

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 2/2017

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Manlio Mazziotti †

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori †

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Flaminia Aperio Bella

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 2/2017

saggi

- Filippo Patroni Griffi, *Autonomie locali e nuove forme di democrazia: ovvero, del recupero della partecipazione* 157
- Gian Domenico Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta* 177
- Marco Ragusa, *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani. O forse due? Sulla distanza di approccio tra il d.lgs. n. 169 del 2016 e il regolamento (UE) n. 2017/352* 223
- Cristina Fraenkel-Haeberle, Flaminia Aperio Bella, *Gli "organi di ricorso" sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere pre-contenzioso ANAC* 263

osservatorio

- Emiliano Frediani, *La valutazione del rischio da ricerca universitaria all'estero: un «problema» in cerca di regole* 321

attualità

- Vincenzo Coccozza, *La mera abrogazione con decreto legge di disciplina oggetto di referendum abrogativo* 349

Filippo Patroni Griffi

AUTONOMIE LOCALI
E NUOVE FORME DI DEMOCRAZIA:
OVVERO, DEL RECUPERO DELLA PARTECIPAZIONE

“Oggi nella politica non c’è il respiro della storia,
ma solo l’affanno della cronaca.
La politica allora diviene [...] priva di passato, di memoria,
e quindi, schiacciata com’è sul presente, non offre futuro”
(Giorgio Van Straten, *L’impegno spaesato*, Roma 2002, 30)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili costituzionali. – 3. Profili di diritto amministrativo. – 4. Democrazia partecipativa e deliberativa: caratteri salienti e criticità. – 5. Il quadro di riferimento positivo. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema dei rapporti tra autonomie locali e l’attuazione, direi in via quasi sperimentale, di quelle che sono state definite “nuove forme” di democrazia percorre vari rami del sapere e varie discipline: dall’economia alla sociologia, nelle sue diverse specializzazioni, alla politologia, ma anche alla politica in senso stretto. Purtroppo non è certo tema estraneo al diritto e alla cultura giuridica, a meno che non si abbia una visione del giurista come mero interprete del sistema legale. Se è vero che, nella nostra tradizione, il giurista studia la legge e solo occasionalmente si occupa di farla, è anche vero che il giurista non può rimanere estraneo alla formazione delle norme che regolano la vita della comunità. Altrimenti avremo uno studioso del diritto, al meglio un “sistematico” del diritto;

* Relazione al Convegno su “Principio di sussidiarietà, servizi pubblici, procedure di democrazia partecipativa e deliberativa” tenutosi in occasione della IX Settimana di studi sulle Autonomie locali, Università del Piemonte orientale, Alessandria 8-9 maggio 2017.

ma continuerà a sfuggirci l'essenza del diritto e il ruolo del giurista: in una società che esprime bisogni e che ha necessità di regole delle relazioni di vita comune – in cui si risolve la “fattualità” del diritto – il giurista ha il compito di recepire le istanze che vengono dalla società, per il tramite degli strumenti della politica, e, anche attraverso il lavoro di studiosi e operatori di altre discipline, “ordinare” questi bisogni e queste relazioni per dar luogo a un assetto, aperto e flessibile, in cui i componenti della comunità possano riconoscersi.

L'autonomia delle comunità locali – che esprime la capacità della comunità di governarsi in un quadro politico e istituzionale unitario – è il terreno di elezione di una democrazia, intesa come forma di autogoverno, di prossimità, perché, per l'appunto, più vicina ai diretti amministrati e per questo maggiormente delimitata.

Questo è il motivo per cui il dibattito e l'esperienza di forme di esercizio della sovranità – perché questa è la manifestazione pratica della democrazia – si sono svolti prevalentemente nell'ambito territoriale locale, superando quella contrapposizione, troppo “bipolare”, tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa che ha riguardato, e riguarda tuttora, prevalentemente l'ambito politico e giuridico di livello nazionale.

Nella presente relazione tratteremo di democrazia partecipativa e democrazia deliberativa, cercando in primo luogo, di distinguerle tra loro (e non sono sicuro che ci riusciremo); ne valuteremo il rapporto rispetto alle forme che conosciamo di democrazia diretta, ma soprattutto il rapporto con la democrazia rappresentativa (che rimane la forma prevalente e, in qualche misura, ineliminabile di “democrazia dei moderni”); ne esamineremo alcuni strumenti concreti.

Da giuristi, occorrerà, sul piano del metodo, valutare le istanze politiche e sociologiche alla base di queste “nuove forme di democrazia” ed esaminarne i riflessi che possono avere sul piano degli istituti giuridici ma anche della stessa concezione del potere pubblico nei suoi rapporti con i cittadini.

Ne deriva che lo studio delle nuove forme di democrazia, riguardate con particolare riferimento al sistema delle autonomie, rileva per il giurista su due piani oramai distinti ma necessariamente convergenti del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. Necessariamente convergenti perché se il diritto costituzionale coglie alle origini l'atteggiarsi del potere, dell'autonomia e della posizione del cittadino, di cui delinea lo statuto, il diritto amministrativo costituisce la misura pratica di queste relazioni, rendendo concrete e attuali, in un dato ordinamento e quindi

in una data società, le sfere della libertà e dell'autorità, nel cui rapporto dialettico si risolvono lo statuto del cittadino e l'organizzazione del potere.

2. *Profili costituzionali*

I profili costituzionali coinvolti nel tema in oggetto sono essenzialmente due: il recupero della partecipazione e il sistema delle autonomie.

Il dibattito sulle nuove forme di democrazia è incentrato sul recupero della partecipazione; ed è comunemente associato alla crisi attuale della democrazia rappresentativa ma anche dei tradizionali strumenti di democrazia diretta (referendum di vario genere, petizione e simili), considerati comunque come una deroga alle forme "ordinarie" di democrazia rappresentativa.

È evidente che la democrazia rappresentativa classica può funzionare bene in uno Stato che, anche all'esito del suffragio universale, resti una comunità sostanzialmente omogenea; o, quanto meno, in cui sia accettato (per convinzione o di fatto, non rileva) che una certa classe dirigente assuma il governo diretto ed esclusivo della società: il rapporto governanti-governati si sostanzia nel momento del voto e quindi della scelta diretta non delle politiche, bensì di coloro che le propongono e che sono poi chiamati ad attuarle.

Ma vi sono oggi vari fattori di crisi del sistema: l'avvento dello Stato pluriclasse, la moltiplicazione dei centri di produzione normativa, nazionali e sovranazionali, che rispondono a istanze e logiche diverse, la stessa frammentazione del tessuto sociale, sfruttata ora dai populismi, ora dai "presidenzialismi" di turno, un'atomizzazione sociale¹¹ frutto del prevalere nelle organizzazioni della strategia dell'*exit* su quella della *voice* (per dirla nei termini di un bel libro di Albert O. Hirschman, per cui il dissenziente abbandona l'organizzazione per un'altra, anziché confrontarsi al suo interno)².

Questi sono tutti fattori che conducono, per certa misura inevitabilmente, alla crisi di un sistema che si rivela inadatto a rispondere alle esigenze di una democrazia pluralista, cioè di una società più complicata di

¹ L. RAFFINI, *La democrazia deliberativa come risposta alla crisi della partecipazione?*, in <http://www.cires.unifi.it/CMpro-v-p-256.html>.

² A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: responses to decline in firms, organizations and states*, 1970.

quella in cui la moderna democrazia rappresentativa è sorta; una società per certi versi più estesa, perché non limitata al territorio nazionale, e per certi altri svincolata dalla stessa nozione di territorio come la intendeva Carl Schmitt, e, al tempo stesso, una società in cui i bisogni degli appartenenti alla comunità si fanno più puntuali, concreti e pressanti.

Il resto lo fanno la crisi delle ideologie, che determina una crisi delle appartenenze e, di conseguenza, per come si è andato evolvendo il sistema dei partiti, la crisi dei partiti medesimi come ponte, canale di trasmissione delle istanze, tra società e Stato.

La situazione italiana attuale – non dissimile per molti versi da quella delle altre democrazie, specie europee – è frutto di un lento percorso di crisi, che, dopo la stagione delle ideologie e delle fedi, caratterizzato, nel bene e nel male, da un forte impegno nella politica, la quale “sembrava la strada per ottenere la felicità”³, passa da una fase di “impegno spaesato” a una sostanziale depoliticizzazione della società, che si manifesta nella critica della politica come spazio istituzionale di governo della società. Questa depoliticizzazione che accompagna la crisi delle istituzioni democratiche rappresentative, a ben guardare, si caratterizza per un declino del valore e della pratica della partecipazione.

Si pone quindi un interrogativo: come recuperare la partecipazione?

E, per prevenire possibili obiezioni tecnocratiche o efficientiste: è necessario recuperare una partecipazione diffusa? O le esigenze di buon funzionamento della società inducono a privilegiare la governabilità rispetto al consenso, sì da spingere la democrazia rappresentativa verso forme di stabilità dei governanti che, pur senza arrivare a involuzioni autoritarie, consentano di lasciare i cittadini tra le file dei governati, degli amministrati, dei sudditi?

Perché di questo si tratta: in un bel libro su individuo e società nel Medioevo, Walter Ullmann⁴, storico di Cambridge, descrive il passaggio dell'individuo dallo *status* di suddito *fidelis*, proprio della concezione medievale, a quello di cittadino, con l'affermarsi di un umanesimo che trasferisce l'interesse della cultura giuridica dal diritto oggettivo ai diritti fondamentali/naturali dell'individuo, che poi si arricchiranno, una volta acquisiti i diritti, nei doveri di solidarietà della moderna idea democratica.

Le risposte offerte alla crisi della partecipazione democratica sono apparentemente molte, e talune radicali: dall'idea dell'uomo forte, deli-

³ G. VAN STRATEN, *L'impegno spaesato*, Roma 2002, 21.

⁴ W. ULLMANN, *Individuo e società nel Medioevo*, 1966, trad. it., Bari 1974.

neato dalle forme di presidenzialismo che si traducono in esecutivi in grado di “governare da soli”, alle teorie populiste dove un leader interpreta e incarna le istanze e i bisogni del “popolo”, un popolo ben diverso da quello cui eravamo abituati dalle teorie contrattualistiche alla base della prima idea democratica.

Quello che ci dobbiamo chiedere è se il recupero della partecipazione possa avvenire, e in che modo, all’interno della forma democratica come l’abbiamo sin qui vissuta; e se questo recupero possa condurre, più che a frenare la crisi odierna, a invertire il senso di marcia, iniettando nuove forme di partecipazione, e quindi di esercizio della sovranità, nei modelli di elaborazione delle decisioni pubbliche, tanto da individuare – come la dottrina prevalente è portata a ritenere – nel recupero della partecipazione un percorso che possa condurre a una integrazione e a un completamento delle forme di democrazia rappresentativa, in una visione diversa e moderna della stessa.

In altri termini, una democrazia (più e diversamente) partecipata come nuova e moderna declinazione di democrazia rappresentativa; e partecipazione come nuova e moderna declinazione di rappresentanza.

La valenza costituzionale della partecipazione è spesso sottolineata dalla dottrina, che richiama innanzi tutto l’articolo 1 della Costituzione, che, “nel riferirsi alla titolarità e soprattutto all’esercizio della sovranità da parte del popolo, ne sottolinea la valenza partecipativa”⁵ e l’articolo 2, che rimanda “alla dimensione relazionale e associativa delle formazioni sociali [...] che costituiscono una istanza di partecipazione alle diverse dimensioni del vivere sociale”⁶.

Inoltre, è stato incisivamente affermato che il fine della democrazia pluralista è “dare una nuova dimensione al rapporto tra la sfera dell’autorità e la sfera della libertà, consegnando ai cittadini gli strumenti per mezzo dei quali essi possano affermare la loro personalità e partecipare [...] al governo dello Stato”⁷: il che potrebbe condurre in prospettiva utopica (cioè irraggiungibile, ma con la forza di stimolo propria dell’utopia marcusiana) a risolvere le due sfere in un’unica sfera, in cui l’autorità dei governanti possa risolversi nella libertà dei governati⁸.

⁵ E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa*, in *Diritto e Società*, 2016, 493 ss.

⁶ *Ibidem*.

⁷ T. MARTINES, *La democrazia pluralista, Opere, I, Teoria generale*, Milano 252-253.

⁸ M. LUCIANI, *Articolo 75-Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma 2005.

Dove si può dispiegare, come luogo privilegiato, questo recupero della partecipazione? Sul territorio; perché noi tutti viviamo in un territorio e, anche quando ci spostiamo, siamo pur sempre su un territorio. Sul territorio si svolge la vita di ciascuno di noi e la prima comunità pubblica in cui ci ritroviamo è la “comunità locale”.

L'individuo è indissolubilmente legato a un territorio, anche se lo spazio in cui si muove e vive inevitabilmente varia, ma pur sempre su un territorio.

Per citare la letterata americana ecologista, nativa Chickasaw, Linda Hogan, “*what happens to people and what happens to the land is the same thing*”⁹.

Passiamo ora al secondo elemento di raffronto di valenza costituzionale: il sistema delle autonomie.

È noto il percorso accidentato che, dall'Unità ad oggi, ha attraversato l'assetto costituzionale delle autonomie territoriali: gli enti locali che emergono nell'ordinamento unitario sono le province e i Comuni, enti bicefali, concepiti come articolazione amministrativa dello Stato centrale (finalmente) unitario (le province più dei comuni), che a mano a mano (soprattutto i Comuni) si arricchiscono della logica di autogoverno delle comunità territoriali, che ne fa enti di democrazia sul territorio, enti esponenziali dell'interesse generale della comunità territoriale (perciò “enti a fini generali”), correttamente individuati come titolari di una funzione di indirizzo politico-amministrativo (altrimenti definito dal Mortati: indirizzo politico “minore”), insito nel concetto stesso di autonomia in senso tecnico.

Lo svolgimento successivo della parabola, concettuale e di diritto positivo, delle autonomie (come è stata definita da Giuseppe Palma¹⁰) è ricco di contraddizioni.

Quanto alle regioni, penso alla loro contestata previsione in sede costituente e alla loro ritardata istituzione; a un disegno attuativo che, da ente politico e programmatico come era stato pensato, ne fa un ente prevalentemente gestionale; al recente dibattito in sede di riforma costituzionale, anch'esso non del tutto lineare, frustrato comunque dalla mancata approvazione della riforma.

Quanto alla tormentata vicenda delle province, oscillante tra conclamata loro abolizione e incremento di fatto del loro numero, la situazione

⁹ L. HOGAN, *Dwellings: a Spiritual History of the Living World*, 1996, 89.

¹⁰ G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale. Vol. 1. Trattati di una parabola concettuale*, Napoli 1982.

attuale si appalesa incerta per come determinatasi dal combinato disposto della mancata approvazione della riforma costituzionale e dell'assetto delineato dalla legge Delrio che quella riforma assumeva a presupposto.

Resta – ma non è poco – il Comune. Certo sono troppi e troppo piccoli, stretti tra desiderio di autonomia e una dipendenza finanziaria che in tempi di crisi può strangolare. Ma è nei Comuni che si svolgono le funzioni che maggiormente attengono alla vita amministrativa; ed è sul territorio comunale che si realizzano gli interventi anche di valenza nazionale.

Il Comune diventa “luogo” di una duplice partecipazione: da parte dei cittadini all'esercizio delle funzioni comunali (e delle città metropolitane) o anche sovracomunali (urbanistica, servizi sociali in senso lato); da parte dei Comuni medesimi (e, per il loro tramite di enti esponenziali della comunità locale, ancora dei cittadini) delle funzioni, specie programmatiche, e degli interventi che, sia pur di livello regionale o nazionale, ricadono comunque sul loro territorio. E, come vedremo, uno dei temi di partecipazione di maggiore rilevanza è costituito proprio dalla definizione dei conflitti in ambito locale tra istanze nazionali e istanze territoriali.

Si rivela così che l'autonomia è indissolubilmente legata alla partecipazione, direi che ne costituisce il luogo elettivo di svolgimento. E dal sistema delle autonomie è quindi ragionevole partire per sperimentare quel recupero della partecipazione che può svolgere una influenza diretta e sistemica per una visione e una organizzazione moderne della democrazia.

È stato infatti giustamente detto che “ha senso introdurre un'autonomia sul piano istituzionale in quanto sia sicuro che essa serve a vivificare la partecipazione sociale [...] come presenza attiva nella gestione di amministrazioni comuni”¹¹.

Centrale rilevanza, sul piano costituzionale, nella visione di un recupero della partecipazione attraverso il sistema delle autonomie, assumono gli articoli 5 e soprattutto 118 della Costituzione: il primo conclama il principio autonomistico; è grazie al secondo, però, che gli enti locali (*in primis* il Comune) si ritrovano in una duplice posizione: per il principio di sussidiarietà verticale, come terminale di prossimità di un governo multilivello; per il principio di sussidiarietà orizzontale, come luogo di coinvolgimento nelle scelte amministrative di soggetti pubblici, privati e

¹¹ G. BERTI, Art. 5, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1975.

del terzo settore¹², i quali si atteggiano a corpi intermedi, essi stessi organismi di prossimità per attività di interesse *generale*¹³.

3. *Profili di diritto amministrativo*

Passiamo ai profili di interesse per il diritto amministrativo coinvolti dal nostro tema.

Tra legislazione e amministrazione vi è continuità, come si è detto. Perché è sul piano dell'amministrazione che si realizzano in concreto il modello di cittadinanza e il modello di autonomia. Ed è sul piano dell'amministrazione – e qui si richiede una particolare attenzione dell'amministrativista – che si è sviluppato il dibattito, anche di ordine giuridico, sulla democrazia partecipativa e la democrazia deliberativa.

Va detto, in premessa, che l'idea di partecipazione è risalente nella cultura giuridica amministrativista del secondo dopoguerra. Gli studi sul procedimento amministrativo – dal fondamentale studio di Sandulli sul procedimento come contenitore formale in cui si svolgono le relazioni, per l'appunto “formalizzate”, tra cittadino e amministrazione, agli studi sulla funzione come forma di esercizio del potere in Giannini e Benvenuti, fino agli studi mirati sulla partecipazione di Cassese, Pastori e Berti (per limitarci ai maggiori) – l'elemento della partecipazione è stato centrale nello studio dei fenomeni amministrativi e soprattutto delle relazioni tra cittadino e pubblici poteri.

Può sembrare, e in gran parte lo è, che la partecipazione al procedimento amministrativo nei suoi termini classici sia qualcosa di distante dall'idea di partecipazione come forma di una nuova democrazia, di cui stiamo parlando oggi.

Ma, se si tiene presente che la partecipazione nel procedimento è stata vista, al di là del dato garantista del contraddittorio, come “partecipazione collaborativa” finalizzata alla ponderazione degli interessi pubblici e dei privati, mi sembra che le acquisizioni teoriche, con ricadute pratiche, dei più recenti studi sul procedimento e la stessa disciplina positiva che dal 1990 ha avuto grande impulso, possano avere risvolti utili nel dibattito sul recupero di partecipazione in una visione moderna di democrazia non a caso definita partecipativa o deliberativa.

¹² L. RAFFINI, *Op. cit.*, 6.

¹³ B. DI GIACOMO RUSSO, *Il cittadino consumatore e la sussidiarietà orizzontale*, in *Labsus Paper n. 20/2011*.

Risale agli anni Settanta il dibattito sugli interessi diffusi o collettivi o adespoti, che dir si voglia, che individua in queste posizioni un interesse legittimo strumentale di tipo procedimentale o partecipativo, che delinea una partecipazione all'esercizio della funzione indipendente dalla titolarità di una posizione legittimante rispetto a un dato bene di titolarità individuale. È la natura del bene (ambiente, paesaggio), per lo più collegato all'assetto del territorio – bene in senso giuridico (nel senso che fu di Pugliatti) e di natura collettiva (oggi qualcuno direbbe “comune”, ma non amo questo termine in senso giuridico) – che determina l'interesse sostanziale; e tale interesse ha natura procedimentale e contenuto partecipativo.

Questa tipologia di interessi si distingueva sin da allora non solo dagli interessi partecipativi in funzione di contraddittorio, ma anche dai cd. apporti collaborativi in materia urbanistica (le osservazioni ai piani regolatori), proprio perché sganciati dalla titolarità di un bene su cui interferisse la funzione amministrativa (la “contiguità” territoriale aveva solo la funzione processuale di radicare la legittimazione in concreto) e volti a far valere nell'esercizio di un potere una situazione riferibile a un bene “comune”. Il valore giuridico tutelato era cioè la partecipazione alla funzione amministrativa. E subiva numerose limitazioni, la più grave delle quali è costituita dalla non applicazione dei principi e della disciplina della legge n. 241 del 1990 agli atti generali e di programmazione. Ma *in nuce* entra nell'esercizio del potere pubblico l'idea, legislativamente sanzionata, della funzione partecipata, quando non co-decisa.

Altro concetto cardine alla base delle idee di una democrazia partecipata, sul versante dei principi di diritto amministrativo, è quello della trasparenza.

Anche questo principio si fa largo nel nostro ordinamento, prima implicitamente poi espressamente ricompreso tra i principi della legge n. 241 del 1990 novellata, e trova riscontro, nel testo originario, nella disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi. Quest'ultimo è accolto in una forma assai ristretta, lontana dalla stessa proposta della Commissione Nigro che alla elaborazione di una legge generale del procedimento aveva lavorato, in quanto il “diritto” all'accesso – in realtà, come chiarito dall'Adunanza plenaria¹⁴ in una diatriba tra le tesi del diritto e dell'interesse legittimo, mera posizione strumentale di conoscenza correlata in-differentemente a un diritto o a un interesse legittimo – è delineato come

¹⁴ Cons. St., Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6.

posizione “qualificata e differenziata” di un soggetto in relazione a un’attività o alla conoscenza di un documento o altre informazioni (purché già “formalizzate”) in possesso dell’amministrazione e che lo riguardino.

Siamo quindi ben lontani da una configurazione del diritto di accesso come espressione, dal lato dell’organizzazione, di trasparenza amministrativa, e, dal lato del cittadino, come strumento di partecipazione democratica.

La trasparenza ha però conosciuto due importanti tappe successive, che ne hanno delineato il percorso evolutivo nel senso, a mio avviso, di strumento di democrazia partecipativa all’azione amministrativa e di controllo diffuso sulla stessa; finalità di controllo diffuso pacificamente negata, per converso, al diritto di accesso, secondo la costante giurisprudenza e la prevalente dottrina.

Mi riferisco, in primo luogo, alla legge n. 69 del 2009 e al relativo decreto legislativo n. 150 del 2009, che prevedono: in funzione strumentale alla trasparenza, obblighi di pubblicità di numerosi aspetti, organizzativi e procedurali, dell’amministrazione, in dichiarata funzione di consentire un controllo diffuso sull’operato dell’amministrazione. Il relativo disegno è completato con il codice della trasparenza (d.lgs. n. 33 del 2013), che introduce una forma di accesso civico volto a far valere, da parte di “chiunque”, l’inosservanza degli obblighi di pubblicità.

Mi riferisco, come seconda tappa, alla recente riforma Madia, che ha trasformato il richiamato accesso civico, in un diritto di accesso generalizzato a qualsivoglia informazione o documento in possesso dell’amministrazione, nei soli limiti – da vedere quanto estesi – posti a tutela di interessi di particolare rilevanza.

4. *Democrazia partecipativa e deliberativa: caratteri salienti e criticità*

Democrazia rappresentativa e democrazia diretta hanno – secondo una dottrina¹⁵ – il presupposto comune di un accentramento del potere nelle mani dei governanti (la democrazia diretta, proprio perché non può essere totale, presuppone una democrazia rappresentativa di tipo “tradizionale”, nell’ambito della quale si individuano strumenti “diretti”).

Il pluralismo democratico tende a decentrare la sovranità e a renderne meno episodico, e più stabile e sistemico, l’esercizio da parte della

¹⁵ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano 2011, 271-294.

collettività. Gli strumenti di democrazia deliberativa e partecipativa, per l'appunto, tendono ad aprire i processi decisionali e alla massima inclusione in essi, provando a dar vita alla famosa dichiarazione di Lincoln a Gettysburg (1863): "governo del popolo, per il popolo, da parte del popolo".

Questo – come si è detto – è particolarmente vero sul terreno delle autonomie locali, per la loro tradizione, perché organismi di prossimità, per la loro esponenzialità che li rende titolari di una funzione "partecipata" di indirizzo politico-amministrativo e quindi elemento costitutivo della sovranità popolare; si da far considerare l'intero comparto autonomistico come un luogo di "scomposizione ricostruttiva della sovranità".

Le relazioni definitorie tra democrazia partecipativa e deliberativa sono discusse e incerte; tanto da potersi dubitare della scientificità della differenza e, soprattutto, della sua utilità. I più sono d'accordo (Luciani) nel chiarire che l'aggettivo "deliberativa" mutuato dal termine inglese "*deliberative*" non va inteso, come da noi comunemente, in rapporto al "deliberare, decidere". *Deliberation* indica piuttosto un percorso, un metodo di confronto tra opinioni, pareri, interessi in gioco in una scelta politico-amministrativa all'esito del quale viene assunta (in genere non da coloro, o non da tutti coloro che hanno partecipato al confronto) una decisione, che risulta così partecipata. Nel metodo deliberativo – come ci insegna la letteratura, giuridica e non – si perviene "a una opinione (che può trasformarsi in decisione) in forma collettiva, a seguito di un processo dibattimentale"¹⁶. Si chiarisce, inoltre, che si tratta di "un gioco a somma positiva" in cui l'esito del processo è una sintesi avanzata degli interessi e dei punti di vista in gioco¹⁷; e quindi non una mediazione degli interessi in conflitto.

