono riconosciute indipendentemente dalla considerazione del diritto che vi sia stato applicato. Inoltre, e soprattutto, l'impianto generale del sistema ne risulterebbe di certo reso strutturalmente più adeguato a permettere un regolare assolvimento degli obblighi assunti dall'Italia sul piano internazionale e su quello europeo in tema di rispetto della vita privata e familiare e di garanzia della libertà di circolazione delle persone». Più avanti l'A. sostiene che «Non vi è dubbio d'altronde che, tanto in base ai principi contenuti nei Trattati europei in tema di libertà di circolazione delle persone, quanto ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la continuità transnazionale del nome costituisce oggetto di un diritto individuale la cui disponibilità è naturalmente di pertinenza del suo titolare. Ad esso dovrebbe quindi essere riservata la facoltà di scegliere se avvalersene o preferire invece una maggiore integrazione nella comunità in cui vive» (p. 346).

[74] La disposizione stabilisce che: «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità».

[75] L'art. 19 del TFUE, al par. 1, così recita: «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti *opportuni* per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

efficacia dell'atto amministrativo oltre i confini nazionali, sebbene – appare utile ricordarlo – l'effetto transnazionale non si determini sempre allo stesso modo. Al contempo, la giurisprudenza comunitaria invoca il meccanismo del riconoscimento per consentire al cittadino UE di portare con sé, fuori dai confini nazionali, il complesso dei diritti che compongono il suo *status* giuridico di cittadino nazionale, per evitare una limitazione – o, addirittura, una negazione – dello stesso godimento dello *status* di cittadino europeo.

Nelle pronunce dei giudici comunitari manca, invece, ogni riferimento al riconoscimento – o 'esportabilità' che dir si voglia – dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, che rappresentano, nell'ordinamento italiano, le principali situazioni giuridiche soggettive di cui è titolare il 'frontista'[76] del potere pubblico.

È questa – certamente – la conseguenza dell'assenza in ambito europeo di ogni riferimento ai rapporti tra potere e libertà e, dunque, tra P.A. e cittadini. È estranea all'ordinamento euro-unitario la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo e, di conseguenza, le differenze relative alle forme di tutela disciplinate dall'ordinamento italiano[77].

In un'ottica ricostruttiva, per un verso l'atto amministrativo transnazionale potrebbe essere un efficace strumento attraverso il quale garantire la 'esportabilità' negli altri Stati membri delle situazioni giuridiche soggettive, che trovano genesi in un atto amministrativo nazionale.

Per altro verso, valorizzando i diritti di libera circolazione e di non discriminazione, si potrebbe pensare ad un uso – da parte dei giudici – maggiormente flessibile del meccanismo del riconoscimento[78]. In altre parole, il riconoscimento giurisprudenziale delle situazioni giuridiche soggettive in Stati membri diversi da quello in cui sono

---

[76] Il termine è adoperato da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 435, ad avviso del quale è tale l'individuo capace «di opporsi a (ovvero pretendere) determinati atti e/o comportamenti assunti (o da assumere) dal soggetto amministrativo».

[77] Sul tema si è espressa M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale. Tra Corte di Giustizia e Corti nazionali*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1-2, 2014, pp. 126 ss., ad avviso della quale: «A livello europeo manca un'elaborazione teorica del rapporto amministrazione-cittadini così come si è sviluppata negli ordinamenti nazionali, poiché dagli obblighi discendenti dai Trattati non è possibile far derivare la distinzione interna tra sfera pubblica e sfera privata: l'assenza al livello del diritto europeo di elementi in a base ai quali poter desumere in termini espliciti lo stato giuridico del singolo rispetto all'azione della amministrazione europea lascia agli Stati membri il compito di sviluppare tale concetto in modo coerente con le specifiche impalcature costituzionali, con particolare riferimento al sistema della protezione giurisdizionale» (p. 174). Tuttavia, i principi di pienezza e di effettività del diritto europeo impongono che le posizioni giuridiche soggettive create da fonti sovranazionali non possano soggiacere ad un vuoto o a una diminuzione di tutela, quando siano introdotte nell'ordinamento giuridico nazionale e qualificate in modo diverso. Ne deriva, dunque, che una posizione giuridica soggettiva, di creazione sovranazionale, qualificata in Italia come interesse legittimo, non può ricevere una minore tutela per il solo fatto della diversa qualificazione.

[78] È stato evidenziato che i giudici nazionali abbiano spesso fatto ricorso anche al principio di proporzionalità: si v., a questo proposito, la già citata sentenza della Corte cost. 32/2011.

ISSN 2036-7821

sorte, potrebbe determinare una maggiore effettività dei diritti fondamentali del cittadino UE.

Ovvero, in un'ottica di politica del diritto, si potrebbe cercare di arginare il problema attraverso l'adozione di una Direttiva *ad hoc* che introduca una normativa di armonizzazione per quegli ambiti settoriali per i quali ancora forti sono le differenze tra le legislazioni degli Stati membri.

Il mercato comune – o unico, se si preferisce – diventerebbe, di conseguenza, l'ambito giuridico in cui troverebbero riconoscimento tanto i diritti e le libertà fondamentali previsti dai Trattati (a ciò essendo sufficiente l'esistenza in capo ad un individuo dello *status* di cittadino UE), quanto i diritti soggettivi, attribuiti al cittadino da una norma dell'ordinamento, e gli interessi legittimi, evidentemente nei limiti derivanti dalla loro necessaria correlazione all'esercizio del potere amministrativo.

ISSN 2036-7821