Mediazione e bilanciamento degli interessi presuppongono una scelta autoritaria, comunque dall'alto; la decisione che proviene da un percorso deliberativo (se viene) si forma dal basso. Per questo si dice che la democrazia deliberativa si basa sulla ragione: "le persone vengono convinte dalla forza dell'argomento migliore"¹⁸.

La differenza tra democrazia partecipativa e deliberativa è dibattuta¹⁹; e le tesi si contrappongono: vi è chi intravede un rapporto tra *genus*

¹⁶ L. RAFFINI, *Op. cit.*, 8.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, in *Stato e mercato*, 2005, 97.

¹⁹ Per una sintesi del dibattito si veda E. ROSSI, *Op. cit.* e M. LUCIANI, *Op. cit.*

e *species*, in cui peraltro le posizioni spesso si invertono, e chi cerca di includere nel concetto di democrazia deliberativa il momento della decisione finale. Credo che un dibattito che si risolve in questioni terminologiche sia abbastanza inutile dal punto di vista non solo dogmatico, ma anche pratico. Tanto che proverei a suggerire una formula di sintesi di formato tradizionale: democrazia partecipata, tratta dalla formula del procedimento (amministrativo) partecipato.

Vi sono due modi di intendere, dal punto di vista dei partecipanti, l'apporto collaborativo: si può partecipare per dare voce e rilievo al proprio modo di intendere e vedere l'interesse generale; oppure per rappresentare e fare affermare il proprio interesse particolare. La partecipazione di cui parliamo è del primo tipo, anche se poi si tratta di vedere cosa si intenda per interesse generale: l'interesse di tutti o l'interesse considerato tale dall'ordinamento (es. ambiente)? E possono esserci più interessi in conflitto tra loro, tutti "generalisti"? (Sicuramente, come è noto, possono aversi più interessi tutti "pubblici" in conflitto tra loro).

Se l'obiettivo del metodo deliberativo è pervenire alla "migliore decisione", in termini sia di consenso sia di efficacia, si impongono alcune caratteristiche che di quel metodo diventano i tratti salienti e, al contempo, possono costituire i punti critici. Guardiamoli schematicamente:

a) Il primo profilo è la tempestività del coinvolgimento: i cittadini non possono essere coinvolti per approvare o meno una decisione già presa; trovandoci di fronte a un metodo di formazione della decisione, è ovvio che il coinvolgimento deve avvenire sin dall'inizio del processo, quando è ancora possibile l'opzione zero.

b) Il secondo profilo è la disponibilità delle informazioni. Il metodo deliberativo richiede un confronto informato. A tal fine vengono in rilievo due aspetti strumentali: la trasparenza e l'accesso ai dati; il supporto tecnico di forme di analisi di impatto. L'autorità pubblica o il privato responsabile di un intervento devono mettere a disposizione del processo quella che si definisce un'analisi di impatto. Sappiamo, dalla pur diversa esperienza dell'Analisi di impatto della regolazione (Air), che, nell'esperienza internazionale, sono rinvenibili due tipologie di analisi di impatto: quella di marca britannica, snella e schematica, in cui sostanzialmente si spiegano i *pro* e i *contra* dell'intervento progettato, si indicano le alternative, si considera l'opzione zero, si calcolano i costi; quella di marca nordamericana, molto più complessa e rivolta agli addetti ai lavori. La democrazia partecipativa richiede la prima forma di esposizione delle informazioni, per evitare che, con la seconda, si accentui il distacco dei

cittadini dal processo decisionale, che resterebbe affidato all'autorità, ai soggetti attuatori e, al più, alla comunità dei tecnici.

c) Il terzo profilo è la definizione della procedura. Qui si tratta in primo luogo di individuare la platea dei partecipanti; ed è una scelta ad alto tasso di politicità: difficilmente può ridursi ai soli destinatari diretti, ma è ragionevole delimitarla ai soggetti che presentino un significativo attaccamento territoriale rispetto all'intervento da realizzare. Al di là del territorio, va qui segnalato un rischio: il militante non è un buon deliberante, perché tende ad affermare la propria idea in conflitto con gli altri²⁰ e, al più, è disponibile alla mediazione; il metodo partecipativo, per contro, richiede un cittadino "attivo" e tende a coinvolgere soggetti disponibili al confronto e alla sintesi delle idee.

In secondo luogo, occorre evitare, nel delineare la procedura, che l'enfasi su modelli e processi vada a discapito dei contenuti: il confronto deve avvenire su scelte opzionali ben costruite e il rispetto della procedura fine a sé stessa non soddisfa l'esigenza della democrazia partecipata ed esalta il ruolo dei "professionisti della partecipazione".

d) Il "governo del processo" va affidato a un soggetto pubblico, possibilmente in posizione di indipendenza, o allo stesso ente locale, che possa farsi garante di una scelta nell'interesse generale. La difficoltà, è evidente, sorge con riferimento alle opere di interesse nazionale che riguardi più territori: qui bisogna evitare sindromi NIMBY (*Not In My Back Yard*) e LULU (*Locally Unwanted Land Uses*) e, più in generale, escludere ogni diritto di veto individuando, al termine del processo nel tempo prestabilito, una sede deputata alla decisione finale in un tempo stabilito; è ovvio che, nel momento in cui non si trovassero ragioni condivise, la deliberazione ben può finire con una votazione, ma obbligando il decisore a tenere seriamente in considerazione le posizioni emerse nel procedimento, posizioni che saranno tanto più forti e si imporranno, anche sul piano giuridico, al decisore finale, quanto più saranno proprie di un'ampia platea che si sia costruttivamente confrontata addivenendo a conclusioni largamente condivise.

Si segnalano due ulteriori aspetti critici.

Il primo riguarda il rapporto tra tecnica e politica, cui si è già fatto cenno. È chiaro che decisioni riguardanti complessi interventi sul territorio presuppongono, ai fini di una loro valutazione, una corretta e comple-

²⁰ D.C. MUTZ, *Hearing the Other Side. Deliberative versus Participatory Democracy*, Cambridge 2006.

ta informazione sul versante tecnico. La cosa non è facile: è complicato “trasmettere” complesse considerazioni tecniche a una platea di cittadini non tecnicamente preparati; perché oramai anche la tecnica è un’opinione e la strumentalizzazione del sapere tecnico (che purtroppo si presta a tali strumentalizzazioni) alla politica è assai diffusa. Ma è evidente che imboccare il metodo deliberativo richiede un forte coinvolgimento dei comuni mortali nelle valutazioni di ordine tecnico.

Il secondo aspetto è il rapporto con il procedimento amministrativo; ed è profilo prevalentemente giuridico. Non vi è dubbio che il procedimento amministrativo viene di norma a valle della decisione al fine di realizzarla²¹, ma mi sembra altrettanto evidente che quanto più si riuscirà ad attrarre nell’orbita del procedimento in senso giuridico la fase della formazione della decisione, tanto più ne risulterà rafforzata la partecipazione democratica, nel senso di una partecipazione non solo strutturata, ma anche “armata” in sede giurisdizionale, e quindi più *appealing*.

Gli istituti della democrazia partecipativa/deliberativa – o, come si è detto, partecipata – sono dei più vari.

La letteratura e le esperienze richiamano pratiche che vanno da forme organizzative locali (consigli o comitati di quartiere), ai vari *forum*, alle consultazioni pubbliche o con la modalità del *notice-and-comment*, ai sondaggi deliberativi, in cui una platea ristretta di soggetti viene progressivamente meglio informata addivenendo a una “deliberazione” sempre più mirata.

Più note sono le esperienze dei bilanci partecipati, in cui una quota del bilancio dell’ente viene “riservata” ai cittadini che ne determinano l’allocazione, e quelle dei programmi di qualificazione o rigenerazione urbana, cui sono chiamati a partecipare i cittadini del territorio.

5. *Il quadro di riferimento positivo*

5.1. Il quadro internazionale di riferimento del concetto di democrazia deliberativa/partecipativa – che da ora definiremo “democrazia partecipata” – è costituito, in primo luogo, sul piano, per così dire, “sovranazionale”, dalla Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio di Europa sulla partecipazione dei cittadini alla vita pubblica a livello

²¹ Per un approfondimento si veda E. ROSSI, *Op. cit.*; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 14.

locale (2001), in cui si afferma una partecipazione attiva alle politiche locali consistente nell'adattare i processi decisionali al perseguimento delle mutevoli esigenze e aspettative dei cittadini.

Abbiamo poi l'articolo 11 del Trattato di Lisbona (2007) – che segue il Libro bianco della Commissione sul *Sistema di governo europeo* (2001) – che individua quattro ambiti di partecipazione: attività di tipo informativo, attività di tipo “consultativo” (un “dialogo aperto, trasparente e regolare” tra istituzioni e società civile), un metodo partecipativo costante nei procedimenti amministrativi, una sollecitazione dei cittadini alle istituzioni a intervenire su date materie.

L'OCSE ha classificato le forme di partecipazione sulla base della loro capacità di influenzare le decisioni, distinguendo le procedure relative in procedure di informazione (dal governo ai cittadini), di consultazione (dai cittadini al governo) e di partecipazione attiva, tendente a produrre proposte politico-amministrative congiunte di cittadini e “governi”.

Quanto agli ordinamenti stranieri sono solitamente ricordati²², a proposito della Repubblica tedesca, il Rapporto della *Enquete-Kommission* del 2002, e, a proposito della Spagna, la ricerca effettuata dalla Scuola della pubblica amministrazione del Governo catalano su circa cinquanta esperienze di partecipazione attiva di cittadini, che vanno dai *forum* di Agenda 21 alle giurie di cittadini, ai comitati di quartiere.

L'esperienza più significativa, soprattutto per noi, si ha in Francia, dove si utilizzano due pratiche definite di democrazia partecipativa: il ricorso a “esperti” nelle decisioni politico-amministrative ad alta valenza tecnica; e la partecipazione dei cittadini. È evidente che la prima forma – di cui non può disconoscersi l'importanza nel processo decisionale – non ha nulla a che vedere con la democrazia partecipata e anzi corre il rischio di incrementare l'incidenza dei corpi tecnici e delle *élites* nel processo decisionale; tutt'al più questo metodo può essere inserito nel percorso della democrazia partecipata come base conoscitiva informata nel confronto tra cittadini.

Dalla *Loi de proximité* del 27 febbraio 2002 alla legge 27 dicembre 2012, n. 1460, le forme di democrazia partecipata nascono soprattutto nel settore ambientale per poi estendersi a ogni intervento avente un rilevante impatto sul territorio.

Dopo le deludenti esperienze dei comitati di quartiere e dei referendum locali di varia natura, gli strumenti più significativi sono l'inchiesta

²² B. GBIKPI, *Op. cit.*

pubblica e il dibattito pubblico. L'inchiesta pubblica, che nasce nei procedimenti espropriativi e viene poi recepita nel codice dell'ambiente, è gestita da un commissario governativo nominato dal presidente del tar e, secondo una procedura ben scansionata, perviene a un rapporto finale di cui l'amministrazione decidente non può non tener conto. Il dibattito pubblico è esteso a tutta la platea dei soggetti comunque interessati ed è gestito da un'autorità indipendente (CNDP), ma anche in questo caso i risultati sono reputati modesti sia in termini di partecipazione sia quanto a influenza sul decisore pubblico.

5.2. In Italia, a livello nazionale, e sul piano positivo, si può richiamare ben poco.

Di recente, a esempio di democrazia partecipativa, sono stati richiamati: a) il cd. baratto amministrativo (art. 190 codice dei contratti pubblici), in cui uno o più cittadini possono proporre all'ente locale un progetto in cambio di sconti fiscali: qui il dato giuridico rilevante è l'assunzione di una posizione giuridica qualificata del proponente all'esame del progetto da parte dell'amministrazione; b) il dibattito pubblico (art. 22 codice dei contratti pubblici), di cui si sono già avute sperimentazioni anche positive (per esempio, per la realizzazione della cd. Gronda a Genova, una strada di 20 km all'interno del comune): è rivolto alle comunità locali, si svolge sul progetto di fattibilità e le osservazioni vanno rivolte in vista del progetto definitivo. Purtroppo ogni valutazione in concreto dell'istituto è rinviata, ancor prima che alla sua attuazione pratica, all'emanazione del regolamento attuativo, stante la genericità del codice su molti e rilevanti aspetti.

Vorrei infine segnalare come un altro istituto che, sul versante del giudizio amministrativo, avrebbe potuto costituire uno strumento di partecipazione, la cd. azione correttiva nei confronti della pubblica amministrazione, volta a sollecitare l'esercizio della funzione amministrativa soprattutto nel settore dei servizi, abbia avuto un'applicazione pressoché nulla.

5.3. A livello regionale, tradizionalmente si cita in primo luogo lo statuto della Regione Toscana, che prefigura un modello organizzativo (un organismo di consultazione permanente denominato "Conferenza permanente delle autonomie sociali") e un modello funzionale che delinea procedimenti "aperti" ogni qual volta si debba adottare una decisione, di livello legislativo o amministrativo.

Nella legislazione regionale²³, si richiamano normalmente la L.R. Toscana 2 agosto 2013, n. 69, e la L.R. Emilia Romagna 9 febbraio 2010, n. 3. La seconda sembra delimitare la platea dei partecipanti (i “destinatari” della decisione) e utilizza un unico “processo partecipativo”, che sfocia in un “documento di proposta partecipata di cui le autorità decisionali si impegnano a tener conto” (art. 10). La legge toscana apre il percorso a tutti gli interessati nell’ambito territoriale di riferimento e prevede due moduli partecipativi: il dibattito pubblico e i processi partecipativi locali. Per quanto ci interessa, il dibattito pubblico si svolge “nelle fasi preliminari di un progetto, di un’opera, di un intervento, quando tutte le opzioni sono ancora possibili”, in alcuni casi è obbligatorio e in altri facoltativo in relazione alla tipologia degli interventi, ha una durata prestabilita, si conclude con un rapporto finale pubblicato.

I processi partecipativi locali sono gestiti da un organismo indipendente (Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione) e sono liberamente proposti, ma non possono parteciparvi i gruppi organizzati e le associazioni, secondo un modello quindi ben diverso da quello della cd. partecipazione organica.

5.4. Una valutazione sintetica delle esperienze positive induce a questa considerazione: in Italia e soprattutto all’estero si possono rinvenire buone pratiche puntuali, cioè relative a singole vicende, di democrazia partecipata; e non sempre necessariamente sorrette dal dato normativo.

Quanto invece alla sistemazione del fenomeno sul piano del diritto positivo e a una sua applicazione generalizzata l’esperienza (non solo italiana, Francia *docet*) è francamente deludente.

Occorre interrogarsi sul perché. Ma la risposta più immediata è che, al di là del progressivo diffondersi di una cultura partecipativa, di singole esperienze e di cornici giuridiche talvolta dignitose, la pratica quotidiana dei comportamenti, delle amministrazioni ma anche dei cittadini, tende a “dimenticare” la partecipazione attiva, in cambio di un rassegnato disimpegno o di un impegno “militante” che spesso poco ha a che fare con il merito delle questioni, al servizio come si pone di una cattiva politica che preferisce la contrapposizione a tutti i costi rispetto alla ricerca (e alla fatica) del confronto e della soluzione delle questioni concrete.

²³ Per un approfondimento del tema si veda E. ROSSI, *Op. cit.*

6. *Conclusioni*

Oggi si fa un gran parlare di democrazia diretta come modo per avvicinare i cittadini alla politica. In qualche misura questo è vero: gli strumenti di democrazia diretta (referendum, petizione, consultazioni in genere, soprattutto in rete) sono modi di partecipazione indubitabili. Ma se, da una parte, essi possono divenire occasione di mero “sfogatoio” di passioni e inibizioni o invidie, forma quindi, se anche, di “democrazia immatura”; per converso, dall'altra, se ben utilizzati, costituiscono solo una piccola parte di ciò che si richiede a una partecipazione democratica modernamente intesa, come partecipazione al processo decisionale delle politiche pubbliche. Sono pur sempre – come si è detto – eccezione, deroga a un modello che resta prevalentemente di democrazia rappresentativa.

E, per la verità, penso che la democrazia rappresentativa sia ancora il miglior modello possibile di democrazia delle società moderne.

Ma una democrazia rappresentativa deve saper rimodellare e adattare gli strumenti di rappresentanza alle esigenze e ai mutamenti della società. E quindi non si può che sostenere l'idea di una democrazia partecipata nelle decisioni più importanti della comunità, che non si esaurisca nel mandato elettivo, nel voto, ma che sappia di volta in volta individuare strumenti, non occasionali ma stabili, di coinvolgimento dei “governati” non sudditi alle scelte amministrative di gestione della cosa pubblica.

Alla lunga, la pratica di questi strumenti consentirà di superare le maggiori criticità che si sono viste essere proprie delle nuove forme di democrazia: diritto di veto, sindrome NIMBY e LULU, conflittualità esasperata.

La conoscenza delle cose, dei fatti e il confronto costruttivo “educano” la popolazione; e costringono i governanti a prendere decisioni che non possono prescindere dalle risultanze emerse dal processo “deliberativo”.

C'è una vignetta di Altan in cui uno dice: “Sono per la democrazia diretta”; e l'altro: “Diretta da chi? E diretta dove?”.

Una democrazia partecipata nel senso vero, senza debordare dal modello di democrazia rappresentativa occidentale, può per converso accelerare il percorso verso una democrazia matura, in cui il cittadino accorci i tempi incerti delineati da un altro grande creatore di strisce, Schulz, che fa dire al suo Snoopy: “Sono una persona diretta. Magari un giorno capirò anche dove”.

La democrazia partecipata, a partire da e soprattutto sul terreno delle

autonomie locali, può essere l'innesto moderno e vitale di cui ha estremo bisogno, nelle attuali condizioni, la democrazia rappresentativa, cioè, il cittadino non suddito; ma nemmeno il cittadino "totale" cui condurrebbe l'abbandono del modello rappresentativo: come ammoniva Norberto Bobbio, "il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia, non meno minacciosa, dello Stato totale [...] perché hanno in comune [...] che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della *polis*, la politicizzazione integrale dell'uomo, la risoluzione dell'uomo nel cittadino"²⁴.

La riflessione sul tema odierno, mentre lo studiavo, mi ha indotto a una strana, per certi versi, considerazione.

La prima impressione – forse originata dalla presenza nel dibattito di studiosi non giuristi – è stata quella di avere a che fare con un argomento basato, nella peggiore delle ipotesi, su astrazioni, parole, concetti vaghi; nella migliore, su materiale per la riflessione di sociologi e politologi.

Poi mi sono reso conto che mi sbagliavo. Un giurista, che voglia essere tale, non può prescindere dallo studio tecnico-giuridico dei fenomeni e degli istituti e da una buona dose di "dogmatica", che io preferisco definire "sistematica ordinante". Deve, in altri termini, conoscere il diritto, i suoi meccanismi, i suoi tecnicismi, i suoi Autori, la sua storia.

Ma il diritto non è scienza astratta. È scienza pratica – come ci insegnano i filosofi; e deve tener conto di ciò che le altre scienze umane sono capaci di insegnare.

Il tecnicismo giuridico non può essere un'esercitazione logica, ma deve essere uno strumento di comprensione della realtà.

In altri termini, il diritto deve poter servire alla gente e non ai giuristi.

Se così si ragiona, si comprende che gli istituti di cui si è trattato sono utili a far sì che il diritto serva ai cittadini e alla società; anzi che *serva i* cittadini e *la* società, in funzione per l'appunto servente.

In tal modo, l'impegno civile non sarà più "spaesato", ma cosciente e "partecipato".

²⁴ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 35.

Gian Domenico Comporti

LA FLESSIBILITÀ
NELLE NEGOZIAZIONI PUBBLICHE:
QUESTA SCONOSCIUTA

SOMMARIO: 1. Il problematico punto di partenza: formalismi procedurali ed automatismi decisorii per assicurare l'isolamento "tibetano" delle stazioni appaltanti. – 2. La (nuova) sfida delle direttive europee del 2014 e la babele degli obiettivi e dei regimi giuridici. – 3. La difficile visione della unitarietà sostanziale dell'operazione economica. – 4. La duplicazione dei passaggi: l'aggiudicazione tra proposta e decisione finale. – 5. Il passaggio alla serie negoziale: la stipulazione. – 6. Il ruolo guida dell'Anac tra vigilanza collaborativa e linee guida: la riscoperta di vecchie pratiche di osservanza. – 7. I riflessi sul processo: l'attrazione fatale verso una giustizia oggettiva. – 8. In conclusione: una (ancora attesa) rivoluzione culturale contro i rischi della burocrazie celeste.

1. *Il problematico punto di partenza: formalismi procedurali ed automatismi decisorii per assicurare l'isolamento "tibetano" delle stazioni appaltanti*

L'analisi che segue vuole essere un tentativo di inquadramento delle recenti novità normative in tema di contratti pubblici in una prospettiva più ampia e distesa, che fuoriesca dal mero commento calligrafico del vigente e dell'emergente, per attingere a qualche possibile considerazione di maggiore respiro.

Il punto di partenza è a tutti noto ed è rappresentato dal modello domestico dell'evidenza pubblica che, nato all'insegna della risalente esigenza "ragionieristica"¹ di circondare ogni momento negoziale di una "ben adatta controlleria"² per garantire un uso trasparente delle risorse

¹ M.S. GIANNINI, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24* (1988), ora in *Scritti (1984-1990)*, III, Milano 2006, 803.

² Come si legge nella Relazione alla prima legge unitaria in materia (l. 2 aprile 1869 n. 5026), i cui passaggi sono citati da F. P. PUGLIESE, *Sulla formazione contrattuale pubblica*

collettive, ha ben presto condotto all'irrigidimento delle forme di contrattazione ed alla spersonalizzazione delle scelte negoziali in ossequio ai miti costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento³, finendo poi per assumere una strategica importanza quale via "complessa"⁴ per superare "la reciproca irriducibilità"⁵ di istanze pubblicistiche e moduli privatistici di azione. Di qui il doppio collegato paradosso: di un rapporto negoziale che nasce orfano della parte che pure ne dovrebbe essere il principale artefice, in quanto l'amministrazione "non può agire con quell'interessamento con cui tratterebbe gli affari quando fossero suoi proprii"⁶ ed è costretta a ritirarsi in un isolamento quasi "tibetano", passando le giornate a curare i fiori di loto anziché a vivere in attrito con la realtà⁷; e di un interesse pubblico che, per quanto ripetutamente evocato in senso fideistico, come salvifico termine di riferimento di ogni sua vicenda, finisce per rappresentare null'altro che un astratto luogo di "nessuno"⁸, denunciando – al di là del mito – un'assenza di significato, un vero e proprio vuoto, che, ai fini che qui interessano, rileva quale incapacità reale di discernimento e di scelta delle soluzioni più adatte al caso concreto.

Simile impianto, che si sorregge su una complicata rete di formalismi

dopo l'unificazione, in *Quaderni storici*, 1971, 731. Sul tema sia consentito rinviare, in generale, a G.D. COMPORTI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivo di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 235.

³ F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1474.

⁴ G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia* (1990), ora in *Scritti scelti*, Milano 2009, 632.

⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 663.

⁶ Vividamente rappresentato nella voce *Appaltatori-Appalti*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, pubblicato con autorizzazione del Governo dall'avv. L. VIGNA e da V. ALIBERTI, I, Torino 1840, 290.

⁷ L'immagine, o se si vuole la forzatura, trae spunto dall'intervista rilasciata, a margine del dibattito suscitato da alcune inchieste giudiziarie relative alla gestione degli appalti da parte della Consip, dall'amministratore delegato LUIGI MARRONI: "Non siamo monaci tibetani che passano le giornate a curare i fiori di loto. Siamo persone che vivono nel mondo" (cfr. l'intervista pubblicata su *Corriere della Sera*, 4 marzo 2017, nonché il commento di S. CASSESE, *Il monaco tibetano inesistente*, *ivi*, 5 marzo 2017).

⁸ Molto chiaramente delineato da certa letteratura verista: dal *Mastro don Gesualdo* (1889) di Giovanni VERGA (citato nel senso del testo da G.D. COMPORTI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. ec.*, 2012, 576), fino a *Il giorno del giudizio* (1979) di Salvatore SATTA, ove si legge la seguente lapidaria condanna della mitologia in esame: "Cosa pubblica e cosa di nessuno sono la stessa cosa" (citazione tratta dall'edizione Adelphi, Milano 1979, 180).

decisori e di ritualità burocratiche⁹ e si alimenta della cultura del limite e del sospetto, è stato più volte inutilmente sfidato dai tentativi di riforma che, negli ultimi decenni, si sono susseguiti¹⁰ nel tentativo di allineare il sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo¹¹ che, nell'ottica dell'implementazione delle tradizionali libertà (di circolazione delle merci, di stabilimento e di libera circolazione dei servizi¹²), privilegia invece la flessibilità decisionale ed incentiva le capacità tecniche (interne ed esterne all'amministrazione) e l'innovazione.

2. La (nuova) sfida delle direttive europee del 2014 e la babele degli obiettivi e dei regimi giuridici

L'ultima sfida¹³ offerta dal recepimento delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014 è stata così colta dal Consiglio di Stato in sede di parere sull'articolato attuativo della delega: «occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici in Italia, in una nuova filosofia che coniuga flessibilità e rigore, semplificazione ed

⁹ Che, da una parte, non risolvono il problema della corruzione, come testimoniato dai racconti-verità raccolti da M. CORRADINO, *È normale... lo fanno tutti. Storie dal vivo di affaristi, corrotti e corruttori*, con Prefazione di R. CANTONE, Milano 2016, il quale dà pure atto che "il settore degli appalti è quello in cui il fenomeno corruttivo è più ampio" (*ibid.*, 97). Dall'altra, rappresentano un freno al cambiamento in quanto generano un spirito di corpo più sensibile alle voci di dentro che ai bisogni dei cittadini, come messo in luce di recente da F. GIAVAZZI, G. BARBIERI, *I signori del tempo perso. I burocrati che frenano l'Italia e come provare a sconfiggerli*, Milano 2017.

¹⁰ M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 991.

¹¹ Si veda in generale l'efficace sintesi di M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297.

¹² Richiama l'attenzione sulle libertà fondamentali, rispetto alle quali la concorrenza avrebbe un valore strumentale e non finale o in sé, M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 740.

¹³ Nella Relazione al disegno di legge delega per l'attuazione delle direttive europee (A.S. n. 1678, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 18 novembre 2014) si parla di «importante occasione per rivedere e razionalizzare la materia nel suo complesso, al fine di creare un sistema più snello, trasparente ed efficace, necessario per garantire la certezza giuridica nel settore e assicurare un'effettiva concorrenza e condizioni di parità tra gli operatori economici». Cfr. P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano 2015; L. FIORENTINO, *Il nuovo Codice degli Appalti: un'occasione per modernizzare il sistema*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 425; M. RICCHI, *La foresta pietrificata. Cambiare approccio per appalti e concessioni: le Direttive UE e il loro recepimento*, in *Riv. trim. app.*, 2016, 659.

efficienza con la salvaguardia di insopprimibili valori sociali e ambientali (...).» Con la precisazione che si tratta di «una sfida storica affidata a un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme “il combinato disposto” degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti»¹⁴.

Al di là dell'enfasi retorica unanimemente riposta sull'importanza del momento, dalla lettura di questi passi, così come dal catalogo programmatico degli obiettivi contenuto negli artt. 4 e 30, c. 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, si trae un senso di smarrimento e di confusione, in quanto si percepisce la sensazione di un progetto tanto ambizioso quanto sovraccaricato di troppe finalità ed aspettative differenti. In particolare, tenendo presente che la riforma si inquadra nella strategia “Europa 2020” per accrescere l'efficienza della spesa pubblica ed il rilancio dell'economia continentale, non appare chiaro se la stessa sia concepita come misura anticiclica per risvegliare il mercato e resistere alla crisi economica in atto, con il rischio allora che si tratti di un'ennesima manovra “per distrazione” per dirla con l'ultimo Fabio Merusi¹⁵, oppure miri davvero ad aumentare la qualità e le capacità¹⁶ di stazioni appaltanti ed operatori economici. In questa situazione, è concreto il rischio dell'inconsapevolezza e della forza inerziale, ovvero che la riforma in atto sia vissuta come mero adempimento/attuazione¹⁷ di un pacchetto di norme imposto dall'Europa, senza che maturi la dovuta chiarezza sulla direzione verso cui muoversi e, soprattutto, rinunciando ancora una volta a compiere scelte decise in ordine alla prospettiva culturale su cui investire in termini di azioni e di competenze¹⁸.

¹⁴ Cfr. il parere reso dalla Commissione speciale, 1 aprile 2016 n. 855, punto n. 1.c.9. della motivazione.

¹⁵ F. MERUSI, *L'imbroglione delle riforme amministrative*, Modena, 2016.

¹⁶ Come notato da L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 608, “il problema centrale è (...) la costruzione della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, che sorregga scelte discrezionali attendibili e tecnicamente adeguate”.

¹⁷ Come in effetti testualmente si legge nel titolo del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 che, rinunciando all'uso del più evocativo termine “codice” pure suggerito in sede di legge delega e di parere del Consiglio di stato, implicitamente suona come ammissione di assenza di una nuova ed organica visione.

¹⁸ Come opportunamente notato dal Consiglio di stato, Comm. speciale, 7 aprile 2016 n. 890, in sede di parere sullo schema di decreto legislativo recante il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, ma con argomentazioni che assumono una valenza più generale, al di là del fattore normativo, per il successo di una riforma appare

In questa babele di fini, neppure il quadro macro delle regole del gioco è rassicurante¹⁹.

Si è passati, infatti, dagli oltre 600 articoli e 58 allegati (contro i circa 300 di Spagna e Francia, i 49 della Gran Bretagna e i 38 della Germania²⁰) del Codice del 2006 (e del relativo regolamento attuativo del 2010) ad un assetto che – partendo da un più articolato impianto normativo delle direttive, a testimonianza di un orizzonte valoriale estremamente dilatato nel tempo²¹, e passando attraverso una laboriosa manovra di elaborazione della legge delega che ha condotto (rispetto ai 14 principi e

indispensabile un'opera di «capacitazione delle amministrazioni (*rectius*, degli amministratori)» da un punto di vista (oltre che organizzativo-procedimentale e giuridico, anche) professionale (che guardi cioè alla soluzione concreta del problema dei cittadini) e tecnico (che consideri cioè «anche gli aspetti economici delle problematiche all'esame»): «senza questo lavoro sul “fattore umano” (...) ogni nuovo meccanismo (...) appare destinato a diventare l'ennesima “buona legge” non applicata in concreto» (punto n. 5.2 della motivazione).

¹⁹ Come messo in evidenza, tra i primi commenti, da R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, relazione al Convegno di Varenna del 27 settembre 2016; ID., *Le procedure di scelta del contraente*, relazione al Convegno su “L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia”, Lecce, 28-29 ottobre 2016; M. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 437. Analoghe le preoccupazioni manifestate oltr'Alpe, come testimoniano P.B. STIRN, *La dispersion des normes*, in *Rev. dr. publ.*, 2017, 5; P.P. DEVOLVÉ, *La dualité des normes, le cas des contrats*, *ibid.*, 11.

²⁰ Le divergenze dei vari sistemi amministrativi, al di là dell'euforica retorica della “convergenza”, è messa in evidenza da E. FERRARI, *Convergenze e divergenze del diritto amministrativo nell'Unione Europea – Osservazioni sulla base delle figure dell'atto amministrativo e dell'aggiudicazione di contratti pubblici in Germania ed in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1.

²¹ Confrontando la direttiva 2004/18 con la direttiva 2014/24 si è avuto questo sviluppo: da 51 considerando, 84 articoli e 12 allegati, a 138 considerando, 94 articoli e 15 allegati. Sul fronte degli interessi considerati, è ormai acquisito che la tutela della concorrenza tra imprese, che dovrebbe essere funzionale alla ricerca della migliore offerta del mercato, deve bilanciarsi in ogni fare della gara con interessi diversi, quali quelli ambientali, sociali e del lavoro (considerando 40), o ancora quelli afferenti «alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale, o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile» (considerando 41). Interessi che permeano ormai in modo trasversale tutte le fasi dei contratti pubblici, tanto da influire anche sulla valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta economicamente più vantaggiosa sub specie del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 76, comma 2, lett. a); o legittimare appalti riservati, in deroga al principio generale di massima partecipazione e di libera concorrenza, in favore di categorie protette (c.d. laboratori protetti) e di operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone disabili o svantaggiate o nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30% dei lavoratori appartengano a tali categorie protette (art. 20); fino a condizionare le vicende esecutive dell'appalto (art. 70).

criteri direttivi, indicati nell'articolo unico del disegno di legge n. 1678 comunicato alla Presidenza del Senato il 18 novembre 2014) alla definizione degli attuali 71 principi e criteri direttivi indicati nell'articolo 1, comma 1, della legge n. 11 del 2016 (oltre tutto, a loro volta, divisi in sottounumerazioni in modo da triplicare le lettere dell'alfabeto) – ha portato ad un nuovo testo che risulta composto di 220 articoli, frutto di uno “stile compattatore”²² che ha portato a mettere insieme anche disposizioni relative ad istituti diversi e non coerenti con la rubrica²³.

Ancora, la sostituzione del modello rigido del regolamento unico con un sistema attuativo più flessibile e snello affidato ad una pluralità di strumenti normativi ed amministrativi di secondo livello, implica che il quadro regolatorio di primo livello necessita di progressiva integrazione per opera di almeno 55 atti attuativi di varia natura e provenienza²⁴. Inoltre, residuano ancora almeno una ventina di regimi disciplinari transitori (art. 216) e speciali per ragioni di importo o di ambito.

In questo panorama complesso e confuso²⁵, vecchio e nuovo convivono in termini problematici, rendendo alquanto difficoltosa l'emersione di chiare direttrici di cambiamento del sistema.

3. *La difficile visione della unitarietà sostanziale dell'operazione economica*

La più chiara ipotesi del passato è rappresentata dalla disciplina, di tipo formale e frazionata per fasi distinte e successive, del procedimento di affidamento dei contratti di appalto e di concessione delle amministra-

²² Come l'ha definito, prima dell'abrogazione a sorpresa del secondo comma per effetto del correttivo, M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, Relazione al convegno dell'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti su “Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici”, Cortina, 8 luglio 2016.

²³ Com'è il caso, citato proprio da MARCO LIPARI, dell'art. 211, che, sotto la rubrica “pareri di precontenzioso dell'Anac”, comprendeva (prima della sua abrogazione, di cui si dirà *infra*) anche un istituto non avente finalità precontenziose come la raccomandazione vincolante di cui al secondo comma.

²⁴ La cui aggiornata ricognizione è stata da ultimo compiuta dal Consiglio di stato, Comm. speciale, 30 marzo 2017 n. 782, in sede di parere sullo schema di correttivo al codice.

²⁵ Diffuso è il rilievo dell'incertezza normativa in materia che si legge nelle Relazioni di *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017* dei Presidenti dei Tar (si vedano ad esempio quella del Presidente del Tar Lazio, Carmine Volpe, del 15 febbraio 2017; quella del Presidente del Tar Toscana, Armando Pozzi, 1 gennaio-31 dicembre 2016; del Presidente del Tar Campania, Salvatore Veneziano, del 24 febbraio 2017).

zioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché incarichi di progettazione e di idee. L'art. 32 dell'attuale codice ricalca infatti, nella sostanza e salvi alcuni limitati aggiustamenti, peraltro coerenti con la tradizione, il contenuto del previgente art. 11 del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i., che, a sua volta, assumeva carattere prevalentemente riassuntivo e ricognitivo dell'assetto disciplinare che si era andato stratificando nel nostro ordinamento a fare data dalla normativa De Stefani sulla contabilità generale dello stato per effetto anche dei principi elaborati dalla giurisprudenza e consolidati dalle prassi amministrative. Per simile via, e nonostante che nella legge delega figurasse il criterio direttivo di garantire in ogni caso «l'ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina» (art. 1, c. 1, lett. b, l. 28 gennaio 2016, n. 11), viene data sostanziale continuità ad una "architettura barocca"²⁶, che, se da un lato consente il perdurante impiego e l'adeguata sistemazione delle note categorie concettuali (interessi-valori pubblici-profilo tecnici, discrezionalità amministrativa-discrezionalità tecnica, flessibilità-vincolatezza, interessi legittimi-diritti soggettivi, violazione di legge-eccesso di potere) che marcano la specificità del settore disciplinare, per altro verso costituisce un ingombrante e deformante filtro che impedisce la piena intelligenza dell'unitaria "operazione economica" che si cela dietro gli adempimenti burocratici²⁷.

Si spiega così perché, nonostante tracce di questa logica operativa "più ampia e più duttile"²⁸, che guarda alla "sostanza economica" dell'affare²⁹, nel nuovo impianto normativo – grazie per esempio al richiamo del concetto di costo del ciclo di vita dell'appalto, quale base di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 95, c. 2, e 96), o alla

²⁶ G. PERICU, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, cit., 638. Sulle particolarità del modello, in aderenza alle considerazioni sviluppate nel testo, si veda in particolare S. C. MATTEUCCI, *Dai contratti a evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, Padova 2013, 296.

²⁷ F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo*, Milano 1982, 328.

²⁸ U. BRECCIA, *Il contratto e l'attività di negoziazione fra pubblico e privato. Nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni duemila*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1046. Si è sottolineata l'importanza di questa differente prospettiva in G.D. COMPORNI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015, par. 5.

²⁹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGERI, IV, 13, Napoli 2009, 220.

possibilità di valutare la qualità del personale incaricato quando possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto (art. 95, c. 6., lett. e), così attenuando (secondo un'indicazione generale contenuta negli artt. 56, c. 2, e 67 della direttiva e recepita nell'art. 133, c. 8, del codice solo per le procedure aperte nei settori speciali) la rigida scansione tra (criteri soggettivi di) qualificazione degli offerenti e (criteri oggettivi di) valutazione delle offerte altrimenti operante nel diritto vivente³⁰, o, ancora, all'attenzione dedicata al momento esecutivo del rapporto (artt. 100 ss.)³¹, così come all'accento posto sulla flessibilità necessaria a governare il rischio operativo di contratti di durata come quelli concessori³² – resti dominante il valore ordinante dei tradizionali schemi

³⁰ Non richiamata esplicitamente dal codice ed anche criticamente superata da una parte della giurisprudenza (come notato da C. LACAVA, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 463), ma pur sempre presupposta dall'impianto generale e dal tenore degli artt. 94 e 95 (come notato, infatti, da E. CAMPAGNANO, *Aggiudicazione per i settori ordinari (artt. 94-99)*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, Milano 2017, 414; nonché, anche mettendo in evidenza difetti di impianto sistematico del codice, “atteso il collegamento strutturale delle commissioni giudicatrici con la fase di selezione delle offerte (e non con la qualificazione dei concorrenti)”, da D. VILLA, *La selezione degli offerenti*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, diretto da F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, Roma, 2016, 262).

³¹ La cui rilevanza è stata da tempo evidenziata dalla dottrina: sia nella prospettiva della garanzia di un'effettiva concorrenza tra imprese, come opinano R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325; sia nell'ottica, più aderente alle considerazioni sviluppate nel testo, dell'emersione di una “concezione funzionale, non più contabilistica, del contratto”, ben rappresentata da A. P. LAMORGESE, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2016, 327. Per una panoramica aggiornata ed ordinata, si veda G. MUSOLINO, *L'esecuzione dell'appalto nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2016, 457. Sulla rilevanza del tema della rinegoziazione, in funzione dell'abbandono “di una visione ‘oscurantista’ della contrattualistica pubblica, orientata a ‘meccanicizzare’ il più possibile le procedure, anche a discapito dell'efficienza economica dell'attività negoziale”, si veda A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. ec.*, 2016, 143 ss., 159.

³² M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 741; M.P. CHITI, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico privato*, in *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, a cura di C. FRANCHINI e F. SCIAUDONE, Napoli 2015, 156; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101; M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 477; G.F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice de Lise*, in *Urb. app.*, 2016, 939; G.

procedimentali, com'è attestato: i) dal significativo silenzio che ancora avvolge la preliminare e decisiva scelta *to make or to buy*³³, un'occasione persa apparendo la formulazione degli artt. 4 e 5, tutta incentrata su questioni di confine dentro/fuori, o la disciplina dell'*in house providing* (art. 192), che guarda alla dimensione "macro" della concorrenza³⁴ tralasciando i fondamentali aspetti organizzativi e tecnico-manageriali³⁵ che dovrebbero presiedere alla singolare e specifica decisione di apertura al mercato; ii) dalla conseguente raffigurazione dei nevralgici momenti della pianificazione, programmazione e progettazione, che dovrebbero assicurare razionalità, chiarezza e coerenza all'intero percorso negoziale³⁶, in

GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., 187.

³³ Per l'inquadramento del tema, si rinvia ai classici lavori: O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, trad. it., Milano 1987, 91, ss.; A. SHLEIFER, *State versus Private Ownership*, in *Journal of Economics Perspectives*, 1998, 133. Cfr. anche G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, 2 ed., Bologna, 2017, 219, nonché, nell'ottica dei rischi e delle opportunità delle esternalizzazioni, l'analisi di M. CLARICH E B. G. MATTARELLA, *Efficienza e riduzione della spesa nel sistema pubblico*, in *Problematiche e prospettive nel percorso di riduzione della spesa pubblica in Italia*, a cura di D. IACOVONE, R. PATERNÒ, F. FONTANA E M. CAROLI, Bologna, 2014, 96.

³⁴ L'analisi del problema dell'autoproduzione nell'ottica assorbente della tutela della concorrenza è stata fatta propria da Cons. stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1119, con il commento di R. CARANTA e G. PIPERATA. La stessa prospettiva è stata seguita dal recente disegno riformatore (art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124) che ha condotto al T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, art. 16), come messo in evidenza dal Consiglio di stato, Comm. speciale, 21 aprile 2016, n. 968, che ha ricordato come il modello sia «nato nel diritto europeo con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato" mediante ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici» (punto n. 7 del parere) e, in coerenza con simile impostazione sistematica, ha ritenuto che «soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale il ricorso al mercato e non all'*in house* può (...) costituire esso stesso, permettendo l'accesso di nuovi operatori, un utile strumento di liberalizzazione economica», così esprimendo favore per l'opzione secondo cui «la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggior vantaggio per i cittadini» (punto n. 14). La messa a fuoco della concezione "macro" della concorrenza, in termini di modalità in cui l'amministrazione opera nel mercato e ne condiziona il funzionamento, si deve a M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Concorrenza e mercato*, 2015, 199.

³⁵ A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 181; A. MACCHIATI, *Un'Autorità per giuristi?*, *ivi*, 2016, 339; *Gli acquisti pubblici. Un approccio manageriale per la gestione del cambiamento*, a cura di N. BRUSONI, N. CUSUMANO, V. VECCHI, Milano 2016.

³⁶ Trattandosi di attività che «appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto» (come notato nella determinazione dell'A-

termini di meri atti da inquadrare in una successione progressiva e scalare di adempimenti di stampo burocratico e valenza per lo più contabile (art. 21 ss.); iii) dalla disciplina reticente riservata ai pure innovativi istituti del dibattito pubblico (art. 22), le cui risultanze sembrano confinate ad un valore solamente istruttorio ai fini della predisposizione del progetto definitivo di opere di particolare impatto per la collettività, secondo lo schema generale della partecipazione procedimentale dal quale viene anche mutuato il non rassicurante rinvio alla discussione in sede di conferenza di servizi³⁷; o alle consultazioni preliminari di mercato (art. 66) che, in ragione dei latenti rischi dissuasivi della partecipazione alla successiva gara degli operatori coinvolti nel dialogo, paiono sterilizzate a strumento ulteriore di acquisizione di rassicuranti pareri di esperti istituzionali e di autorità indipendenti³⁸; iv) ancora, dal sinistro alone sanzionatorio che avvolge l'istituto del soccorso istruttorio³⁹, nonché dalla eccessiva

nac, 6 novembre 2013, n. 5, recante «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture») ed integrano «un processo che, attraverso aggiustamenti progressivi, deve portare, guidando e responsabilizzando l'amministrazione, a raggiungere maggiori ed elevati livelli qualitativi e quantitativi nella cura dell'interesse pubblico» (come chiarito dal Cons. stato, Comm. speciale, 13 febbraio 2017, n. 351, in sede di parere sullo schema di regolamento del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ex art. 21, c. 6, del codice). Il correttivo al codice ha accentuato anche il profilo della «unità progettuale», da intendersi come mantenimento nei tre livelli di sviluppo della progettazione delle «originarie caratteristiche spaziali, estetiche, funzionali e tecnologiche del progetto» (come si legge nella nuova lettera ggggg-ter dell'art. 3, aggiunto dall'art. 4 del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56) e ha individuato, come documento preliminare alla programmazione degli interventi, il «quadro esigenziale» che individua gli obiettivi generali da perseguire e le specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte anche in relazione al tipo di utenza (nuova lett. ggggg-nonies dell'art. 3 e comma 3 dell'art. 23, come novellato dall'art. 13, c. 1, del d. lgs. n. 56/2017).

³⁷ Con il rischio, dunque, puntualmente sottolineato da F. GAMBARDILLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino 2016, 74 ss., cui si rinvia per un'analisi generale e più dettagliata di tutte le indicate aperture verso un approccio flessibile e collaborativo alle negoziazioni pubbliche, che il nuovo istituto, anziché atteggiarsi quale strumento effettivo di dialogo, «torni utile alla sola amministrazione che, per il suo tramite, potrà 'spuntare', in via preventiva, le armi alle resistenze locali» (*ibid.*, 81).

³⁸ F. GAMBARDILLA, *op. cit.*, 85-88.

³⁹ La componente sanzionatoria, originariamente mantenuta dall'art. 83, c. 9, del d. lgs. n. 50/2016 per il solo caso di regolarizzazione della domanda, è venuta meno per effetto del correttivo che ha eliminato del tutto l'obbligo di pagamento della sanzione (art. 52, c. 1, lett. d, del d. lgs. n. 56/2017). Il Consiglio di stato, però, in sede di parere sullo schema di correttivo (reso dalla Comm. speciale, 30 marzo 2017, n. 782) ha fatto presente che l'eliminazione della sanzione «priva il sistema dell'unico strumento di deterrenza e potrebbe implicare il generalizzarsi di comportamenti poco virtuosi degli operatori, di disattenzione o di negligenza, con il rischio concreto di un ulteriore allungamento delle procedure», per

formalizzazione, secondo il modello generale del contraddittorio scritto, della verifica delle offerte anormalmente basse (art. 97), che pure il diritto europeo ed anche la giurisprudenza domestica considerano momento «avulso da ogni formalismo inutile»⁴⁰.

4. *La duplicazione dei passaggi: l'aggiudicazione tra proposta e decisione finale*

Nell'ottica indicata, l'art. 32, cit. si diffonde in un'accurata opera di individuazione tipologica, ordinazione logico-cronologica, qualificazione e collocazione topografica dei vari atti (con relativo corredo di controlli, ex art. 33) che compongono la sequenza pubblicistica dell'affidamento dei contratti.

Emblematica, per quanto andiamo dicendo, appare la sostituzione dell'aggiudicazione provvisoria con la proposta di aggiudicazione e la conseguente trasformazione dell'aggiudicazione definitiva in aggiudicazione *tout court*.

In effetti, è nota la particolarità del progressivo processo di trasfigurazione⁴¹ di un mero verbale che chiude ufficialmente le operazioni di

scongiorare il quale ha proposto: per un verso, di fare gravare sul concorrente che vi ha dato causa quanto meno le spese sostenute dalla stazione appaltante (e in ultima analisi dalla collettività) per l'aggravio procedimentale; per altro verso, di considerare la non necessità di ricorso al soccorso istruttorio «un indizio di virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del *rating* di impresa». Suggerimento seguito dal Governo attraverso la riformulazione in tal senso dell'art. 83, c. 10, quinto periodo, per effetto dell'art. 52, c. 1, lett. e, del d. lgs. n. 56/2017. Nel frattempo, il Tar Lazio, Roma, sez. III, con ordinanze 13 ottobre 2016, nn. 10012 e 10222, aveva comunque disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario e con i principi di massima apertura del mercato alla concorrenza del carattere oneroso del soccorso istruttorio. Solo il Governo italiano risulta avere depositato osservazioni difensive, a dimostrazione del carattere peculiare dell'approccio domestico al tema.

⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2009, n. 3146, ed altri riferimenti in F. GAMBARELLA, *op. cit.*, 114.

⁴¹ Segnalato subito dalla più autorevole dottrina come effetto naturale della scelta «di trasportarsi completamente nel campo del diritto pubblico, lasciando da parte qualsiasi preoccupazione privatistica» e della conseguente adozione della categoria fortiana dell'atto-procedimento (su cui si v. il classico studio di U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, 356), in virtù della quale la dichiarazione di volontà dell'ente pubblico «non si presenta come un atto semplice, ma come una serie di atti tra loro coordinati ed aventi ciascuno un effetto prodromico e parziale di fronte all'atto finale» (così L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato (note critiche)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 64-65).

gara individuando il miglior offerente, tanto da essere equiparato dalla legge di contabilità generale dello stato «per ogni legale effetto» al contratto⁴², prima in una fattispecie complessa che, secondo una diffusa opinione, è stata ritenuta composta di due atti distinti: l'uno di natura pubblica, in quanto conclude il procedimento di scelta del contraente e ha valore di accertamento costitutivo della certezza legale circa gli esiti attinti, l'altro di natura negoziale privata, in quanto segna “il momento dell'incontro delle volontà contrapposte determinante il sorgere del rapporto giuridico”⁴³; quindi, una volta marginalizzato il tratto negoziale per effetto dell'assorbimento dello stesso nella sistematica procedimentale dell'azione amministrativa, in istituto di natura «anfibia» in quanto atto «forzosamente equiparato a un provvedimento»⁴⁴, a dispetto della sua sostanziale natura infraprocedimentale⁴⁵, abbandonandosi già con il codice del 2006 l'incerta costruzione del “contratto claudicante” e sancendosi, in una con il valore conclusivo della procedura di affidamento, la generalizzazione di prassi sviluppatasi in alcune esperienze di settore, come l'ordinamento degli enti locali, onde assicurare suggello formale ad articolazioni interne dell'attività rispondenti a contingenti ragioni organizzative, contabili o tutorie.

Simile operazione di artificiosa gemmazione per distinzione di un momento giuridicamente unitario di perfezionamento del processo ne-

⁴² Il riferimento è alle aggiudicazioni disposte a seguito di pubblici incanti o di private licitazioni, ai sensi dell'art. 16, c. 3, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440. Si vedano, in proposito le precisazioni di G. INGROSSO, *Istituzioni di diritto finanziario*, I, Napoli 1935, 131; O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 1007; F. DI RENZO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Milano 1975, 95; A. TABARINI, *I contratti dei comuni e degli altri enti locali*, Milano 1989, 254

⁴³ Come notato da A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, 6°ed., Milano 1981, 380, ove è anche riportata la tesi della duplice composizione e natura dell'atto in esame, la cui sintetica ricostruzione può altresì leggersi in R. DE NICTOLIS, *Le procedure di affidamento*, in Id., a cura di, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo: procedure di affidamento*, I, Milano 2007, 795.

⁴⁴ Come notato dal citato parere del Consiglio di stato, n. 855/2016, che ne ha pertanto giudicato «opportuno il superamento».

⁴⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 17 febbraio 2017, n. 2546, riassume la giurisprudenza prevalente sul punto, parlando di «atto endoprocedimentale, che si inserisce nell'ambito della procedura di scelta del contraente come sub-procedimento e quindi come fase necessaria, ma non decisiva, atteso che la definitiva individuazione del contraente risulta consacrata solo con l'aggiudicazione definitiva». Con la conseguenza che, «non trattandosi di un procedimento di autotutela né tanto meno di un autonomo nuovo procedimento, bensì di una fase dell'unico procedimento di affidamento, (...) la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé ad ingenerare qualunque affidamento ed obbligo risarcitorio».

goziale sembra riflettere in pieno l'ideale liberale dell'importanza, ai fini tutori, della segmentazione di attività e fasi. Come, infatti, scriveva uno dei primi commentatori delle riforme post-unitarie: "il controllo importa *ripetizione* delle operazioni pratiche (...) *doppio giudizio*, affermazione della coscienza astratta, e sostituzione di questa a quella isolata e soggetta alle passioni, e salutare *antagosimo* elevato a principio e sistema di governo libero"⁴⁶.

Duplicazioni ed antagonismi che, a dispetto delle intenzioni, hanno in realtà dato luogo ad una nutrita "serie di anomalie" problematiche⁴⁷, tra le quali merita qui ricordare: l'impugnabilità autonoma dell'atto provvisorio⁴⁸, la revocabilità o meno dello stesso nell'esercizio di poteri di autotutela⁴⁹, la

⁴⁶ Così V. TANGO, *La Corte de' Conti*, in *Arch. giur.*, 1872, 325.

⁴⁷ Puntualmente registrate nel parere citato del Consiglio di stato, n. 855/2016, e criticamente analizzate da P. SANTORO, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.*, CDS, 2006, 1312.

⁴⁸ In linea di principio da escludere, atteso il carattere provvisorio degli effetti prodotti, ma tendenzialmente ammessa dalla maggioritaria giurisprudenza che riconosce in capo all'impresa non aggiudicataria che veda inibita la propria ulteriore partecipazione al procedimento la facoltà, anche se non l'onere, di immediata ed autonoma impugnazione anche per rendere effettiva la tutela cautelare (es. Cons. stato, sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998; Cons. stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4854; Cons. stato, Ad. Pl., 31 luglio 2012, n. 31; Cons. stato, sez. III, 7 gennaio 2015 n. 25, in *Urb. app.*, 2015, 1059, con il commento di M. TIMO). Con la conseguenza che, una volta impugnata l'aggiudicazione provvisoria, l'impresa è onerata anche della successiva impugnazione, con motivi aggiunti o autonomo ricorso, anche dell'aggiudicazione definitiva, pena la dichiarazione di improcedibilità del primo ricorso per sopravvenuta carenza di interesse (es. Cons. stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845; Cons. stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2400). Secondo un minoritario orientamento, invece, la lesione effettiva dell'impresa non scelta conseguirebbe all'aggiudicazione provvisoria con cui viene selezionata la migliore offerta, mentre l'aggiudicazione definitiva avrebbe il valore del mero riscontro dei requisiti e sarebbe priva di autonomia valutativa: con la conseguenza che la mancata impugnazione del secondo atto non comporterebbe l'improcedibilità del ricorso proposto contro il primo (Cons. stato, sez. V, 7 maggio 2008, n. 2089).

⁴⁹ Secondo l'orientamento prevalente «il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione definitiva non è un obbligo dell'amministrazione appaltante né un diritto dell'aggiudicatario provvisorio» (Cons. stato, sez. III, 3 gennaio 2014, n. 467). Pertanto, la possibilità che l'amministrazione non concluda il procedimento «è un evento del tutto fisiologico», non qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, «si da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato» che è tipico di tali moduli di azione di secondo grado (Tar Lazio, Roma, sez. III-*quater*, 17 febbraio 2017, n. 2546), ma come mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria ovvero diniego dell'aggiudicazione definitiva. Con conseguente esclusione dell'applicazione delle garanzie partecipative, ed in particolar modo dell'obbligo di comunicazione ex art. 7 della legge n. 241/1990, trattandosi di «una fase dell'unico procedimento di affidamento» (Tar Lazio, cit., nonché Cons. stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 526). Non mancano tuttavia decisioni inclini

conseguente eventuale responsabilità per lesione dell'affidamento dell'operatore aggiudicatario provvisorio⁵⁰.

La novità classificatoria in esame sembra idonea a risolvere la prima delle segnalate anomalie, essendo ora chiaramente esclusa dall'art. 204 del codice la possibilità di impugnazione autonoma della proposta di aggiudicazione, così come di tutti gli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività⁵¹. La stessa novità si accompagna anche ad una migliore declinazione della distinzione organizzativa degli uffici addetti all'adozione dei rispettivi atti, essendo ridefinito il ruolo dell'organo straordinario competente a disporre la proposta di aggiudicazione con il criterio (ora a valenza pressoché generale ex art. 95, cc. 3 e 4⁵²) dell'offerta economicamente più vantaggiosa come commissione di aggiudicazione e giudicatrice (art. 77)⁵³, e rimanendo invece l'approvazione dello stesso

a ritenere che l'amministrazione sia titolare di un ampio potere di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e dell'intera gara nei casi in cui l'affidamento non sia più rispondente all'interesse pubblico che costituisce il parametro cui si ispira l'operato pubblico (Cons. stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042 e 28 ottobre 2015, n. 4934; nonché Cons. stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2013, per un caso di opinabile qualificazione dei poteri esercitati dalla stazione appaltante), ovvero quando l'impegno economico sia divenuto eccessivamente oneroso rispetto ai valori di mercato ed alle condizioni dell'ente (Cons. stato, sez. III, n. 467/2014).

⁵⁰ La giurisprudenza oscillando tra l'esclusione di ogni aspettativa tutelabile in capo al destinatario di un atto meramente provvisorio ed interinale (trattandosi al più di un interesse non qualificato alla conclusione dell'unico procedimento, a cui comunque corrisponde una valutazione massimale e tendenzialmente prevalente dell'interesse pubblico, tanto da non richiedere l'eventuale revoca della procedura alcun particolare onere motivazionale, secondo Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 maggio 2016, n. 5733 e Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 settembre 2016, n. 9543; Tar Emilia Romagna, sez. II, 29 giugno 2016, n. 681) ed il riconoscimento, invece, che non vi è alcuna contraddizione logica tra l'ammettere la possibilità del legittimo esercizio di poteri di autotutela o recesso e ravvisare ipotesi di responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede nelle trattative (Cons. stato, sez. III, n. 467/2014), gli obblighi di correttezza e del *clare loqui* ricavabili dagli artt. 1337 e 1338 c.c. investendo ormai (soprattutto a seguito della unitaria ed integrata lettura del procedimento di progressiva formazione del contratto offerta da Cons. stato, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3831) anche la pubblica amministrazione, «in ragione della sua funzione istituzionale di rappresentanza e, quindi, di protezione degli interessi di coloro che entrano in rapporto con essa – non solo nell'ambito del procedimento di formazione del contratto secondo il modulo privatistico della trattativa privata, ma anche nel procedimento di evidenza pubblica» (come sostenuto da Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, che ha dato recentemente atto del «lento incedere della responsabilità dell'amministrazione in ambito precontrattuale»).

⁵¹ *Contra*, come si vedrà *infra*, Cons. Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014.

⁵² Ma non esclusiva, permanendo dunque il problema dell'articolazione artificiosa in due momenti dell'aggiudicazione disposta dal seggio di gara con il criterio automatico del minor prezzo.

⁵³ Variazione lessicale, inizialmente presente nella rubrica dell'art. 77, che poteva

atto riservata ai competenti organi gestionali individuati secondo l'ordinamento interno delle singole stazioni appaltanti (artt. 32, c. 5, e 33). Per il resto, rimangono fermi gli altri problemi legati alla moltiplicazione delle forme di tutela e di controllo che si associano naturalmente al fenomeno di sdoppiamento in esame, se si pensa oltre tutto che l'approvazione della proposta di aggiudicazione, per la quale resta ancora nell'attuale versione del codice la singolare discrasia tra un meccanismo di *verifica* previsto dall'art. 32, c. 5, ed uno di *approvazione* delineato dall'art. 33⁵⁴ come sub-procedimento semplificato grazie al ricorso al silenzio assenso in caso di inutile decorso dei termini previsti dagli ordinamenti di settore o, in mancanza, del termine di trenta giorni decorrenti dal ricevimento dell'atto da parte dell'organo competente, è comunque considerata mero adempimento preliminare all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione che legittima l'aggiudicatario provvisorio solo ad attivarsi per il rilascio di tale provvedimento⁵⁵. Atto al quale, visto l'impianto generale, il sistema non è evidentemente in grado di rinunciare, in

essere letta nel senso di allineare il piano organizzativo a quello funzionale dell'attività, senza peraltro far venire meno la naturale funzione "giudicatrice" della commissione (di cui parla lo stesso primo comma dell'art. 77), cui compete quindi la fondamentale valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico (come peraltro ripetuto da ampia giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 475 e 8 settembre 2015, n. 4190; Cons. stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5446). Il correttivo ha definitivamente corretto anche la rubrica dell'articolo in commento come "Commissione giudicatrice" (art. 46, c. 1, lett. a, del d. lgs. n. 56/2017).

⁵⁴ Discrasia che si dovrebbe risolvere logicamente, anche grazie al rinvio che il comma quinto dell'art. 32 fa all'art. 33, c. 1, così inducendo a ritenere che la verifica della proposta debba necessariamente avvenire nella forma dell'approvazione di cui al successivo articolo. Cfr. anche L. BERTONAZZI, *Aggiudicazione, contratto e contenzioso*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, cit., 991.

⁵⁵ In tal senso, si legga Cons. stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766, secondo cui, «scaduto il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria ed in assenza di un provvedimento espresso, l'emissione del provvedimento di aggiudicazione definitiva diviene concretamente esigibile da parte del privato, attesa la natura vincolata di tale atto e l'inesistenza di poteri interdittivi della pubblica amministrazione (...) mentre l'aggiudicazione definitiva richiede una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, ossia un provvedimento». Precisa ancora la decisione che il potere che la stazione appaltante conserva di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva, per quanto non possa estendersi fino ad un rinnovato esame della valutazioni già compiute dall'organo tecnico di valutazione (come sostenuto dal giudice amministrativo di primo grado), è sempre frutto di una propria valutazione discrezionale che si colloca in un contesto diverso, «essendo espressione di quei poteri trasversali di controllo» che legittimano a non concludere il procedimento per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse (come nel caso, disciplinato dall'art. 81, c. 3, del previgente codice, in cui nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto).

quanto considerato come ineliminabile formalizzazione della conclusione del procedimento di evidenza pubblica, non surrogabile neppure con il meccanismo del silenzio assenso⁵⁶ che è testualmente previsto solo per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e non è estensibile all'aggiudicazione finale, appunto richiedente «una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, ossia un provvedimento»⁵⁷.

In definitiva, la chiarezza classificatoria registrabile nel nuovo codice non solo non è segno di una nuova e più funzionale visione dei rapporti negoziali, ma non riesce neppure a semplificare la gestione di alcuni delicati passaggi interni della procedura, permanendo tutt'ora significative zone d'ombra che si riflettono anche in termini problematici sulle forme di tutela delle posizioni sostanziali coinvolte.

5. *Il passaggio alla serie negoziale: la stipulazione*

Anche con riferimento al momento del passaggio solenne dalla serie amministrativa a quella negoziale si può osservare che la preminente attenzione riservata all'esigenza del controllo ha impedito di tenere conto di altre concorrenti esigenze, facendo così perdere l'occasione della revisione normativa per affrontare e risolvere almeno due rilevanti questioni.

Anzitutto, è mancato il tentativo di coordinamento temporale e logistico dei distinti atti di verifica previsti a ridosso dell'aggiudicazione, come pure sarebbe stato logico ed auspicabile attendersi cogliendo nell'approvazione della proposta di aggiudicazione il naturale punto di confluenza di tutte le sequenze di controllo successivo integrative dell'efficacia della scelta, come la comprova dei requisiti (art. 85, c. 5) e le verifiche richieste dalla legislazione antimafia⁵⁸.

In secondo luogo, il dato normativo continua a contemplare unica-

⁵⁶ Come pure ipotizzato da alcune isolate pronunce, opinando in termini di aggiudicazione definitiva «per implicito», conseguita, cioè, per effetto dell'inutile decorso del termine previsto (dal previgente art. 12, c. 1, del codice) per l'approvazione: cfr. per esempio Cons. stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2554.

⁵⁷ Come chiarisce Cons. stato, sez. IV, n. 1766/2012, cit., nonché Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 13 marzo 2017, n. 3434, e ribadisce anche L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 991, in nota n. 203.

⁵⁸ Per una cui panoramica, si rinvia a S. MUTTONI, *La normativa di contrasto alla criminalità organizzata relativa alla documentazione antimafia*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, cit., 381.

mente l'ipotesi di recesso dell'aggiudicatario quale reazione tipica al caso in cui il contratto non sia stipulato entro il termine massimo di sessanta giorni, o in quello diverso previsto nella *lex specialis* della procedura o concordato con la controparte, senza nulla prevedere in ordine al diverso caso in cui l'aggiudicatario abbia invece interesse, non tanto a sciogliersi dal vincolo, quanto alla prosecuzione del programma negoziale avviato con l'amministrazione. Residua così un'ulteriore zona d'ombra nella delicata fase di confine che lambisce la formalizzazione del vincolo contrattuale, il cui governo è affidato a soluzioni giudiziarie elaborate in coerenza con la prospettiva frazionaria che è propria del modello dell'evidenza pubblica e, dunque, coltivando l'aporia di fondo di un aggiudicatario che si vede riconosciuto un interesse legittimo pretensivo alla stipula del contratto⁵⁹ nonostante il soddisfacimento di tale pretesa possa avvenire non già attraverso l'esercizio di un potere amministrativo (che con l'aggiudicazione, e salvo l'esercizio successivo dei poteri di autotutela, ha ormai esaurito i suoi ambiti decisorii) ma con un atto di natura privatistica⁶⁰. Se per un verso l'impossibilità di configurare in capo all'operatore selezionato una posizione di diritto soggettivo alla stipula del contratto impedisce l'esperibilità dell'azione costitutiva ex art. 2932 c.c. che, per quanto recentemente ammessa nelle controversie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in un quadro normativo ormai «sensibile all'esigenza di una piena protezione delle posizioni sostanziali interessate all'azione amministrativa e correlate ad un bene della vita», è tuttavia orientata «a garantire una protezione potenziale adeguata ed

⁵⁹ Secondo il prevalente orientamento, una volta intervenuta l'aggiudicazione, «non sussiste alcun obbligo per la stazione appaltante di pervenire, senza indugio e senza ritardo, alla conclusione del contratto entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione» (Cons. stato, sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671) e, quindi, «le posizioni del soggetto aggiudicatario e la posizione del soggetto committente non sono pariordinate» (Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1010). Neppure l'eventuale esecuzione anticipata del contratto, nelle more della sua stipulazione, può fondare la pretesa a proseguire nel rapporto, dando se mai diritto soltanto al rimborso delle spese sostenute (come prevedeva l'art. 11, c. 9, del previgente codice ed ora l'art. 32, c. 8): cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1138. Ne discenderebbe, come osservato dal Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400, che le controversie concernenti la legittimità degli atti e comportamenti assunti nello spazio temporale in esame «rientrano nella giurisdizione amministrativa perché attengono all'esercizio di potestà amministrativa sottoposto a norme di carattere pubblicistico, a fronte del quale la posizione giuridica dell'interessato ha consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo».

⁶⁰ Si vedano in merito le considerazioni critiche sviluppate da L. DELL'OSTA, *Il silenzio dopo l'aggiudicazione: responsabilità precontrattuale della stazione appaltante e profili di tutela dell'aggiudicatario*, in *Riv. trim. app.*, 2016, 506.

immediata del (solo) diritto nascente dall'obbligo inadempito»⁶¹, per altro verso l'attribuzione all'aggiudicatario di una duplice pretesa, di tipo oppositivo alla conservazione della posizione favorevole guadagnata e di tipo pretensivo alla stipulazione del contratto, non riesce a condurre ad una forma di tutela adeguata. Infatti, benché come già anticipato in questo stadio terminale del processo negoziale non residuino margini di esercizio di un potere che sia altro rispetto a quello di ripensamento che legittimi, pertanto, l'esercizio dell'azione sul silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.⁶², l'accertamento dell'obbligo della stazione appaltante di procedere alla stipula del contratto viene guadagnato per lo più percorrendo vie traverse che passano dalla prefigurazione di una sorta di barocco "sub-procedimento" la cui conclusione può essere sollecitata dal privato all'indiretto fine di radicare in capo all'amministrazione un obbligo di provvedere che, se non adempiuto, possa essere sanzionato dal giudice eventualmente anche ricorrendo alla nomina di un commissario *ad acta*⁶³.

Le considerazioni che precedono testimoniano una volta di più la difficoltà che, anche nello stadio più periferico della procedura, si registra in ordine al distacco dalle logiche portanti della serie amministrativa e, allo stesso tempo, la capacità delle stesse di reagire riproducendosi in inedite forme e dando vita ad ulteriori e liminali fenomeni di articolazione di

⁶¹ Cass., Sez. Un., 9 marzo 2015, n. 4683, in *Foro amm.*, 2015, 1653. Sulla questione, si veda già in precedenza, L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (Art. 2932 c.c.)*, Padova 2012.

⁶² Presupponendo, come noto, tale rimedio, un obbligo non ancora esaurito di esercizio di un potere amministrativo, come sostenuto *ex multis* da Cons. stato, Ad. Pl., 29 luglio 2011, n. 15, nonché da Cons. stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 985, che ha ben sottolineato come la scadenza dei termini per provvedere integri una condizione dell'azione.

⁶³ Questa è la conclusione cui è giunto il Tar Lazio, sez. II, n. 12400/2015, cit., che, sul presupposto della qualificazione della diffida dell'aggiudicatario quale sollecitazione alla conclusione del procedimento di affidamento dell'appalto idonea a radicare un obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990, ha dichiarato l'obbligo di adozione entro il termine di sessanta giorni di una determinazione recante la definitiva espressione della «volontà di stipulare o meno il contratto d'appalto in questione, invitando, nell'ipotesi affermativa, il ricorrente alla sottoscrizione dello stesso», e ha altresì nominato, per il caso di persistente inadempienza, il Prefetto del luogo quale commissario *ad acta* affinché provveda entro l'ulteriore termine di sessanta giorni in sostituzione dell'amministrazione. Al di là di alcune condivisibili critiche all'impianto di tale decisione, non appare peraltro convincente neppure la tesi di chi ritiene che la diffida debba intendersi "quale istanza di avvio di un nuovo procedimento" (L. DELL'OSTA, *Il silenzio dopo l'aggiudicazione*, cit., 529), perché anche per questa via si arriva comunque ad immaginare la artificiosa creazione di un surrogato di procedimento, il cui oggetto non pare altrimenti configurabile se non nei tradizionali termini di un riesame del precedente, non concluso, procedimento contrattuale.

momenti, che pure si collocano ormai a valle delle scelte compiute dalla stazione appaltante, in sub-fasi o sub-procedimenti che, se non sorprendono chi sia abituato a ragionare in termini di “formalismo di separazione” a garanzia degli operatori pubblici⁶⁴, non aiutano certo a gestire nel modo più lineare e funzionale il fascio di rapporti destinato a governare l’esecuzione dell’appalto.

Tutto ciò si riflette in almeno due direzioni: antropologica la prima, culturale la seconda. Nel primo senso, quanto più si articola e si disunisce l’attività contrattuale, tanto più si alimenta lo “sviluppo dialettico del potere umano”, nel senso che si moltiplicano le occasioni di esercizio del potere che “certi uomini esercitano su altri uomini” e si diffondono le sedi o “anticamere” del potere in cui si “infittisce anche la cerchia brumosa degli influssi indiretti”⁶⁵. Nella seconda direzione, poi, “gli slittamenti di paradigma dimostrano quanto sia difficile inventare nuove teorie, finché l’attenzione è rivolta a una vecchia teoria che, in passato, ha avuto successo”⁶⁶.

6. Il ruolo guida dell’Anac tra vigilanza collaborativa e linee guida

Se nella gara continua a dominare il formalismo giuridico, non diverso appare il contesto esterno con cui sono chiamati a confrontarsi i soggetti interessati alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Già un primo dato di carattere organizzativo offre la cifra del problema: tutti i componenti attuali delle principali autorità di regolazione del settore (dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato all’Autorità nazionale anticorruzione) sono di estrazione giuridica e per lo più specializzati in discipline giuspubblicistiche. Circostanza non indifferente in ordine al modo di interpretare il proprio ruolo istituzionale e di relazionarsi con i mercati di riferimento, nonché al tipo di istruttorie avviate e di strategie e decisioni assunte⁶⁷. Di rimando, anche gli interlocutori

⁶⁴ Espressione tratta da A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *op. cit.*, 347, nota 200, e citata in senso adesivo da M. LIPARI, *op. cit.*, 929.

⁶⁵ Simile, acuta, analisi del potere quale “dimensione peculiare” che assumono certe relazioni “tra” uomini, si deve a C. SCHMITT, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* (1954), trad. it. a cura di G. GURISATTI, *Dialogo sul potere e sull’accesso al potente*, in *Dialogo sul potente*, Milano 2012, 26.

⁶⁶ J.R. FLYNN, *Osa pensare. Venti concetti per capire criticamente e apprezzare la modernità*, trad. it. di I. RUBINI, Milano 2013, 195.

⁶⁷ Per condivisibili notazioni critiche in proposito, si leggano: A. MACCHIATI, *Un’au-*

che ricoprono i principali posti di responsabilità negli uffici delle stazioni appaltanti condividono lo stesso linguaggio e la stessa cultura, come dimostra il caso della Centrale Unica Appalti del Comune di Milano i cui dirigenti sono tutti giuristi⁶⁸.

Quanto al piano delle funzioni, rispetto ad un lungo periodo (segnatamente, il decennio 2003-2013) contraddistinto dalla ricerca di un'autorità "introvabile"⁶⁹, a fare data dal 2014 il ruolo guida del settore è stato conquistato dall'Anac che, nel prendere il posto della precedente Autorità di vigilanza (Avcp), nata con la legge Merloni del 1994 ed affermata a fare data dal 1999 soprattutto quale regolatore ed "interprete privilegiato" della normativa di settore⁷⁰, ha progressivamente affinato un insieme variegato di incisivi poteri di intervento anche *ex ante* volti ad accompagnare in tempo reale le amministrazioni nella gestione delle gare, orientandole ad assumere decisioni consapevoli e legittime⁷¹.

Nell'ambito di tale rinnovato strumentario, si segnalano in particolare tre forme di intervento che connotano in nuovo modello.

In primo luogo, meritano menzione i poteri di alta sorveglianza sulle procedure volte alla realizzazione di grandi eventi che si risolvono nell'affiancamento delle stazioni appaltanti con una attività di controllo, assistenza e consulenza obbligatoria volta a segnalare eventuali irregolarità o non conformità di tutti i principali atti degli affidamenti e di quelli ad essi prodromici (come le proposte di determina a contrarre) e successivi (come le varianti, le proposte relative al perfezionamento di accordi bonari e contratti di transazione, nonché di risoluzione contrattuale o altri atti in autotutela)⁷². Sotto questo aspetto, Expo 2015 è stato un "evento

torità per giuristi?, in *Mercato, concorrenza regole*, 2016, 339, per la messa a fuoco dei differenti approcci delle lenti giuridica ed economica; R. PEROTTI, *Status quo. Perché in Italia è così difficile cambiare le cose (e come cominciare a farlo)*, Milano 2016, 123 ss., 168 ss., ove viene similmente notato come "l'approccio giuridico predilige la nozione di regola e di proibizione, e in gran parte ignora la nozione di incentivo".

⁶⁸ Come riferito dalla Direttrice della Centrale, Avv. Antonella Fabiano, nel corso del Convegno "Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Un confronto a più voci", Università L. Bocconi, Milano 24 ottobre 2016.

⁶⁹ F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2016, 501.

⁷⁰ A. CARULLO, *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in A. CARULLO, A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, I, Padova 2004, 332.

⁷¹ R. CANTONE e C. BOVA, *L'Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 169.

⁷² Il flusso documentale sottoposto a controllo preventivo obbligatorio è disciplinato dall'art. 3.1 delle *Linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia*

spartiacque”, perché l’ultimo incluso nella disciplina emergenziale della protezione civile ed il primo ad essere “messo in sicurezza”⁷³ con l’impiego di una rinnovata strategia operativa volta ad “agevolare la riuscita e la tempestività dei rimedi correttivi ritenuti utili”⁷⁴. Si è trattato anche di un modello di riferimento, non solo perché i relativi poteri sono stati poi estesi ad altri eventi come il Giubileo straordinario della Misericordia⁷⁵, ma anche perché è stato occasione per la progressiva emersione di una forma di vigilanza a carattere “dinamico” realizzata attraverso atti che hanno visto potenziati contenuti ed effetti, fino ad assumere i connotati di vere e proprie raccomandazioni che si risolvono nello specifico invito alla rimozione delle irregolarità ed illegittimità riscontrate, con assegnazione di un termine per la comunicazione delle misure conseguentemente adottate e l’eventuale comminatoria di sanzioni nel caso di mancato riscontro. Di qui l’emersione di una pluralità di manifestazioni di questa funzione di vigilanza: da quella di tipo “collaborativo”, realizzata a seguito della stipula di appositi protocolli d’intesa con le stazioni appaltanti richiedenti e finalizzata a supportarle nella predisposizione degli atti di gara e nella gestione e monitoraggio dell’intera procedura e dell’esecuzione dell’appal-

della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015, deliberate il 17 luglio 2014, che richiedono altresì la tempestiva comunicazione di ogni controversia giudiziale e stragiudiziale inerente i contratti pubblici affidati e delle iniziative adottande al fine di risolvere in via bonaria le riserve, nonché di ogni altra informazione e documento ritenuti utili e richiesti.

⁷³ Come si legge in Anac, *Relazione annuale 2015*, presentata al Senato della Repubblica il 14 luglio 2016, 256, ove si traccia anche un bilancio dell’attività svolta al marzo del 2016: «l’UOS ha controllato complessivamente 168 procedure di affidamento e ha formulato, nelle diverse fasi nelle quali si è trovata a intervenire, un totale di 297 pareri preventivi, di cui 186 con rilievi di legittimità e/o opportunità (pari al 63% dei pareri), accolti dalla SA in 144 casi (pari al 77% dei pareri con rilievi) (...) sensibile riduzione delle criticità riscontrate rispetto al 2014. In tal senso è significativo il fatto che il numero dei pareri formulati con rilievi nei confronti della SA sia passato dal 68% al 59%. La percentuale dei rilievi accolti dalla SA si è, invece, mantenuta pressoché costante: 82% nel 2014 contro 80% dello scorso anno. Un dato che senza dubbio denota l’efficienza dei meccanismi di adeguamento messi in atto da Expo 2015 S.p.A. sin dai primi interventi dell’Autorità».

⁷⁴ Come si legge al punto 4.2.2 del “Piano di riordino” adottato dall’Anac nel 2014, ai sensi dell’art. 19, c. 3, del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014 n. 114.

⁷⁵ Indetto con la bolla papale “*Misericordiae vulnus*” dell’11 aprile 2015 e rispetto al quale con d.P.C.M. 27 agosto 2015 si è demandato al Presidente dell’Anac il compito di attivare un controllo preventivo di legittimità degli atti concernenti la fase di affidamento e quella di esecuzione dei contratti di appalto. Un resoconto dell’attività svolta dalla UOS per il Giubileo della Misericordia può leggersi in Anac, *Relazione annuale 2015*, cit., 259.

to⁷⁶; passando per quella di “controllo” sui contratti di somma urgenza, ai sensi dell’art. 163 del d. lgs. n. 50/2016 e le altre ipotesi generali contemplate dall’art. 213, c. 3, lett. a-g, del medesimo codice; fino ad arrivare al tipo “speciale” apparso nell’originaria versione dell’art. 211, c. 2, che si è sostanziato in inedite raccomandazioni vincolanti che «acquistano un rilievo senza dubbio preminente per la novità e la incisività del potere (...) di intervenire direttamente sullo svolgimento delle gare» incidendo in modo immediato sul mantenimento o sulla rimozione dell’atto illegittimo, nonché sulla responsabilità della stazione appaltante⁷⁷. Si trattava di un tipo di provvedimento amministrativo a formazione progressiva, a contenuto decisorio ed a carattere autoritativo, che obbligava la stazione appaltante ad esercitare il potere di autotutela, annullando l’atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti. Di qui una serie di criticità, puntualmente rilevate in sede consultiva dal Consiglio di Stato, e che si possono compendiare nella natura di «annullamento mascherato» di un atto che non risultava «facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie», e nella «anomalia della portata effettuale» del possibile esito sanzionatorio che colpiva il rifiuto di autotutela, dando vita ad un’inedita ipotesi di «responsabilità per atto legittimo» ed oggettiva, in quanto avulsa dalla gravità e dalla stessa esistenza della violazione che inficiava l’atto, che avrebbe potuto essere anche successivamente smentita dal giudice amministrativo⁷⁸. Con l’ulteriore profilarsi di un duplice rischio

⁷⁶ Secondo la disciplina inizialmente recata dall’art. 4 del nuovo “Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi”, approvato dall’Anac il 9 dicembre 2014, ai sensi dell’art. 8, commi 2 e 3, del previgente codice dei contratti pubblici. Ora il riferimento normativo è contenuto nell’art. 213, c. 3, lett. h, del d. lgs. n. 50/2016, anche se manca la disciplina attuativa, non avendo il nuovo “Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici”, approvato dall’Anac il 15 febbraio 2017 in sostituzione (e quindi con abrogazione, ex art. 27) di quello precedente, regolato l’istituto: «lacuna particolarmente evidente», come notato in sede consultiva dal Consiglio di Stato, Comm. speciale, 28 dicembre 2016 n. 2777, «anche in considerazione del fatto che il suo efficace esercizio a monte, su base consensuale e in funzione *anche preventiva* (...) consentirebbe all’ANAC di ridurre l’intervento della vigilanza, a valle, sulla validità degli atti di gara».

⁷⁷ Cfr. sul punto i pertinenti rilievi critici svolti dal Consiglio di Stato, prima nel parere n. 855/2016 e poi nel parere n. 2777/2016, ai punti nn. 5 e 6. Si veda altresì l’ampia analisi effettuata da M. LIPARI, *Il nuovo precontenzioso ANAC. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo codice*, Roma, 2017, 163.

⁷⁸ Cfr. il citato parere n. 2777/2016, punto n. 5.2. e seguenti. Tali criticità strutturali, non risolte attraverso il pure invocato intervento correttivo della disciplina normativa, solo in parte sono state mitigate dall’Anac individuando, in via di autolimita, nell’art. 12,

collegato ad una distorta applicazione del meccanismo: da una parte il «probabile allungamento dei tempi, dovuto alla possibile tendenza delle stazioni appaltanti a fermare quasi automaticamente ogni attività fino alla definizione del procedimento ANAC di emanazione della raccomandazione»; da un opposto versante, invece, l'eventualità di una corsa alla stipulazione ed esecuzione del contratto «per segnare un consolidamento di eventuali illegittimità compiute nella fase dell'aggiudicazione»⁷⁹. Tale modello tutorio non ha avuto pratica realizzazione perché prima eliminato in sede di correttivo al codice⁸⁰, quindi sostituito⁸¹ con una forma di intervento analoga a quella ideata a fine 2011 in favore dell'Antitrust⁸² per la tutela speciale e rafforzata dell'interesse alla concorrenza: parere motivato recante la specifica indicazione dei vizi di legittimità inficianti atti delle procedure di affidamento, seguito dalla legittimazione speciale a ricorrere al giudice amministrativo nel caso di mancata conformazione da

c. 2, del citato «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici» le ipotesi tassative di «gravi violazioni» che possono giustificare l'emissione delle raccomandazioni vincolanti, ed introducendo altresì lo sbarramento temporale dell'«effettivo inizio dell'esecuzione del contratto» (art. 13, c. 5), in modo da rendere l'azione di vigilanza quanto più efficace e tempestiva.

⁷⁹ Cfr. ancora il parere n. 2777/2016, punto n. 6.5.3. ove viene anche notato, in relazione al secondo rischio prospettato, che lo sbarramento temporale dell'esecuzione potrebbe prestarsi a prassi elusive, «perché basterebbe alla stazione appaltante e all'aggiudicataria stipulare e avviare rapidamente il contratto per paralizzare l'intervento dell'Autorità e sottrarsi, così, alla vigilanza (...) nella sua forma più incisiva».

⁸⁰ Per effetto dell'art. 123 del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 è stato abrogato l'art. 211, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016.

⁸¹ Per mezzo dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211, introdotti dall'art. 52-*ter* del decreto legge 24 aprile 2017 n. 50, convertito con modificazioni in legge 21 giugno 2017 n. 96. In prima battuta, dinanzi alla Commissione V della Camera dei Deputati in sede referente, è stata presentata la proposta emendativa volta alla reintroduzione di una disposizione di analogo tenore di quella abrogata (cfr. in A.C. n. 4444, presentato il 24 aprile 2017, la proposta a firma di Mariani Raffaella ed altri, pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 15 maggio 2017). Poi, il 29 maggio 2017, la Commissione ha approvato, nella versione di cui al testo, l'articolo aggiuntivo 52.027 proposto dal Governo su cui è stata posta la fiducia in assemblea approvata il 1 giugno 2017 e poi, in Senato, il 15 giugno 2017. Il senso della nuova disposizione normativa è ben compendiato nel *Dossier*, con Schede di lettura, giugno 2017, 429-431.

⁸² Si tratta dell'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990 n. 287, introdotto dall'art. 35, comma 1, del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011 n. 214. Tale disposizione normativa, ritenuta costituzionalmente legittima da Corte cost., 14 febbraio 2013 n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 465, con nota di F. GOISIS, era stata indicata dal Consiglio di Stato come possibile modello di riferimento per la riformulazione «in chiave di controllo collaborativo» dell'art. 211, comma 2, del codice (cfr. il parere della Comm. speciale, n. 855/2016).

parte della stazione appaltante⁸³. Al di là dell'approdo verso un assetto di poteri di per sé apparentemente evocativo di un incrementato tasso collaborativo dell'autorità di controllo e di un maggiore rispetto dell'autonomia dell'autorità destinataria dell'atto⁸⁴, resta il fatto che il parere-diffida produce comunque l'effetto cogente di intervenire in via di autotutela per la rimozione del provvedimento di sospetta legittimità⁸⁵, così risolvendosi in uno strumento sostanzialmente rafforzativo del sostrato coattivo⁸⁶ e di subalternità che connota il rapporto con le stazioni appaltanti, con conseguente riproposizione dei problemi in ordine al (tasso di percezione del) rischio di decisioni autonome ed all'assunzione di condotte opportunistiche a copertura di eventuali responsabilità. Più in generale, poi, il "giallo" dell'abrogazione "occulta" della citata disposizione normativa in sede di correttivo al codice, a pareri ormai resi e con il Consiglio dei Ministri pronunciato su una versione del testo ancora conservativa dell'istituto della raccomandazione vincolante, e la immediatamente successiva promessa riparatoria del Governo⁸⁷ sono vicende altamente significative delle difficoltà incontrate nella strada di un'analisi pacata, obiettiva e trasparente dei percorsi di razionalizzazione dei poteri dell'Anac.

⁸³ Per l'analisi del modello, si veda di recente B. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 291. Sui profili applicativi si possono consultare i due rapporti curati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato – Direzione studi e analisi della legislazione, *Esiti dell'attività di advocacy nel biennio 2014-2015* e *Esiti dell'attività di advocacy nel biennio 2013-2014*.

⁸⁴ Profili messi in evidenza dalla giurisprudenza che si è formata sul citato art. 21-bis: cfr. soprattutto Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720 e 1 settembre 2014 n. 9264; Cons. stato, sez. V, 30 aprile 2014 n. 2246; Cons. stato, sez. IV, 28 gennaio 2016 n. 323.

⁸⁵ Cfr. in proposito M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Conc. e mercato*, 2013, 868.

⁸⁶ Il problema è analizzato, nell'ottica del rapporto tra *advocacy* e *enforcement*, da B. MATTARELLA, *op. cit.*, 297.

⁸⁷ Si vedano in proposito gli articoli pubblicati sul *Corriere della Sera*, 21 aprile 2017, 8-9; il Comunicato Stampa del Consiglio di Stato del 21 aprile 2017 dal titolo "Consiglio di Stato su parere ANAC, mai chiesta abrogazione art. 211, ma riformulazione per potenziarne efficacia"; G. VERDE, *A chi spetta la lotta alla corruzione*, in *Il Mattino*, 23 aprile 2017; G. NAPOLI TANO, *È atipico il ruolo dell'ANAC sui contratti pubblici*, in *Corriere della Sera*, 28 aprile 2017, 24; C. CONTESSA, *Il primo (e l'unico) correttivo al "Codice dei contratti". Un passo avanti verso la semplificazione del sistema?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 24 maggio 2017, 22; nonché, la circolare del Segretariato Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri 28 aprile 2017, riguardante la sottoposizione preventiva alla Sottosegreteria di Stato alla Presidenza del Consiglio di ogni schema di provvedimento destinato ad essere adottato in forma di DPCM o di DPR e degli schemi di documenti di qualsiasi natura da sottoporre alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Il carattere latamente sanzionatorio⁸⁸ dei veduti poteri di vigilanza affiora del tutto in superficie nell'ipotesi della gestione commissariale delle imprese coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero destinatarie di informazioni antimafia interdittive. Si tratta, infatti, di una forma d'intervento che, anche se «consente la prosecuzione “protetta” e amministrata del contratto in un regime di c.d. legalità controllata»⁸⁹, si risolve pur sempre in una incisiva e modulare⁹⁰ conformazione e limitazione della libertà d'impresa in vista della “prioritaria istanza (...) di porre rimedio all'affievolimento dell'efficacia dei presidi legalitari da cui appaiono afflitte le procedure contrattuali, senza che ne risentano i tempi di esecuzione della commessa pubblica”⁹¹. Anche in questo caso, si assiste alla genesi di un modello destinato ad espandersi, come attesta la legge di stabilità 2016, che estende l'applicazione dell'art. 32 anche alle imprese che esercitano, su base contrattuale, attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale⁹². A dimostrazione della fortuna che, in

⁸⁸ Su cui richiama l'attenzione con condivisibili osservazioni S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *federalismi.it*, 22 marzo 2017.

⁸⁹ Cons. stato, sez. 28 aprile 2016 n. 1630. Su tali presupposti, il Tar Lazio, Roma, sez. II, 10 dicembre 2014 n. 12437, (non appellata), ha fatto leva per negare il carattere affittivo o *lato sensu* sanzionatorio delle misure in esame, in un contesto argomentativo che appare però strumentalmente finalizzato soprattutto a sostenere l'applicazione in via analogica delle misure, non solo agli appaltatori, ma anche ai concessionari di lavori e servizi pubblici (problema poi risolto, in sede di conversione del decreto legge, circoscrivendo l'ambito applicativo ai soli concessionari di lavori e contraenti generali).

⁹⁰ Ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014 cit., l'intervento può risolversi nell'adozione di due misure di gravità progressiva: a) rinnovazione degli organi sociali mediante sostituzione del soggetto coinvolto in condotte illecite o eventi criminali; b) straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente all'esecuzione dell'appalto a mezzo di uno o massimo tre amministratori che esercitano tutti i poteri di amministrazione, con sospensione dei poteri dei titoli dell'impresa e dell'assemblea. Per l'analisi dell'istituto, oltre ai profili segnalati da G. D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015, si rinvia più in generale a A. SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Nuovo dir. amm.*, 2015, 61; F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. ec.*, 2017, 137.

⁹¹ Come notato al punto 3 del Protocollo d'intesa siglato il 15 luglio 2014 tra il Ministro dell'Interno e il Presidente dell'Anac, recante “Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra Anac-Prefetture-UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa” (pubblicato in G.U. – serie generale – n. 165 del 18 luglio 2014).

⁹² In questi termini l'art. 1, c. 704, della legge 28 dicembre 2015 n. 208 ha modificato

questa stagione, riscuotono forme “striscianti” di pubblicizzazione delle attività economiche private⁹³.

Infine, un cenno merita anche l'evoluzione della regolazione dei contratti pubblici, che, in linea con la veduta rilevanza assunta dalla attività di vigilanza preventiva, si estrinseca in una varietà di “atti interpretativi ed integrativi della normativa, anche di *soft law*, in grado di orientare le condotte dei soggetti vigilati e di conformare alle *best practice* le attività poste in essere dagli stessi”⁹⁴.

Tra questi, oltre ai bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo, si segnalano le linee guida⁹⁵, novella tecnica disciplinare di tipo flessibile, a con-

l'art. 32 cit. A questa nuova forma di intervento sono state dedicate le “Quarte linee guida per l'applicazione dell'articolo 32 (...)”, approvate il 4 agosto 2016 dall'Anac, d'intesa con il Ministero dell'Interno e della Salute.

⁹³ F. SGUBBI e T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014. Una panoramica attuale delle tendenze regolatorie dell'economia è offerta da A. POLICE, *Regolazione ex ante, Public Enforcement e ordine del mercato in «tempi difficili»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli 2015, 1167; F. LIGUORI, C. ACOCELLA, a cura di, *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli 2015. Sulle ragioni di lungo periodo della diffidenza verso il mercato e la concorrenza nel nostro ordinamento, si rinvia a A. GIGLIOBIANCO e G. TONIOLO, a cura di, *Concorrenza, mercato e crescita in Italia: il lungo periodo*, Venezia, 2017.

⁹⁴ Così si legge in Anac, *Relazione annuale 2015*, cit., 273, ove si precisa: “I numerosi interventi del legislatore che, direttamente o indirettamente, hanno interessato la disciplina dei contratti pubblici hanno reso necessaria l'adozione da parte dell'Autorità di atti a carattere generale, attraverso i quali fornire agli operatori del settore indicazioni utili a risolvere dubbi interpretativi o a colmare lacune normative”.

⁹⁵ Nuova fonte del diritto, la cui fortuna è testimoniata dalla monografia di V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano 2016. Per la relativa diffusione, si vedano gli artt. 5 e 7 della legge 8 marzo 2017 n. 24, che individuano nelle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) il principale punto di riferimento per la valutazione della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie. Non meno importante, per le considerazioni che seguono nel testo, è la fioritura del genere *Manuale* che tende a coprire, con il proprio impianto sistematico, l'ambito interpretativo ed applicativo degli istituti contrattuali. Si consideri, per esempio, anche per l'importanza tematica, il “Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro”, pubblicato nella G. U. n. 251 del 28 ottobre 2014, e poi aggiornato il 26 novembre 2014 ed il 16 novembre 2016: come si legge nel comunicato del Presidente dell'Anac del 16 ottobre 2014, esso è stato concepito “al fine di fornire agli operatori del mercato indicazioni aggiornate e puntuali in materia di attività di qualificazione”, aggiornando, integrando e razionalizzando “circa 300 atti tra Determinazioni, Comunicati e Deliberazioni – emanati negli ultimi 15 anni”, ed individuando per la prima volta “criteri rigorosi per l'utilizzo delle cessioni di rami di azienda (...) elementi dettagliati e stringenti per la valutazione dei lavori privati (...) verifiche più puntuali ai fini dell'accertamento dell'indipendenza di giudizio delle SOA e della vigilanza sulla loro attività”.

tenuto “discorsivo” ed a formazione partecipata, attraverso la tecnica del c.d. *notice and comment* finalizzata all’acquisizione preliminare di osservazioni e punti di vista delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore, che ha suscitato grande attenzione e ha dato vita ad ampi dibattiti.

Tralasciando le questioni relative alla natura giuridica ed alla classificazione-qualificazione di tale tipologia di atti⁹⁶, preme piuttosto in questa sede considerare alcune criticità rilevate in sede applicativa e che ruotano intorno ai seguenti punti essenziali: il rischio della proliferazione, nel medio-lungo periodo, di linee guida con fenomeni di inflazione regolatoria; la difficoltà di individuazione, in modo chiaro e preciso, del precetto da osservare e della sua portata, a fronte di un testo sviluppato in forma discorsiva; il contenuto misto di certe linee guida ed il dubbio, lasciato talvolta all’interprete, circa la portata vincolante o meno delle singole parti delle stesse⁹⁷; la tendenza all’eccessiva prescrittività di certi testi, con conseguente consumazione preventiva di ogni residua autonomia decisoria delle stazioni appaltanti⁹⁸; l’eventuale innovazione rispetto

⁹⁶ Per le quali si può rinviare alla classificazione fatta dal Consiglio di stato, nel parere n. 855/2016, punto II.g).3, nonché all’ampia disamina di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, relazione al LXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 22 settembre 2016.

⁹⁷ Com’è stato nel caso delle linee guida su “Responsabile unico del procedimento – Offerta economicamente più vantaggiosa – Servizi attinenti all’Architettura e all’Ingegneria”, per le quali il Consiglio di stato, Comm. speciale, 2 agosto 2016 n. 1767 ha rilevato il carattere misto del contenuto, articolato su tre differenti tematiche, e ha dovuto ricostruire anche il differente valore giuridico (misto, prescrittivo, o solo indicativo) di ciascuna parte. Nel caso, ancora, delle linee guida ex art. 80, c. 13, del codice sulla “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c del codice”, il Consiglio di stato, Comm. speciale, 3 novembre 2016 n. 2286 ha optato per il loro carattere non vincolante e, dunque, solo «promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti», basandosi sui seguenti dati esegetici: il carattere completo ed autoesecutivo della disciplina del codice in tema di illecito professionale, con recepimento delle previsioni comunitarie; il carattere facoltativo e, quindi, «non necessario per l’operatività della norma primaria, come tale diverso dalle disposizioni di esecuzione o attuazione» delle linee guida; la finalità alle stesse attribuite dal medesimo comma 13 di “garantire omogeneità di prassi” delle stazioni appaltanti.

⁹⁸ Per esempio, con riferimento alle linee guida sul RUP è stato rilevato un eccessivo dettaglio quanto al *numerus clausus* degli ambiti disciplinari «evidentemente inestensibile in via interpretativa o applicativa», notando altresì l’eccessiva prescrittività, con il conseguente rischio della possibile invalidità degli atti che non si adeguino al loro contenuto, delle indicazioni circa il contenuto indefettibile del provvedimento di nomina del RUP, ivi compresa la necessaria indicazione dei poteri di delega conferiti e delle risorse messe a disposizione per lo svolgimento delle funzioni (parere n. 1767/2016, cit.). Ancora, nel citato caso delle linee guida sulla “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze

ad orientamenti giurisprudenziali consolidati⁹⁹; infine, la difficile identificazione degli spazi lasciati alla discrezionalità delle amministrazioni, andandosi dall'estremo delle previsioni a carattere vincolante che tendono ad assorbire, anche se non ad esaurire *in toto*, i margini di valutazione attinenti alla gestione della gara, dovendosi se mai considerare «di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali», fino alle previsioni a carattere non vin-

nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione (...)", pure ritenute non vincolanti, il Consiglio di stato ha ammesso che il loro contenuto potesse andare oltre lo stretto perimetro normativo (che non comprende la casistica di tutti gli illeciti professionali, ma solo di quelli consistenti nella significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto), in quanto l'indicazione dei mezzi di prova adeguati a dimostrare la sussistenza di un illecito professionale richiede anche, in via propedeutica, di specificare e chiarire le fattispecie esemplificative individuate in via soltanto generica dal codice e, dunque, appare corretta l'opzione di individuare una «casistica allargata di illeciti professionali» non essendo «logicamente definibile il mezzo di prova di un illecito, se non si stabilisse prima di quale illecito si sta trattando»; salvo dover precisare che tale indicazione non ha valore tassativo ma solo esemplificativo, dovendosi lasciare «alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale». Infine, riguardo alle linee guida ex art. 192, comma 1, del codice "per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*", pure ritenendo comunque compatibile – secondo uno schema concettuale analogo a quello della segnalazione certificata di attività privata dall'art. 19 della legge n. 241/1990 – la funzione di controllo dell'Anac sui requisiti di iscrizione nell'elenco con l'autoproduzione mediante organismi domestici subordinata soltanto al rispetto di certe condizioni fissate direttamente dalla legge, il Consiglio di stato ha censurato il tentativo di integrare i noti presupposti legittimanti l'*in house providing* (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata: requisiti sostanziali definiti in modo autosufficiente dagli artt. 12 della direttiva 24/2014, 5 del codice e 16 del d. lgs. n. 175/2016), invitando a limitarsi ad una loro «prudente esemplificazione»; ha altresì censurato «l'eccesso di esemplificazione» in ordine all'individuazione dei tre momenti del controllo analogo (*ex ante*, contestuale, *ex post*) perché ha «l'effetto indesiderato di irrigidire oltremodo i margini operativi delle stazioni appaltanti» (Comm. speciale, 1 febbraio 2017 n. 282).

⁹⁹ È, ancora una volta, il caso delle linee guida sul RUP, nel cui schema l'Anac aveva previsto l'incompatibilità tra le funzioni di responsabile unico del procedimento e quelle di commissario di gara e presidente della commissione giudicatrice, costringendo il Consiglio di stato a giudicare «non condivisibile» la scelta di «revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali» (sul punto contrarie: cfr. per esempio). Rilievo che ha indotto l'Anac ad elaborare un testo finale del seguente, ambiguo, tenore: «Il ruolo del RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice /art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza» (punto n. 2.2. della delibera del 26 ottobre 2016).

colante che, comunque, non lasciano piena libertà di azione, in quanto legittimano la possibilità di una “deviazione” dall’indirizzo interpretativo fornito dall’Anac solo a condizione che vi sia una «adeguata e puntuale motivazione», che, in relazione anche alle peculiarità del caso concreto, giustifichi la «diversa scelta amministrativa» (altrimenti valutabile come indice sintomatico di eccesso di potere sulla falsariga dell’elaborazione avutasi con riferimento alla violazione delle circolari)¹⁰⁰.

Le considerazioni che precedono, pur nella loro inevitabile schematicità, consentono di percepire la complessità della dialettica che, a dispetto delle intenzioni, le indicate forme di intervento stanno innescando, sia a livello istituzionale che sul piano operativo, tra tutti gli attori coinvolti nel sistema delle commesse pubbliche. Allo stesso tempo, pare evidente come i rapporti tra tali soggetti siano ancora destinati ad essere caratterizzati dalla lettura in chiave attuariale di una “montagna di carte”¹⁰¹: segno nostalgico del peso di una tradizione che solo all’esterno può essere apprezzata in chiave lirica, quale segno di una “profonda poesia” qual’è “la poesia di un tentativo di irreggimentare la vita caotica e aggressiva in un ordine”¹⁰², che invece appare, per questa via, sempre più introvabile.

Più in generale, sembra rilevante l’effetto sistemico o “esistenziale”¹⁰³ di tali iniziative che inducono, piuttosto che a sperimentare valutazioni strategiche e capacità tecniche, a riscoprire antiche pratiche di osservanza e di fedeltà che richiamano alla memoria la distinzione tra *paeceptum* e *consilium* elaborata dalla filosofia morale cattolica “allo scopo di distinguere tra le regole del Vangelo, quelle il cui adempimento è necessario alla salvezza (e pertanto sono obbligatorie) e quelle il cui adempimento è raccomandato come mezzo utile al raggiungimento di una più alta perfezione spirituale”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Cfr. ancora il citato parere n. 1767/2016 sulle linee guida RUP. Nello stesso senso, si veda anche il recente parere reso da Cons. stato, Comm. speciale, 29 maggio 2017 n. 1257, con riferimento alle linee guida Anac per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici.

¹⁰¹ Come notato da SABINO CASSESE nell’intervista pubblicata da *Il Foglio*, 24 gennaio 2017, dal titolo “Cassese: L’Anac? Contrastare la corruzione senza rinunciare all’efficienza. Cantone a giudizio”, alla quale hanno pubblicamente replicato i Consiglieri dell’Anac, con un Intervento pubblicato sul medesimo quotidiano *Il Foglio*, 31 gennaio 2017.

¹⁰² Per ripetere le suggestive immagini letterarie evocate, in altro contesto, da C. MAGRIS, *Il sapore del sale in dogana. Un antico crocevia di vite e civiltà*, in *Corriere della Sera*, 11 aprile 2017, 42-43.

¹⁰³ Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, nelle conclusioni.

¹⁰⁴ Come ricorda N. BOBBIO, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 371.

7. *I riflessi sul processo: l'attrazione fatale verso una giustizia oggettiva*

Ad un procedimento contrattuale che, complici anche le plurime “attenzioni” vigilatrici da cui è circondato, stenta ad abbandonare la sperimentata sponda della dialettica vincolo-discrezionalità, con tutto il relativo corredo di categorie ordinanti, sembra accompagnarsi un’ involuzione del processo che appare sempre più orientato, attesa anche la congenita e mai risolta dialettica interna tra visione soggettiva e visione oggettiva della giustizia amministrativa, ad operare in funzione di interessi formali e generali rispetto alla pretesa sostanziale all’aggiudicazione¹⁰⁵ di cui è portatore l’operatore ingiustamente escluso o pretermesso in corso di gara. Il nuovo rito in materia di appalti delineato dagli artt. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis*, c.p.a. (introdotti dall’art. 204 del codice)¹⁰⁶ si configura, infatti, come un «sistema processuale chiuso e speciale» che dà vita ad un sindacato che, nella misura in cui si concentra sulla sola impugnativa dei provve-

¹⁰⁵ Come notato anche dal Presidente del Tar Lazio, CARMINE VOLPE, *Inaugurazione dell’Anno Giudiziario 2017*, Roma, 15 febbraio 2017, 11: “Si tratta di un giudizio che non porta al conseguimento del bene della vita, ma solo all’accertamento della legittimità della partecipazione procedimentale. Sempreché non si ritenga che la legge abbia identificato un nuovo bene della vita, costituito dall’interesse a che la partecipazione avvenga in maniera conforme alle regole, indipendentemente dal conseguimento dell’utilità finale data dal provvedimento di aggiudicazione. E così si evolve, allargandosi, lo stesso concetto di bene della vita”. Cfr. anche E. FERRARI, *Convergenze e divergenze*, cit., 15, e, per la tendenza anche europea alla banalizzazione delle regole tecnico-processuali, E.M. BARBIERI, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell’Adunanza Plenaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 554.

¹⁰⁶ Sul quale si vedano le varie analisi di: M. A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 8/2016; ID., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 29 luglio 2016 e, da ultimo, *Un mini passo avanti verso l’effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull’art. 19 d.lgs. 56/2017*, in *federalismi.it*, 10/2017; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, *ibid.*, 26 maggio 2016; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l’art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, *ibid.*, 3 giugno 2016; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 520; I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 659; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 873; A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali (Art. 204)*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano 2017, 731; P. STELLA RICHTER, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 376; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del Processo Amministrativo*, II ed., Roma, 2017, 690.

dimenti (non tanto di esclusione¹⁰⁷, quanto, soprattutto) di ammissione alle procedure di affidamento¹⁰⁸, viene allontanato dalla cognizione degli aspetti sostanziali delle dinamiche negoziali e si trova confinato in una dimensione astratta e preliminare, ovvero in una specie di vuoto pneumatico che, in un'ideale strutturazione per fasi successive del contenzioso, si pone a servizio esclusivo della corretta formazione della platea dei concorrenti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte ed alla conseguente aggiudicazione¹⁰⁹. Ciò, si tende a dire, dovrebbe servire a disinnescare il problema (che le opposte vedute interne

¹⁰⁷ Che, trattandosi di arresti procedurali implicanti l'immediata lesione della pretesa all'aggiudicazione, sono sempre stati ritenuti assistiti dalle condizioni di immediata impugnabilità. La circostanza che il legislatore abbia accomunato in un unico regime processuale provvedimenti così distinti «è sintomatica di scarsa consapevolezza delle profonde differenze circa gli effetti lesivi delle due categorie di atti», come opportunamente riconosciuto dal Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016 n. 5852, che, nell'ambito di un'assai argomentata disamina dei diversi problemi in seguito richiamati, osserva anche come «un sistema così congegnato potrebbe astrattamente far scivolare il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo contrario agli artt. 24 e 113 Cost. ed escluso dalla giurisprudenza».

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. III, 23 novembre 2016 n. 4994, in *Giur. it.*, 2017, 175, con nota di E. BOSCOLO. Il carattere "superspeciale" del rito in esame implica che lo stesso non può estendersi in via interpretativa all'impugnazione di altri atti, né può applicarsi per la contestazione di esclusioni fondate su presupposti diversi da quelli soggettivi (come, per esempio, per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla *lex specialis* di gara: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017 n. 1020). Si ritiene altresì che tale rito sia applicabile solo nei casi in cui vi sia una netta distinzione tra le fasi di ammissione-esclusione e di aggiudicazione; fuori da tali ipotesi, infatti, «le esigenze di rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili dai protagonisti della gara divengono attuali solo nel momento in cui il procedimento è giunto alla fase di aggiudicazione definitiva, soggetta all'usuale rito, pur speciale, disciplinato dai restanti commi dell'art. 120 c.p.a.» (Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 aprile 2017 n. 394).

¹⁰⁹ Questa è la lettura ormai prevalente in giurisprudenza, sulla scia anche del parere del Consiglio di Stato, n. 855/2016: cfr. per esempio Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017 n. 1020; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 2 marzo 2017 n. 420; Cons. Stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017 n. 1059, che, pure ritenendo astrattamente compatibile con la disciplina speciale del rito in esame la proposizione e la trattazione di istanze cautelari (peraltro, già secondo Cons. Stato, parere n. 855/2016, cit. nella ordinarietà dei casi superflue «attesi i tempi strettissimi in cui si perviene alla decisione di merito»), e secondo Tar Campania, Napoli, sez. IV, 20 dicembre 2016 n. 5852, ammissibili solo nella forma urgente, cioè di tipo monocratico e *ante causam*, l'unica in grado di «consentire la deroga della disciplina processuale accelerata in ragione della superiore esigenza di tutela del diritto di difesa del ricorrente», e comunque sempre con onere motivazionale aggiuntivo «che esalti ancor di più l'estrema gravità del pregiudizio per giustificare, appunto, l'intervento del giudice a monte dell'instaurando processo» avverso gli atti di ammissione o di esclusione, ha dichiarato inammissibile la proposizione di domande cautelari e di merito in unico ricorso proposto congiuntamente anche contro l'aggiudicazione definiti-

sul ruolo del giudice amministrativo non sono riuscite a risolvere, falsando anche il dialogo con la Corte di Giustizia¹¹⁰) del ricorso incidentale escludente, blindando “la fase delle ammissioni nella quale si annidano la maggior parte dei germi dell’attuale contenzioso, attraverso una preclusione processuale o comunque un suggello giudiziario, sì da affrancare tendenzialmente dal contenzioso la fase dell’aggiudicazione”¹¹¹. Senza però considerare che tale “defatigante e dispendiosa caccia preventiva alle ammissioni illegittime”¹¹², oltre a non condurre ad una effettiva deflazione del contenzioso ed avere, tra l’altro generato non poche criticità ed incertezze nel corso delle prime applicazioni¹¹³, anche in ragione dell’as-

va, disponendo pertanto la separazione dei giudizi e la possibile riassunzione delle stesse domande rivolte contro l’aggiudicazione per errore scusabile.

¹¹⁰ M. LIPARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale*, in Treccani, *Libro dell’anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 744; M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, Bussola, in *Lamministrativista.it*, 2016.

¹¹¹ G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. Il Consiglio di stato, nel citato parere n. 782/2017 sul correttivo, ha così riassunto la tre problematiche a cui avrebbe dovuto rispondere il nuovo rito: «1) determinare in modo definitivo e non più contestabile l’ambito dei partecipanti ad una gara; 2) evitare conseguentemente che con l’impugnazione dell’aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara (...); 3) neutralizzare per quanto possibile anche l’effetto “perverso” del ricorso incidentale».

¹¹² G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra deflazione e complicazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 973.

¹¹³ Nel citato parere n. 782/2017, il Consiglio di stato, pure dando atto che il tempo trascorso è «troppo breve per poterne apprezzare interamente la sua funzionalità e la sua capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati», ha tuttavia segnalato alcune criticità, tra le quali merita qui considerare: a) la decorrenza del termine: di norma, dalla pubblicazione di tali atti sul profilo del committente nella sezione “Amministrazione trasparente” ex art. 29 del codice («non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda», come messo in luce dal Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017 n. 2843 e dal Tar Molise, 28 aprile 2017 n. 150, che, in un caso di mancata prova dell’avenuta predetta pubblicazione, ha ritenuto tempestivo il ricorso che impugni l’atto di ammissione dell’impresa aggiudicataria unitamente all’aggiudicazione, «stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità delle domande, con la conseguenza che il termine di impugnazione decorre dall’aggiudicazione e non dall’ammissione»; e senza che possa pertanto rilevare, al fine di fare slittare in avanti il *dies a quo*, il successivo deposito in giudizio degli atti di gara da parte dell’amministrazione resistente: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 4 aprile 2017 n. 4190), o, in mancanza, dalla piena conoscenza comunque acquisita dell’atto, per esempio attraverso comunicazione e-mail del verbale della seduta di ammissione dei partecipanti (come ricorda il Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2017 n. 582, secondo cui la vigenza dell’art. 29 del d. lgs. n. 50/2016 «non reca motivi per discostarsi (...) dal consolidato principio per cui (...) nel caso in cui il ricorrente viene ad avere contezza dell’atto prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell’avenuta conoscenza dell’atto

senza nell'attuale disciplina del procedimento di affidamento dei contratti pubblici di una chiara scansione della fase di ammissione delle offerte

purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato»); b) l'ambito applicativo del rito (che presuppone un sistema «a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara», come ritenuto da Cons. stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017 n. 1059, Tar Puglia, Bari, sez. III, 14 aprile 2017 n. 394 e Tar Toscana, sez. II, 14 febbraio 2017 n. 239; e non è considerato applicabile neppure ai casi di esclusione dalla gara fondata su presupposti diversi da quelli soggettivi, e quindi per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica, come opinato dal Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017 n. 1020; oppure, come ritenuto sempre dal Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017 n. 2843, ai casi in cui non vi sia stata la pubblicazione ex art. 29 del codice sul profilo del committente nella sezione "Amministrazione trasparente", in quanto il rito super-speciale «si rivela del tutto inattuabile, per mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito»), con particolare riferimento alle procedure in cui è difficile individuare una netta distinzione tra la fase delle ammissioni/esclusioni e quella di aggiudicazione (come le gare informatiche, le aggiudicazioni con il criterio del prezzo più basso, le procedure d'urgenza, nonché quelle in cui la stazione appaltante si avvalga della facoltà di posporre la valutazione dei requisiti dei concorrenti all'esame delle offerte: cfr. in proposito i rilievi di M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 749); e, soprattutto, c) la eventuale sopravvenienza dell'aggiudicazione nel corso del non ancora definito giudizio, con possibile concorso di riti diversi (finora risolto dalla giurisprudenza, per un verso ammettendo, per ragioni di economia e concentrazione processuale, la possibilità (e non l'obbligo) di impugnazione dell'atto sopravvenuto anche con motivi aggiunti e risolvendo il concorso di riti caratterizzati da diverso grado di specialità nel senso della prevalenza di quello di cui al comma 6 dell'art. 120 c.p.a. che si presta a fornire maggiori garanzie per tutte le parti coinvolte nell'unica vicenda processuale: cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017 n. 434; per altro verso, ritenendo che, in ragione della struttura bifasica ormai assunta dal contenzioso, l'aggiudicazione sopravvenuta non faccia venire meno l'utilità e la *ratio* del ricorso anticipato: Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 8 febbraio 2017 n. 2118). Solo il primo aspetto è stato parzialmente affrontato dal correttivo che, nel tentativo di coordinare meglio i principi in materia di trasparenza con le forme di tutela, ha introdotto dopo il secondo periodo del primo comma dell'art. 29 la regola che il termine per l'impugnativa delle esclusioni/ammissioni «decorre dal momento in cui gli atti (...) sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione» (cfr. l'art. 19, c. 1, lett. a, del d. lgs. n. 56/2017): disposizione che, se per un verso rende più certo l'esercizio del diritto di difesa, rischia anche «di dilatare – e di molto – nel tempo l'effettiva definizione delle controversie (...) che, invece, il legislatore del 2016 aveva immaginato destinate ad essere definite entro un brevissimo lasso di tempo», incrementando così le possibilità di intreccio tra differenti iniziative processuali (C. CONTESSA, *Il primo (e unico) correttivo*, cit., 13). Nessuno degli altri profili problematici di rito sono stati invece affrontati dal correttivo, avendo evidentemente il Governo preferito l'opzione zero già indicata dal Consiglio di stato in questi termini: «non intervenire in alcun modo sulla previsione processuale, in modo da consentire un congruo periodo di sperimentazione della stessa (stimandosi congruo un periodo almeno biennale di "standstill legislativo"), e la sedimentazione della elaborazione giurisprudenziale, prima di un intervento normativo correttivo».

che possa concludersi con provvedimento «definitivo e tombale, seguito da una possibile “omologa” da parte del giudice»¹¹⁴, rischia di divenire in prospettiva un pericoloso fattore di trasformazione in chiave oggettiva del processo in materia di appalti, dando la stura a mai sopite tendenze e visioni¹¹⁵ che vedono, in sinistra coincidenza con la stonata affermazione delle Sezioni Unite n. 10294 del 2012 che «la realizzazione dell’opera non rappresenta in ogni caso l’aspirazione dell’ordinamento», nella custodia della legalità dell’azione amministrativa l’inabdicabile e fondamentale missione del giudice amministrativo.

Qualche avvisaglia in tale direzione si comincia a percepire in giurisprudenza.

Merita citare al riguardo una decisione del Tar centrale¹¹⁶ che ha preso spunto dalle indicazioni legislative concernenti la «rilevante revisione dei meccanismi di tutela giurisdizionale “al fine di garantire l’efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti” (come si esprime la legge di delega: v. art. 1, co. 1, lett. aaa, l. 28 gennaio 2016 n. 11)», novità che avrebbero fatto emergere «in modo ancor più evidente di quanto non fosse in passato la necessità di coniugare (...) le esigenze di tutela giurisdizionale con quelle di sollecita se non “immediata” definizione delle controversie», per ritenere «preferibile un’impostazione che consenta all’operatore economico interessato a partecipare alla gara di chiedere l’immediata verifica della legittimità della *lex specialis*, nella parte relativa alla scelta del criterio di aggiudicazione, senza dover necessariamente partecipare alla selezione (con eventuale celebrazione del giudizio sulle ammissioni) e senza doverne attendere l’esito». Nel fare ciò il Tar Lazio ha dato avvio ad una lettura evolutiva ed ampliativa della nozione di clausole del bando immediatamente escludenti, come tali immediatamente impugnabili, senza che sussista in capo all’operatore l’onere di attendere l’esito della

¹¹⁴ Come messo in evidenza, attraverso anche il confronto con il procedimento (ed il rito processuale speciale ex art. 129 c.p.a.) che regola la competizione elettorale, dalla citata decisione del Tar Campania, Napoli, sez. IV, n. 5852/2016, che ha richiamato in proposito la possibilità (prevista dall’art. 80, c. 6, del codice) di esclusione in ogni momento della procedura e, dunque, un “dovere di controllo aperto” da parte della stazione appaltante, almeno sino all’aggiudicazione, che è difficilmente compatibile con la *ratio* e l’applicazione del nuovo rito.

¹¹⁵ Per un esame delle quali, anche in una più ampia prospettiva storica, si rinvia a G.D. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 755.

¹¹⁶ Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 13.12.2016 n. 12439.

gara o, ancor prima, quello di partecipazione alla procedura¹¹⁷. In tale senso, si cita l'orientamento che evoca le clausole tali da impedire l'utile presentazione dell'offerta e, quindi, sostanzialmente impeditive della partecipazione alla gara, come tali comprendenti, oltre a quelle afferenti ai requisiti soggettivi: «quelle “attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta” (per l'indirizzo in rassegna, rientrano in tale nozione più ampia le clausole “impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale” o che “rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile”, le “disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta”, le “condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente”, l'“imposizione di obblighi *contra ius*”, le “gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta” o la presenza di “formule matematiche del tutto errate”, la carenza dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso)». A sostegno di tale indirizzo, viene citato un precedente del Consiglio di Stato¹¹⁸ che però, con riferimento ad un caso di mancanza nella *lex specialis* della clausola di equivalenza delle specifiche tecniche di cui all'art. 68 del previgente codice, nel prestare adesione all'orientamento generale della «più recente e costante giurisprudenza» amministrativa e della Corte di Cassazione in ordine all'art. 1418 c.c., e nel ricordare che «l'impresa che non partecipa alla gara, o vi partecipa in via di mero fat-

¹¹⁷ Invece di recente ribadito dalla Corte di giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, *GesmbH*, che ha ritenuto compatibile con l'ordinamento europeo che a un offerente escluso da una gara con provvedimento divenuto definitivo sia negata tutela giurisdizionale avverso l'aggiudicazione ad altri dell'appalto pubblico, anche quando a presentare le offerte siano stati solo due concorrenti e si sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa. Nello stesso senso, può leggersi anche Corte di giustizia, sez. VIII, 10 maggio 2017, C-131/16, *Archbus*, e nel diritto interno – sulla scia delle note Adunanze Plenarie nn. 1/2003, 4/2011 e 9/2014, che hanno ritenuto inconfigurabile di norma l'interesse strumentale ad agire in giudizio – Cons. stato, sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180, 25 agosto 2016 n. 3688, 20 aprile 2016 n. 1560; sez. III, 10 giugno 2016 n. 2507, 26 agosto 2016 n. 3708, che hanno ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso di chi non abbia partecipato *ab imis* alla gara ovvero ne sia stato legittimamente escluso.

¹¹⁸ Cons. stato, sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180.

to non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze; (...) a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti», e che «le prime due ipotesi categoriali suindicate siano di più rara verifica; esse sono poi di più agevole accertamento, per cui il nodo centrale da sciogliere, nell'aspirazione a precisare con chiarezza quali siano gli oneri per le imprese, riposa nella enucleazione dei casi in cui ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti"», ha prestato adesione all'indirizzo volto a considerare tali anche le clausole «attinenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (...)» e, su tali basi, ha rigettato l'appello avverso una sentenza del Tar Lazio che aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro il bando della società Anas che prescriveva in modo puntuale, senza la citata clausola di equivalenza, le specifiche tecniche e prestazionali delle barriere progettate come le uniche idonee a soddisfare il problema. Oltre a ciò, la citata sentenza del Consiglio di Stato così correttamente sintetizza il problema di fondo: «legittimare e/o rendere obbligatoria l'impugnazione immediata della *lex specialis* della selezione evidenziale consente l'emersione immediata degli eventuali vizi denunciati, alla stessa ascrivibile; in teoria disinnescava la spiacevole evenienza di una statuizione di illegittimità che sopravvenga alla compiuta spendita del potere amministrativo, a distanza di tempo, rendendo vano il lavoro svolto. Di converso, ciò rischia di moltiplicare esponenzialmente le ipotesi di contenzioso giurisdizionale, e di stimolare impugnazioni pretestuose e/o avanzate da soggetti che neppure potrebbero aspirare all'aggiudicazione. La ricerca di un punto di equilibrio tra tali delicate problematiche ha a più riprese visto impegnate la giurisprudenza e la dottrina».

La strada avviata dal Tar centrale è stata prontamente seguita anche dal Consiglio di Stato che, passando in rassegna la recente produzione normativa, caratterizzata da disposizioni sia sostanziali che processuali volte ad attribuire rilievo ad aspetti del bando e degli altri atti di avvio della procedura che riguardano in misura preliminare il corretto esercizio del potere di regolazione della gara e l'interesse del singolo

operatore economico ad illustrare e fare apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi¹¹⁹, nella logica della «protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo», e dopo avere sottolineato la fondamentale rilevanza assunta dal veduto onere di impugnazione immediata delle altrui ammissioni alla procedura di gara, ha considerato superato il diritto vivente formatosi a seguito dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003¹²⁰ e ritenuto ammissibile il ricorso immediato contro il bando recante il sistema di aggiudicazione del massimo ribasso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹²¹. Ciò in quanto si starebbe profilando nell'ordinamento degli appalti pubblici una nozione di "bene della vita" «più ampia di quella tradizionalmente riferita all'aggiudicazione, che sebbene non coincidente con il generale interesse alla mera legittimità dell'azione amministrativa, è nondimeno comprensiva del "diritto" dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elabora-

¹¹⁹ Si citano, in tal senso, anche: l'espressa comminazione della sanzione di nullità delle clausole espulsive autonomamente previste dalla stazione appaltante (art. 46, c. 1-bis, del vecchio codice e art. 83, c. 8, del nuovo codice), quale «indizio della vocazione generale ed autonoma dell'interesse *participationis*»; l'autotutela doverosa configurata dall'art. 211, c. 2, del codice, che prescinde dall'interesse del singolo partecipante all'aggiudicazione «e mira invece al corretto svolgimento delle procedure di appalto nell'interesse di tutti i partecipanti»; la creazione (per opera dell'art. 95 dell'attuale codice) di «una vera e propria gerarchia fra i tipici metodi di aggiudicazione di un appalto (...) elemento di rilancio di una discrezionalità "sana e vigilata" da porre a disposizione di amministrazioni qualificate sì da renderle capaci di selezionare le offerte con razionalità ed attenzione ai profili qualitativi».

¹²⁰ Ripercorso criticamente, a partire da un indirizzo per verità risalente almeno alla fine degli anni '90 (si consideri, per esempio: Cons. stato, sez. IV, 11 febbraio 1998 n. 261), da L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 819.

¹²¹ Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017 n. 2014. Orientamento analogo viene seguito dalla giurisprudenza di primo grado al fine di ammettere l'impugnazione immediata, anche da parte di professionisti che non abbiano presentato domanda di partecipazione alla procedura, di bandi e/o avvisi con cui si dà avvio a procedure selettive di evidenza pubblica per l'affidamento di servizi giuridico-legali con il criterio del massimo ribasso. Infatti, si ritiene che in tali ipotesi «si rientra nell'ambito dell'impugnazione delle clausole degli atti di indizione delle procedure selettive che rendono impossibile la stessa formulazione dell'offerte (...). Non avrebbe, infatti, senso partecipare a una selezione che si ritiene non avrebbe potuto essere indetta alle condizioni previste nel bando» (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 22 dicembre 2016 n. 3057, seguita sul punto da Tar Puglia, Lecce, sez. II, 31 maggio 2017 n. 875).

te, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti»¹²².

Nella medesima ottica si colloca anche altra recente decisione del Tar ligure¹²³ che, nel rimettere alla Corte di Giustizia UE la questione della possibilità di impugnare gli atti di una gara alla quale l'impresa non abbia preso parte quando sia certo o altamente probabile che non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione in ragione della strutturazione della gara (ad esempio, dimensione dei lotti) o della sua disciplina, dopo avere inutilmente sollevato questione di legittimità costituzionale della legislazione regionale, dichiarata inammissibile in ragione dell'orientamento dominante incline a negare la legittimazione a ricorrere agli operatori che non abbiano fatto domanda di partecipazione alla procedura¹²⁴, ha sottolineato le conseguenze penalizzanti «sull'effettività della tutela del diritto alla concorrenza di tale ultimo orientamento», in quanto subordinare la possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale alla partecipazione alla gara «comporta di per sé rilevanti oneri», anche nel caso in cui tale partecipazione sarebbe «del tutto inutile dal momento che le chance di aggiu-

¹²² *Ibid.*, punti n. 5 e ss. della motivazione, ove pure si individua la posizione giuridica legittimante nell'autonomo «interesse sostanziale» a competere «secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo».

¹²³ Tar Liguria, sez. II, ord. 29 marzo 2017 n. 263.

¹²⁴ Secondo il Tar Liguria (ord. 21 gennaio 2016 n. 95), la legge regionale ligure sul trasporto pubblico regionale e locale (l. 7 novembre 2013 n. 33) era di dubbia compatibilità con il principio di concorrenza nella parte in cui faceva coincidere con l'intero territorio regionale l'ambito ottimale a cui commisurare l'organizzazione del trasporto pubblico e disponeva che l'affidamento del relativo servizio avvenisse in un unico lotto; in ragione di tale presupposta questione, il medesimo giudice rimettente riteneva infondata l'eccezione di difetto di interesse ad agire per difetto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e per difetto di lesività delle clausole, perché da un lato i ricorrenti contestavano «in radice la stessa gara così come strutturata nelle sue dimensioni per effetto delle norme legislative censurate», sicché non sarebbe stata necessaria la domanda di partecipazione alla gara, e, dall'altro, la previsione di un lotto unico era da considerarsi immediatamente lesiva delle loro posizioni giuridiche. La Corte cost., 22 novembre 2016 n. 245, in *Foro it.*, 2017, I, 75, con nota redazionale ha ritenuto tale prospettazione implausibile, essendosi limitati i ricorrenti ad impugnare l'avviso recante l'invito a presentare manifestazioni d'interesse, senza avere preso realmente parte alla gara, e, dunque, in ragione della consolidata opinione – discendente «dalla piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere» – secondo cui «l'impresa che non partecipi alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata ma riconducibile a un mero interesse di fatto». A tale orientamento, oltre alle precedenti decisioni richiamate nella nota redazionale citata, hanno in seguito aderito anche Cons. stato, sez. III, 3 febbraio 2017 n. 474, e Cons. stato, sez. IV, 6 febbraio 2017 n. 481.

dicazione sarebbero fin dall'inizio inesistenti o estremamente limitate». Significativo è che l'invito al ripensamento delle categorie tradizionali del processo, per via di una interpretazione evolutiva delle ipotesi eccezionali in cui si considera legittimato a ricorrere l'operatore economico che resti estraneo alla procedura selettiva, sia coltivato avendo di mira un interesse generale (la tutela della concorrenza), oltre tutto, come già accennato, non rilevante per sé nella materia, ma impiegato quale strumento-mezzo per promuovere la libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone nel mercato europeo ed evitare una distorsione degli scambi intracomunitari¹²⁵, e con il pretesto pratico di risolvere – una volta emendata in corso di giudizio la legislazione regionale, in modo da risolvere le problematiche sollevate in sede di rinvio alla Corte costituzionale¹²⁶ – un problema di regolazione di spese processuali¹²⁷, che ben avrebbe potuto essere gestito alla luce dei criteri generali di cui al combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 91 e 92 c.p.c. e, pertanto, disponendo al più la compensazione parziale o per intero delle spese in ragione della motivata ricorrenza nel caso di specie di eccezionali e particolari motivi¹²⁸.

Simili orientamenti intorno ad ondivaghe ipotesi di asserita difficoltà di formulazione di un'offerta adeguata e/o vincente, nella misura in cui si collocano oltre le stringenti condizioni (di preesistenza della situazione di fatto da cui dipendono gli effetti lesivi, di pertinenza della stessa alla

¹²⁵ A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli*, cit., 184.

¹²⁶ Nelle more del giudizio è, infatti, entrata in vigore la legge regionale 9 agosto 2016 n. 19, recante modifiche alla precedente disciplina del trasporto pubblico regionale e locale, che ha previsto, al posto del bacino unico su scala regionale, quattro ambiti territoriali omogenei e ha anche eliminato il lotto unico, prevedendo «lotti di gara di dimensioni che garantiscano la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento, secondo modalità non discriminatorie» (come si legge nel novellato art. 14, c. 4).

¹²⁷ Ritenendo il Tar ligure che, nel caso si opti per l'ammissibilità del ricorso, il giudizio dovrebbe concludersi con una sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere con conseguente addebito delle spese a carico della parte resistente che si configura come soccombente virtuale; nel caso, invece, si opti per la tesi tradizionale dell'inammissibilità del ricorso, le spese dovrebbero porsi a carico dei ricorrenti: soluzione che «renderebbe estremamente difficile l'esercizio della tutela giurisdizionale in materia di concorrenza dal momento che, anche nelle ipotesi in cui la domanda giudiziale fosse fondata a tal punto da indurre il legislatore a mutare, successivamente alla proposizione del ricorso, la disciplina legislativa contestata, il soggetto che l'avesse proposta dovrebbe soggiacere al pagamento di ingenti spese processuali. Tale evenienza scoraggerebbe inevitabilmente la proposizione di simili azioni».

¹²⁸ Aspetti sui quali si può rinviare a: M. MOCCI, *Il punto sulle spese processuali alla luce della riforma*, in *Dir. proc. civ.*, 2011, 907; V. AMENDOLAGINE, *Orientamenti sulla condanna alle spese di lite dopo le riforme 2005-2014*, in *Corr. giur.*, 2017, 107.

sfera personale del potenziale concorrente e di sicura percepibilità, senza necessità di altrui intermediazioni e di successive attività, del pregiudizio da parte delle categorie escluse) che governavano in termini restrittivi le eccezioni alla regola della impugnazione differita degli atti generali incoativi del procedimento¹²⁹, oltre a rendere estremamente incerta ed incrementale la dinamica delle impugnative, non riescono ancora a superare l'osservazione basilare che "il danno giuridicamente rilevante consiste nella mancata aggiudicazione"¹³⁰, ovverosia in quella azione-volizione che rappresenta l'anello di congiunzione tra la previsione astratta che regola la condotta dell'amministrazione e l'effetto giuridico finale avuto di mira dal soggetto agente¹³¹ concreto.

Su un altro, ma concorrente versante, infine, si apre un inedito fronte di sindacato¹³² sia sulle vicende oggetto dei pareri/inviti all'autotutela dell'Anac, sia sull'esercizio del potere regolatorio della medesima Autorità che, intercettando la storica vocazione del giudice amministrativo a proporsi come interlocutore privilegiato degli interessi generali e sensibili del momento, accentuerà con ogni probabilità ancor di più il suo distacco dal terreno più propriamente rimediale per proiettarlo nella nebulosa, quanto attraente¹³³ e densamente popolata, galassia della mediazione e

¹²⁹ Per un'attenta analisi di tali condizioni, si rinvia a P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 755.

¹³⁰ R. VILLATA, «Novità» in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 915.

¹³¹ Secondo una sempre valida distinzione categoriale, elaborata da A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnabilità dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 882 ss., ed ampiamente seguita dalla giurisprudenza amministrativa dominante (cfr. per esempio: Cons. stato, sez. V, 28 giugno 2016 n. 2927; 7 novembre 2014 n. 5480; 24 marzo 2014 n. 1448; 22 maggio 2012 n. 2942).

¹³² Ora sistematicamente ripercorso da F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 381.

¹³³ Basti considerare l'accento in questi anni posto sul tema dai seguenti autori: G. NAPOLI TANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 677; F. MATTASSOGLIO, *Giudice amministrativo, mercato ... e suoi fallimenti*, in *Dir. ec.*, 2011, 489; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 951; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 952; *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, a cura di G. PELLEGRINO e A. STERPA, Roma, 2014; G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015; F. SAIITA, *Giustizia amministrativa e sviluppo economico*, in *Dir. ec.*, 2016, 637; M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, a cura di L. ANTONINI, Bologna, 2016, 289.

regolazione dei conflitti tra interessi pubblici¹³⁴. Sul primo fronte, si riscontra l'eventualità di un contenzioso tra l'Anac e le stazioni appaltanti in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti e anche sulle eventuali reciproche conseguenze risarcitorie, che appare «tutto interno alla sfera dei pubblici poteri»¹³⁵, inserendosi così nel solco di quella «vistosa eccezione rispetto alla struttura tradizionale del processo amministrativo»¹³⁶, rappresentata dai ricorsi antitrust, caratterizzati dal fatto che l'accertamento della violazione ed il loro ripristino «trascend(a) l'interesse specifico del singolo operatore del mercato e (sia) è pertanto sottratto alla libera disponibilità dell'interessato»¹³⁷. Quanto poi alla «piena giustiziabilità delle linee guida dell'Anac di fronte al giudice amministrativo»¹³⁸, si prospetta la possibilità che l'omesso adeguamento all'avviso espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva implichi uno scrutinio che, oltre a profilarsi particolarmente «attento e penetrante (...) o anche d'ufficio, nelle limitate ipotesi in cui è consentita la disapplicazione»¹³⁹, finisce comunque per «concentrarsi sull'idoneità della regola d'azione cristallizza-

¹³⁴ Per alcune considerazioni (critiche) d'insieme sul tema, si rinvia a G. D. COMPORI, *Il giudice delle misure di gestione delle crisi bancarie: analisi introduttiva di un modello tra passato e futuro*, in *Regole e mercato*, I, a cura di M. MANCINI, A. PACIELLO, V. SANTORO, P. VALENSISE, Torino 2016, 689.

¹³⁵ Come notato nel citato parere n. 2777/2016 del Consiglio di Stato, al punto n. 5.4, lett. g., ove si annota peraltro che «non si potrebbe neanche escludere, in linea di principio, l'ipotesi che la stessa ANAC possa ricorrere alla difficile strada dell'autotutela esecutiva (...), ovvero scelga di contrastare in sede giurisdizionale le condotte elusive o violative delle sue raccomandazioni, con ricorsi contro il silenzio nei confronti della raccomandazione vincolante o contro l'eventuale provvedimento di diniego di autotutela, anche per evitare che esso si consolidi definitivamente in danno dello stesso fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e all'anticorruzione. La praticabilità di tali ipotesi va ovviamente rimessa alla giurisprudenza, ma il solo fatto che se ne possa discutere evidenzia la problematicità del dettato codicistico». Nello stesso parere si suggerisce peraltro il rafforzamento delle garanzie procedurali e di contraddittorio, in modo da poter risolvere in via endoprocedimentale la potenziale conflittualità tra Anac e stazione appaltante in ordine alla rivalutazione della legittimità degli atti di gara (punto n. 6.3.6.).

¹³⁶ B. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., 291.

¹³⁷ Come sottolineato da Cons. Stato, sez. IV, n. 2246/2014. R. DE NICTOLIS, *O poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 1 luglio 2017, ha precisato che, per via di tale forma di legittimazione «straordinaria», «l'interesse pubblico e generale alla legittimità dell'azione amministrativa trova tutela immediata e diretta, e non per il «tramite» dell'interesse legittimo quale interesse individuale».

¹³⁸ Riconosciuta dal Consiglio di Stato, nel citato parere n. 855/2016.

¹³⁹ C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 gennaio 2017, par. 9.

ta nelle linee guida a soddisfare l'interesse regolativo stabilito nella norma primaria"¹⁴⁰.

In tutti i casi esaminati il processo – di cui pure si predica in misura crescente un uso sempre più razionale ed attento, attesa la scarsità dei mezzi messi a sua disposizione¹⁴¹ – viene distorto dall'obiettivo principale della “difesa del cittadino a fronte dell'esercizio del potere” pubblico¹⁴² per essere, invece, impiegato quale succedaneo momento correttivo e/o integrativo del procedimento amministrativo. Si alimenta così un antico cortocircuito istituzionale¹⁴³ che, scambiando ruoli e funzioni, allontana pericolosamente il giudice dal “conflitto sostanziale tra le parti”¹⁴⁴ relegandolo al ruolo ambiguo di consigliere del regolatore di turno in funzione della collaborativa ricerca “di soluzioni ricostruttive che, prima o poi, si traducono in nuove fattispecie” distributive degli interessi in gioco¹⁴⁵.

8. *In conclusione: una (ancora attesa) rivoluzione culturale contro i rischi della burocrazie celeste*

Nel tentativo di sviluppare qualche considerazione conclusiva, si può dire che appare ancora lontano l'approdo ad una gestione semplice e flessibile del ciclo di vita dei contratti pubblici.

Per molti aspetti, infatti, la presente stagione riformatrice non appare altro che un'edizione aggiornata di un copione che va in scena da tempo e che ha come protagonista il “circolo vizioso delle garanzie”: “classico esempio di effetto perverso dell'azione umana intenzionale” che, grazie all'azione combinata di costruttivismo giuridico e regresso all'infinito dei custodi¹⁴⁶, simbolizza tutta la difficoltà del diritto amministrativo con-

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016 n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 966.

¹⁴² Così R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 111.

¹⁴³ Esaminato in G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura*, cit., 819; ID., *Procedimento e processo: per una specialità razionalmente distribuita*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 507.

¹⁴⁴ G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, 206.

¹⁴⁵ G. ABBAMONTE, *L'oggetto della giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 358.

¹⁴⁶ Problemi lucidamente analizzati da M. BARBERIS, *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 170.

temporaneo di “tenere in equilibrio imperativi economici e interessi pubblici”¹⁴⁷.

In questa situazione di stallo, si perde l’ennesima occasione, oltre tutto propiziata dall’ampia manovra ingenerata dalla Riforma Madia, di «contrastare l’autoreferenzialità dell’amministrazione e sensibilizzarla sugli effetti concreti, anche di natura economica delle sue decisioni – disincentivando “la fuga dalla decisione”»¹⁴⁸, ed appare sempre più sfocato l’obiettivo di una amministrazione capace, non solo di rispettare la “legge” in tutte le sue anche innovative manifestazioni, ma anche di confrontarsi con interlocutori produttivi e sociali¹⁴⁹ e di agire in modo efficiente e senza inutili aggravii per i cittadini, senza perdere tempo, con l’ausilio di funzionari seri, preparati, competenti, efficienti, prudenti e zelanti¹⁵⁰.

Ancora più grave sarebbe, infine, non tenere a mente la lezione che proviene dalla storia della c.d. burocrazia celeste¹⁵¹. Termine con cui si suole rappresentare quel sistema di esami per l’accesso al funzionariato creato nella Cina imperiale, alla metà circa del 500, dalla dinastia Sui per porre un freno alla aristocrazia ereditaria e perfezionato, soprattutto sotto la successiva dinastia T’ang, per creare una aristocrazia imperiale. Mentre nell’Europa feudale dominavano ancora i legami corporativi e una concezione patrimoniale delle cariche¹⁵², in Cina si diffondeva anzi-tempo la cultura della selezione meritocratica, all’insegna della dottrina (o meglio sarebbe dire pedagogia) confuciana che predicava i valori del rispetto, dell’umiltà e della docilità, funzionali alla preservazione delle gerarchie burocratiche e dei riti (una delle massime più diffuse del tempo

¹⁴⁷ M. D’ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 64-65.

¹⁴⁸ Aspetto messo in evidenza nel parere del Cons. stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, 24 febbraio 2016 n. 515, sullo schema di decreto legislativo di prevenzione alla corruzione, pubblicità e trasparenza.

¹⁴⁹ Cfr. il parere Cons. Stato, Commissione spec., 14 ottobre 2016 n. 2113, sulla riforma della dirigenza pubblica.

¹⁵⁰ Cioè secondo il rigoroso standard di diligenza professionale di cui all’art. 1176, comma 2, c.c., delineato di recente come modello da prendere in considerazione da Cass., Sez. III, 6 ottobre 2015 n. 19883, in *Foro it.*, 2016, I, 604.

¹⁵¹ Dal titolo di un bel lavoro della fine degli anni ’60 di ETIENNE BALAZAS, *La bureaucratie céleste: recherches sur l’économie et la société de la Chine traditionnelle* (1968), trad. it. *La burocrazia celeste. Ricerche sull’economia e la società della Cina del passato*, Firenze, 1971.

¹⁵² V. VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in E. ROTELLI e P. SCHIERA, a cura di, *Lo Stato moderno, I, Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, 1971, 231.

era: «moderarsi e ripristinare i riti»¹⁵³). Il risultato di siffatto sistema è stato che, sotto il peso di una serie infinita di rituali e di un esercito di copiatori, correttori, esaminatori, guardiani, ecc., il rito è divenuto più importante del risultato soppiantando la formazione culturale e l'importanza dell'insegnamento, tanto che si è arrivati a sostituire il Ministero dell'Educazione con quello dei Riti e "il sistema di scuole venne assorbito dal sistema d'esami e quelli che erano stati esami scolastici divennero soltanto esami preparatori al sistema d'esami per il funzionariato"¹⁵⁴. In tale modo, dopo che questo sistema fu esportato nell'illuminismo francese del '700 dai missionari cattolici provenienti dalla Cina¹⁵⁵, nel Paese d'origine l'istruzione e la capacità di iniziativa individuale declinarono e "la Cina restò indietro nel progresso educativo e quindi anche sociale" rispetto al resto del mondo¹⁵⁶. Meritocrazia e selezioni concorrenziali non impedirono neppure la corruzione, che fu ampia e dilagante, non solo tra esaminatori ed esaminandi, ma anche all'interno del ceto dei funzionari ai danni della società¹⁵⁷.

Tale importante capitolo di storia delle idee induce a ritenere che, ben oltre lo sforzo riformatore ed al di là del commento della novità del momento, l'unica via per sperare in un cambiamento effettivo dell'esistente

¹⁵³ Cfr. A. RUSSO, *Introduzione*, a I. MIYAZAKI, *L'inferno degli esami. Studenti mandarini e fantasmi nella Cina imperiale*, trad. it., Torino 1988, XVII. Cfr. anche K. VOGELSONG, *Cina. Una storia millenaria*, trad. it., Torino 2014, 128.

¹⁵⁴ I. MIYAZAKI, *L'inferno degli esami*, cit., 160 e 70, per la vivida descrizione del mutamento del vecchio rapporto tra maestri e discepoli nella relazione tra esaminatore e candidato.

¹⁵⁵ Come ricorda S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli 2007, 18, il quale richiama in proposito anche gli scritti di J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno*, in *Lo Stato moderno*, I, cit., 86; e di G. BERTUCCIOLI, *Come l'Europa vide la Cina nel secolo XVIII*, in *Mondo cinese*, 1986, 24. Sulla "generazione di giganti", composta dai missionari gesuiti che evangelizzarono la Cina nel '600, si veda H.G. DUNNE, *A generation of giants. The Story of the Jesuits in China in the Last Decades of the Ming Dynasty*, Notre Dame (Indiana), 1962.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 171.

¹⁵⁷ Come descritto da E. BALAZAS, *op. cit.*, 9: "Poiché l'obbedienza verso chi è più in alto nella gerarchia è la virtù suprema, ne deriva che il funzionario (...) recupera a spese della società quello che lo stato gli rifiuta. Ed ecco (...) che dopo aver studiato per anni, superati più esami, atteso pazientemente un posto libero, stretto relazioni con protettori, contratto debiti per ottenere la nomina, finalmente, arrivato al posto ambito, si rifà sui suoi amministrati delle spese che ha dovuto sostenere per far carriera (...). Sarà tanto più avido e rapace quanto più precaria è la sua situazione, più lunga è stata l'attesa, più numerosi sono i parenti da mantenere e le persone influenti da accontentare o ricompensare".

sistema contrattuale pubblico è non smettere di pensare criticamente¹⁵⁸ e, magari, ripetere con un grande economista che occorre avere “un po’ più di rispetto per la vita, un po’ meno camicia di forza applicata al futuro, un po’ più di apertura all’inatteso (...) e un po’ meno di auto-illusione. Ancora una volta, è semplicemente una faccenda di stile cognitivo”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ammonisce J.R. FLYNN, *Osa pensare*, cit., 47: “Spetta a noi fare in modo di non asserire ciò che non può sopravvivere alla verifica della logica e alla prova dei fatti”.

¹⁵⁹ A.O. HIRSCHMAN, *Come far passare le riforme*, trad. it. di G. FERRARA, Bologna 1990, 271.

UNA NUOVA FISIONOMIA GIURIDICA
PER I GESTORI DEI PORTI ITALIANI. O FORSE DUE?
SULLA DISTANZA DI APPROCCIO TRA IL D.LGS. N. 169
DEL 2016 E IL REGOLAMENTO (UE) N. 2017/352

SOMMARIO: 1. Breve *prequel*: l'invecchiamento della legge n. 84 del 1994 e il longevo *amor vacui* del legislatore europeo. – 1.1. La legge n. 84 del 1994: cenni sulla genesi e sulla fisionomia giuridica delle Autorità portuali. – 1.2. Il silenzio del legislatore europeo e le indicazioni dell'integrazione negativa. – 2. La riforma dell'ordinamento portuale nel d.lgs. n. 169 del 2016 e la qualificazione giuridica delle Autorità di sistema. – 3. L'approccio del legislatore europeo: il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2017/352 del 15 febbraio 2017. – 4. Brevi riflessioni di sintesi.

1. *Breve prequel: l'invecchiamento della legge n. 84 del 1994 e il longevo amor vacui del legislatore europeo*

1.1. *La legge n. 84 del 1994: cenni sulla genesi e sulla fisionomia giuridica delle Autorità portuali*

È opinione generalmente condivisa tra gli interpreti che l'impatto del diritto comunitario sulla disciplina nazionale delle attività economiche, all'inizio degli anni '90 del Novecento, abbia rappresentato più il motore che la matrice del "riordino" della legislazione in materia portuale operato dalla legge 28 gennaio 1994, n. 84.

Non può negarsi, infatti, che il presupposto storico immediato di quest'ultima disciplina sia rinvenibile nella celebre decisione della Corte di Giustizia *Merci Convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli*¹; ma è altrettanto indubbio (come notavano già i primi commentatori

¹ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova c. Siderurgica Gabrielli* (d'ora innanzi, nel testo, anche "caso *Merci*"). Tra i commenti alla decisione v. C. BRUSCO, *Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie*, in *Foro italiano*, 1992, IV, 226 ss.;

di quella pronuncia²) che un chiaro modello al quale ispirare la riforma dell'ordinamento portuale italiano non fosse rinvenibile né nelle motivazioni della sentenza, né all'interno dell'indirizzo di lì a poco espresso dalla Commissione europea³.

Com'è noto, il profilo di incompatibilità rilevato dalla decisione tra la disciplina italiana e il diritto comunitario era costituito dalla riserva di manodopera portuale disposta dall'art. 110, u.c., e 111, u.c., cod. nav. in favore delle compagnie dei lavoratori portuali; un regime che, esteso in progresso di tempo all'amministrazione della generalità degli scali marittimi⁴, aveva innanzitutto rappresentato uno dei caratteri distintivi

F. MACARIO, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina «antitrust»: la vicenda delle compagnie portuali*, *ibidem*, 229 ss.; F. MUNARI, *Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di giustizia*, in *Il Diritto marittimo*, 1991, 1129 s.; C. MEDINA, *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo*, *ibidem*, 1992, 677 ss.; F. LAURIA, *Riserva ex art. 110 CdN e responsabilità dello Stato italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 927 ss.; F. MACRÌ, *Diritto di autoproduzione e servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione: alcune riflessioni ricostruttive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, 641 ss.; per il ruolo della pronuncia nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia v. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2006, 201 ss.; V.J.G. POWER, *European Union Seaport Law: The General Principles of European Seaport Law*, in E. VAN HOOYDONK (Ed.), *European Seaport Law. EU Law of Ports and Port Services and the Ports Package*, Antwerpen 2003, 42 ss.; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities Under European Law Including an Analysis of the Port Services Directive*, *ibid.*, 95 ss.

² C. BRUSCO, *op. cit.*, 228.

³ Con lettera di costituzione in mora del 31 luglio 1992 (in *Il Diritto marittimo*, 1992, 855 ss.), la Commissione aveva avviato nei confronti dell'Italia una procedura d'infrazione ex art. 266 Tr. Ce, intimando un tempestivo adeguamento della normativa nazionale alla disciplina del Trattato.

⁴ Il d.l. 15 ottobre 1923, n. 2476, infatti, attribuì al commissario per i servizi della marina mercantile il potere di limitare il numero delle maestranze portuali in singoli scali e introdusse per i lavoratori l'obbligo di iscrizione in appositi ruoli. Il Regio decreto legge 1 febbraio 1925, n. 232 (convertito, insieme al d.l. 15 ottobre 1924, n. 2476, dalla legge 21 marzo 1926, n. 597) istituì gli Uffici del lavoro portuale, deputati alla stabile tenuta dei registri dei lavoratori e delle imprese portuali, alla regolazione dell'avviamento al lavoro e a quella tariffaria, alla disciplina della stessa organizzazione del lavoro in relazione all'andamento dei traffici e alla vigilanza sullo svolgimento delle operazioni portuali. Il regio decreto legge 24 gennaio 1929, n. 166, il cui art. 1 introduceva in via generale l'obbligo di raggruppamento dei lavoratori portuali in compagnie, dispose infine, all'art. 9: "non sarà riconosciuta né ammessa a compiere nei porti, rade e spiagge del regno le operazioni di cui all'art. 1 alcuna organizzazione di lavoratori diversa da quella costituita secondo il presente decreto". In argomento cfr. M. CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano 1971, 73 ss.;

del modello di gestione per enti portuali, attribuito dall'inizio del secolo ai principali porti italiani⁵. E la deroga al "principio già dominante nella nostra legislazione della libera concorrenza e della assoluta libertà di lavoro" era stata appunto giustificata, sin dall'origine, mediante la connessione tra il carattere pubblico del bene-porto e il carattere pubblico del servizio che, suo tramite, gli enti portuali erano incaricati di gestire⁶.

Prima che il monopolio delle compagnie portuali fosse irreversibilmente travolto dall'intervento del Giudice comunitario, esso era stato in realtà già progressivamente ridotto, nell'estensione, dalla giurisprudenza nazionale⁷, confortata dalle riflessioni della dottrina intorno alle ragioni che giustificavano quel regime e al ruolo guida che la loro considerazione avrebbe dovuto assumere per definire, in sede interpretativa, la portata delle regole dettate dagli artt. 110 e 111 cod. nav.⁸.

G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano 1981, 83 ss.; E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti*, Roma 1962, 47 ss. Cfr. anche M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, in corso di pubblicazione, Parte I, Cap. I, § 4.

⁵ Per tutti M. CASANOVA, *op. cit.*, 79 ss. e 119 ss.

⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 dicembre 1906, *Bodano, Piegoluga ed altri, Carr e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova e Bruschetti ed altri*, in *Foro italiano*, III, IX/1907, 17 ss., con nota di L. RAGGI, *ibidem*, 107 ss.; con nota di F. CAMMEO in *Giurisprudenza italiana*, III, 1907, 173 ss.; v. anche il commento di E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1908 e, in replica a questi, ancora L. RAGGI, *Servizio pubblico e demanialità*, in *Filangieri*, I/1909, 81 ss. Sulla pronuncia e sul dibattito che essa suscitò intorno al concetto di demanio cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008, 166 ss. e 329 ss.

⁷ Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1969, n. 621, in *Foro italiano*, I, 1969, 3252 ss., con nota di F. PELLEGRINO; Cass. civ., sez. un., 5 novembre 1984, n. 5583 (in *Foro italiano*, 3/1985, I, 777 ss.); Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 1991, n. 8430.

⁸ Rielaborando gli argomenti già posti alla base dell'orientamento inaugurato dal Consiglio di Stato del 1906 (v. *supra*, nota 6), E. GUICCIARDI (*op. cit.*, 52) rilevava che "agli effetti della determinazione spaziale della riserva a favore delle Compagnie, il legislatore non ha indicato i porti come tali, sibbene i porti ed altri beni in quanto facenti parte del demanio pubblico marittimo, come luoghi in cui si svolgono le operazioni di scarico, carico, trasbordo ecc. delle merci: operazioni che il legislatore medesimo, d'altro lato, disciplina come prestazione di un «servizio di carattere pubblico». E poiché la legge «stabilisce una relazione fra ambito spaziale della riserva a favore delle compagnie e destinazione del porto all'uso pubblico», quest'ultima relazione costituisce, oltre che la *ratio* della riserva, il suo limite: sicché, se la destinazione all'uso pubblico sussiste per i porti commerciali, può «non sussistere, ed anzi generalmente non sussiste, per i porti industriali, che sono caratterizzati dall'uso riservato a determinate imprese industriali», o «per le zone o settori industriali dei porti commerciali» ove «l'insediamento dell'industria [...] ha necessariamente il suo titolo in un atto di concessione amministrativa sul demanio marittimo».

Questa limitazione dell'ambito di applicazione della riserva di lavoro non aveva tuttavia sopito l'esigenza di un intervento legislativo riformatore della relativa disciplina⁹.

All'interno dell'orizzonte nazionale, peraltro, l'opportunità di provvedere a una modifica della normativa concernente il mercato del lavoro portuale si innestava in un più ampio panorama di auspiccate riforme, comprendente, da un lato, la classificazione dei porti dettata dal T.U. delle opere pubbliche del 1885 (art. 1)¹⁰ e, dall'altro, il modello organizzativo degli enti portuali.

Sotto il primo profilo si osservava, innanzitutto, che il testo unico prendeva in considerazione la funzione commerciale dei porti di categoria II come funzione esclusiva, non contemplando l'esistenza di vocazioni differenti (innanzitutto quella industriale, ma anche quella turistica e da diporto nautico) che in progresso di tempo si erano rivelate recalcitranti all'applicazione del regime comune: per queste diverse funzioni portuali, operatori e osservatori ritenevano opportuna l'introduzione di discipline differenziate¹¹.

Inoltre, la classificazione del T.U. dei lavori pubblici era imperniata su un criterio quantitativo-dimensionale (rappresentato dai volumi di traffico raggiunti da uno scalo) e lasciava in ombra il *discrimen* ancorato al collegamento di ciascun porto con le vie di comunicazione terrestri¹².

Sul piano della riforma della *governance* portuale, le proposte *de iure condendo* riguardavano la necessità di riordinare una disciplina, di formazione sedimentaria, quanto mai frammentata: gli enti portuali italiani

⁹ G. PERICU, *Porto (navigazione marittima)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1985, 424 ss., segn. 440.

¹⁰ R.D. 2 aprile 1885, n. 3095, che approva il testo unico della legge 16 luglio 1884, n. 2518 (Serie 3), con le disposizioni del titolo IV, porti, spiagge e fari della precedente legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato F.

¹¹ Sulla specialità dei porti industriali cfr. F. BENVENUTI, *Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ss., ora in ID. *Scritti giuridici*, III, 2321 ss.; E. GUICCIARDI, *op. cit.*, *passim*. Sulla funzione portuale turistica e da diporto nautico, per tutti v. L. ACQUARONE, *La concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, in *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano 1971.

¹² Criterio che la legge sui lavori pubblici del 1865 (art. 184) aveva invece valorizzato, con una classificazione incentrata sull'estensione spaziale degli interessi legati a ciascuna classe di porti e prevedendo l'inclusione nella I (porti "d'interesse generale dello Stato") dei soli scali marittimi "situati a capo di grandi linee di comunicazione, ed il movimento commerciale dei quali [giova] ad estesa parte del regno, od al traffico internazionale terrestre".

erano stati istituiti da altrettante leggi speciali che, per ciascuno di essi, disegnavano un'organizzazione peculiare, dotando tali amministrazioni di differenti attribuzioni difficilmente riconducibili, in sede interpretativa, a un modello unitario¹³.

La più significativa esortazione a provvedere quanto prima al riordino dell'ordinamento portuale, su entrambi questi versanti, era stata rivolta al legislatore dal Piano generale dei trasporti (PGT) del 1986¹⁴ e dalla sua revisione del 1991¹⁵, che nella valorizzazione della distinzione tra tipi di funzioni portuali e nell'attribuzione ai maggiori scali di un adeguato (e uniforme) modello di *governance* avevano indicato uno dei principali strumenti per inserire efficacemente il segmento portuale all'interno della pianificazione di una rete trasportistica integrata.

L'urgenza impressa dal caso *Merci* diede così la stura al processo riformatore, ma condusse il legislatore a disegnare una normativa che – benché non limitata all'abrogazione delle norme che la Corte di Giustizia aveva ritenuto incompatibili con gli artt. 86 e 90 del Trattato¹⁶ – rivelò ben presto una capacità di innovazione di sistema ben più limitata di quella che, suo tramite, il PGT e la dottrina auspicavano.

Il pregio della legge n. 84 del 1994 fu quello di porre fine alla frammentarietà dei modelli di gestione: l'art. 6, com'è noto, istituì presso gli scali marittimi già sede delle diverse "organizzazioni portuali" (enti portuali, aziende di mezzi meccanici e magazzini generali, consorzi autonomi) le Autorità portuali, soggetti di diritto pubblico tra loro uniformati nell'organizzazione e nelle funzioni.

Questi enti succedevano ai precedenti senza assumerne le competen-

¹³ M. CASANOVA, *Gli enti portuali*, cit., *passim* e segn. 119 ss.; G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, loc. cit.; da ultimo M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici*, cit., Parte I, Cap. I, § 5.

¹⁴ D.p.c.m. 10 aprile 1986, n. 400900 (in G.U.R.I., 15 maggio 1986, n. 111, Suppl. ord. n. 36), emanato in attuazione dell'art. 1 della legge 15 giugno 1984, n. 245.

¹⁵ D.p.R. del 29 agosto 1991, n. 29676.

¹⁶ L'abrogazione degli artt. 110 e 111 cod. nav. è stata disposta dall'art. 27, c. 8, della legge n. 84 del 1994. All'indomani della sentenza *Merci* e alla vigilia dell'avvio della procedura d'infrazione da parte della Commissione (v. *supra*, nota 3), l'applicazione delle norme *de quibus* era stata inibita, in via transitoria, dalla circolare del Ministero della Marina mercantile n. 21 del 9 luglio 1992; successivamente, con d.l. 19 ottobre 1992, n. 409 (non convertito ma reiterato dai successivi decreti legge 19 dicembre 1992, n. 484, 18 febbraio 1993, n. 36, 19 aprile 1993, n. 111, 21 giugno 1993, n. 197, 12 agosto 1993, n. 314, 19 ottobre 1993, n. 419 e 16 dicembre 1993, n. 525), si è provveduto ad emanare una serie di "disposizioni urgenti in materia di lavoro portuale", tra le quali (art. 1, c. 1) l'abrogazione degli artt. 110, u.c., e 111, u.c., cod. nav.

ze che la legge definiva “operative”: l’art. 6, c. 6, primo periodo, vietava alle Autorità di svolgere attività di prestazione sul mercato dei servizi portuali di maggior rilievo, cioè quello delle operazioni portuali. Carico, scarico, trasbordo e movimentazione delle merci nello scalo divenivano così attività il cui svolgimento era consentito soltanto a imprese private che, in virtù di un titolo autorizzatorio (art. 16) o concessorio (art. 18), entravano in concorrenza sul (o per il) relativo mercato. Rispetto a queste attività, alle Autorità portuali venivano rimesse soltanto funzioni di “indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo [...] con poteri di regolamentazione e di ordinanza” (art. 6, c. 1, lett. *a*), l. n. 84 del 1994).

Senz’altro meno incisive, invece, furono le scelte del legislatore finalizzate alla riforma della classificazione dei porti contenuta nel T.U. del 1885.

Apparentemente, la legge n. 84 del 1994 sembrava accogliere, al riguardo, le proposte *de iure condendo* sopra richiamate: l’art. 4 contemplava l’esistenza di una molteplicità di funzioni portuali, oltre a quella commerciale¹⁷, e imperniava la distinzione in classi sul criterio della “rilevanza economica” (internazionale, nazionale, interregionale o regionale)¹⁸, per la cui definizione il metro quantitativo-dimensionale si affiancava a una valutazione del rilievo di ciascun porto sotto il profilo logistico¹⁹.

Tuttavia, la legge non specificava quali conseguenze, sul piano giuridico, derivassero dall’appartenenza di un porto (o di un’area portuale) a un determinato tipo funzionale; né, in essa, l’afferenza di uno scalo alla I, alla II o alla III classe rilevava a fini ulteriori rispetto a quello già preso in considerazione dalla legislatore di fine ’800, vale a dire il riparto degli oneri per le spese di infrastrutturazione tra l’amministrazione statale e quella degli altri enti territoriali²⁰.

Ciò che più conta è che entrambe le classificazioni (quella funzionale e quella legata alla “rilevanza economica”) avrebbero dovuto essere

¹⁷ Ai sensi dell’art. 4, c. 3, l. n. 84/1994, la funzione dei porti di categoria II può essere commerciale, industriale e petrolifera, di servizio passeggeri, peschereccia, turistica e da diporto.

¹⁸ Cfr. art. 4, c. 1, l. n. 84 del 1994.

¹⁹ Ai sensi dell’art. 4, c. 4, l. n. 84/1994, l’inclusione di un porto in una classe determinata avrebbe dovuto tenere conto dei seguenti criteri: “*a*) entità del traffico globale e delle rispettive componenti; *b*) capacità operativa degli scali derivante dalle caratteristiche funzionali e dalle condizioni di sicurezza rispetto ai rischi ambientali degli impianti e delle attrezzature [...]; *c*) livello ed efficienza dei servizi di collegamento con l’entroterra”.

²⁰ Art. 5, cc. 7 e 8, l. n. 84 del 1994.

operate in sede centrale, da un decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione²¹: provvedimento a tutt'oggi mai emanato.

Altrettanto insoddisfacente era il disegno della legge n. 84 del 1994 rispetto alle esigenze della pianificazione generale dei trasporti: l'art. 1 conteneva un poco significativo richiamo al PGT e alle sue previsioni non facevano riferimento né il citato art. 4, né l'art. 5 della legge, avente a oggetto la disciplina della pianificazione dell'ambito portuale e della programmazione delle opere.

In particolare, nessun rilievo assumeva per il legislatore del 1994 il più importante indirizzo contenuto nel PGT con riferimento al settore portuale, vale a dire l'articolazione della pianificazione in *sistemi portuali*, "complessi economico-territoriali che – imperniati sul porto in quanto terminale fondamentale – realizzano un modello organico di offerta di trasporto con integrazione mare-strada-ferrovia-idrovia (aereo) in termini di strategia produttiva globale"²². Sistemi la cui definizione avrebbe dovuto precedere (in ordine logico e temporale) e orientare la classificazione dimensionale e funzionale degli scali marittimi italiani.

In sintesi: da un lato, la nuova classificazione derivante dalla legge n. 84 del 1994 si risolse, *de facto*, nella distinzione tra porti maggiori, sede di Autorità portuali²³, e porti minori, gestiti dall'Amministrazione marittima (i quali, di lì a poco, sarebbero stati assoggettati all'amministrazione delle regioni²⁴); d'altro canto, la scelta intorno al tipo di funzioni portuali da privilegiare, l'individuazione del ruolo da assumere nel sistema integrato dei trasporti e la valutazione dell'opportunità di instaurare con altri scali dinamiche cooperative o competitive restavano affidate, per la gran parte, alla competenza del gestore del singolo scalo.

Dal complessivo sistema di disciplina introdotto dalla legge del 1994 la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza ha dedotto che le

²¹ Art. 4, cc. 4 e 5.

²² D.p.c.m. 10 aprile 1986, cit., art. 17, c. 2. Il documento prosegue: "Ciò spiega perché, in un senso più generale e più compiuto, sia preferibile che d'ora innanzi li si denomini piuttosto «sistemi di trasporto integrato»".

²³ La bipartizione è stata ufficialmente sancita dall'art. 8-bis d.l. 30 dicembre 1997, n. 457 (nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 27 febbraio 1998, n. 30) che ha introdotto nell'art. 4 della legge n. 84 del 1994 il comma 1 *bis*, ai sensi del quale "I porti sede di autorità portuale appartengono comunque ad una delle prime due classi della categoria II".

²⁴ Art. 105 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112. In argomento cfr. M. RAGUSA, *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli 2013, 393 ss.

Autorità portuali dalla stessa istituite fossero qualificabili come enti pubblici non economici, dotati di funzioni regolatorie.

Funzioni di regolazione finalistica si è ritenuto che esse esercitassero nell'elaborazione delle proprie strategie di pianificazione infrastrutturale e di programmazione delle attività: l'obiettivo di incrementare i traffici e la produttività delle infrastrutture del porto²⁵ rappresentava, secondo questo prevalente orientamento interpretativo, uno scopo di interesse pubblico che impediva di considerare le funzioni delle Autorità alla semplice stregua di attività d'impresa.

A nulla rilevava che di queste attribuzioni le nuove amministrazioni fossero titolari in lineare continuità con i dismessi enti portuali, la cui natura di enti economici non era revocabile in dubbio. Infatti, nell'ordinamento portuale previgente, pianificazione e programmazione erano componenti di un'attività di gestione dell'infrastruttura portuale unitariamente intesa, comprendente anche la facoltà di operare direttamente o indirettamente sul campo della prestazione dei servizi all'utenza. La legge n. 84 del 1994, al contrario, vietava *tout court* alle Autorità di assumere la veste di operatori economici sul più rilevante mercato di servizi portuali (quello delle operazioni portuali) e tale divieto è stato ritenuto espressione di un principio di separazione tra regolazione e gestione²⁶:

²⁵ Art. 18, c. 6, lett. a), l. n. 84/1994, e art. 5, comma 2, d.m. n. 585 del 31 marzo 1995.

²⁶ In questo senso, tra gli altri, F. NUNZIATA, *Natura giuridica dell'autorità portuale*, cit., 25; G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano 2000, 580 ss.; S. ZUNARELLI, *Lezioni di diritto dei trasporti*, Bologna 2003; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 48 ss. e 148 ss.; A. ROMAGNOLI, *L'Autorità Portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna 2003, 34 e 197 s.; M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino 2001, 42 ss.; A.M. CITRIGNO, *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Milano 2003, 53; D. MARESCA, *Regulation of Infrastructure Markets. Legal Cases and Materials on Seaports, Railways and Airports*, Berlin-Heidelberg 2013, 131 ss.; P. COSTA, M. MARESCA, *Il futuro europeo della portualità italiana*, Venezia 2013, 145 ss.; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, Milano 2011, 93 ss. e 155 ss.; M. D'ALBERTI, *Concorrenza e infrastrutture: limiti e rimedi*, relazione al convegno tenutosi in Roma presso la Camera dei Deputati, il 25 giugno 2015, reperibile sul web: <http://www.ance.it/search/search.aspx?src=IBOr6xpHLUwlG8c4Dbap9rFhrEqxpI6SZBSmVG9SRys=&docId=21079&bl=convegno+federcostruzioni0&id=4954>; si veda altresì G. ACQUARONE, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano 2009, 85 ss., che pur qualificando uniformemente come funzioni pubbliche le attività rimesse dalla legge alle Autorità portuali, sottolinea che solo parte di esse è riconducibile alla nozione di "regolazione", e come le stesse amministrazioni dispongano altresì di "notevoli ed ulteriori poteri pubblicistici, in quanto [titolari] (per via dell'affidamento da parte dello Stato proprietario) dei beni che formano il porto ed il suo ambito, sempre e comunque di natura demaniale"; M. CALABRÒ

le attività autorizzatorie e concessorie di cui agli artt. 16 e 18 della legge del 1994 sono state considerate funzioni di regolazione condizionale (cioè di regolazione dell'accesso al mercato dei servizi portuali da parte di imprese in concorrenza) che, insieme a quelle di regolazione finalistica, conducevano ad attribuire all'ente portuale e alla sua complessiva attività natura non economica.

Questo approccio, oltre a condizionare l'interpretazione di una molteplicità di previsioni di legge²⁷, ha rappresentato anche la cornice con-

(Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità Portuali, in Foro amministrativo – TAR, 2011, 2946 ss.), criticando l'indirizzo interpretativo (ormai meno che minoritario) che riconduce le autorità portuali al modello delle amministrazioni indipendenti, evidenzia che “accanto alle (effettivamente prevalenti) funzioni di regolazione e controllo [...] la legge affida altresì alle autorità portuali compiti di tipo promozionale del tutto estranei” a quel modello; l'A. osserva però (muovendo dalla distinzione delle nozioni di concorrenza nel porto e tra porti) che “l'attività di tipo promozionale che l'autorità è chiamata a porre in essere si differenzia da quella propria di un'impresa commerciale, in quanto non agisce nel proprio interesse, bensì nell'interesse della collettività locale: la sua azione non è volta in via diretta ad incrementare i traffici (obiettivo dei terminalisti), ma piuttosto a rendere affidabile, sicuro ed efficiente lo scalo, al fine ultimo di contribuire allo sviluppo complessivo del territorio su cui insiste. In tal senso, dunque, l'attività promozionale non sembra collidere con l'indipendenza dell'autorità, nella misura in cui essa non incide nel mercato (interno) da essa regolato, rappresentando piuttosto l'inevitabile conseguenza di un modello di governance basato non su un'unica amministrazione posta al vertice dei diversi ambiti portuali, bensì sulla presenza di un'autorità di riferimento per ciascuno scalo”.

²⁷ Qualificano l'Autorità portuale come ente pubblico non economico, tra tante: Consiglio di Giustizia amministrativa, sez. giur., 16 febbraio 2011, n. 134 e T.A.R. Toscana (Firenze), 27 marzo 2017, n. 460, in materia di obbligo di reclutamento del personale mediante pubblico concorso; T.A.R. Puglia (Lecce), 26 giugno 2012, n. 1138, sul necessario possesso del requisito della cittadinanza italiana da parte degli aspiranti alla carica di presidente dell'ente; Cass. civ., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3733, Cass. civ., sez. un., 24 luglio 2013, n. 17930, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 5248 e Consiglio di Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2667, che affermano la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle controversie relative alle procedure concorsuali indette dall'Autorità per il reclutamento di personale; Cass. civ., sez. un., 1 luglio 2010, n. 15644, che afferma la giurisdizione del G.A. in materia di rideterminazione del canone di occupazione di beni del demanio marittimo operata dall'Autorità portuale; Cass. civ., sez. trib., 29 maggio 2015, n. 11261, in materia di esenzione dei canoni percepiti dalle Autorità portuali per la concessione di aree demaniali marittime dall'applicazione di IVA e IRES; Cass. civ., sez. trib., 27 febbraio 2013, n. 4925, sull'assoggettabilità a IRPEG degli stessi canoni; Comm. trib. prov. Trieste, 16 gennaio 2012, in materia di regime giuridico degli immobili appartenenti all'ente; T.A.R. Veneto, (Venezia), 19 settembre 2012, n. 1203 e TAR Sicilia, Palermo, 2008, n. 797, a mente delle quali “la natura di enti pubblici non economici da riconoscere alle Autorità in questione induce ad escludere che possa essere loro riconosciuta un'autonomia economico/imprenditoriale idonea a fondare la pretesa di controprestazioni, per l'erogazione di servizi indivisibili, ulteriori rispetto a quelle previste per legge”; C. d'app. Bari 3 luglio 2013 (*Autorità portuale di Bari c. Fall. Soc. costruz.*),

cettuale in cui, nel tempo, si sono mosse le numerose proposte di riforma della normativa del 1994.

Sul piano organizzativo, ad esempio, è stata rilevata la distonia con il principio di separazione tra regolazione e gestione della composizione del Comitato portuale definita dall'art. 9 della legge.

La norma prevedeva che dell'organo collegiale – al quale era affidata, insieme al Presidente dell'Autorità, la competenza ad assumere le principali scelte di indirizzo (pianificazione e programmazione) e provvedimenti (innanzitutto il rilascio di autorizzazioni *ex art.* 16 e di concessioni *ex art.* 18) – facessero parte (oltre che rappresentanti delle amministrazioni dello Stato, degli enti territoriali minori e delle Camere di commercio) esponenti di una pluralità di categorie imprenditoriali. Appariva irrazionale che – giusta la natura di amministrazione regolatrice attribuita all'Autorità – armatori, industriali, operatori autorizzati *ex art.* 16, terminalisti, spedizionieri, agenti marittimi, raccomandatari, trasportatori operanti nel porto potessero prendere parte in modo stabile alle sue decisioni²⁸, anziché rivestire (da soggetti regolati) il solo ruolo di destinatari delle decisioni stesse.

in materia di applicabilità del termine dilatorio per la notifica del precetto *ex art.* 14 del d.l. n. 669/1996; nello stesso senso della richiamata giurisprudenza v. anche Corte Conti, sez. contr., 16 luglio 2010, n. 15, in materia di assoggettabilità al controllo preventivo di legittimità dei provvedimenti di conferimento di incarichi di collaborazione esterna. In molte pronunce, l'applicazione del regime dell'ente pubblico non economico deriva dalla qualificazione dell'Autorità portuale come organismo di diritto pubblico: fra tutte Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146, in materia di formazione delle tariffe per le prestazioni delle compagnie e gruppi portuali e di adozione di norme regolamentari per la relativa applicazione.

²⁸ Ai sensi dell'art. 9, c. 1, della legge n. 84/1994 vigente anteriormente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 169 del 2016, il comitato portuale era composto: “*a*) dal presidente dell'autorità portuale, che lo presiede; *b*) dal comandante del porto sede dell'autorità portuale, con funzione di vice presidente; *c*) da un dirigente dei servizi doganali della circoscrizione doganale competente, in rappresentanza del Ministero delle finanze; *d*) da un dirigente del competente ufficio speciale del genio civile per le opere marittime, in rappresentanza del Ministero dei lavori pubblici; *e*) dal presidente della giunta regionale o da un suo delegato; *f*) dal presidente della provincia o da un suo delegato; *g*) dal sindaco del comune in cui è ubicato il porto, qualora la circoscrizione territoriale dell'autorità portuale comprenda il territorio di un solo comune, o dai sindaci dei comuni ricompresi nella circoscrizione medesima, ovvero da loro delegati; *h*) dal presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio o, in sua vece, da un membro della giunta da lui delegato; *i*) da sei rappresentanti delle seguenti categorie: 1) armatori; 2) industriali; 3) imprenditori di cui agli articoli 16 e 18; 4) spedizionieri; 5) agenti e raccomandatari marittimi; 6) autotrasportatori operanti nell'ambito portuale. [...] *l*) da sei rappresentanti dei lavoratori, dei quali cinque eletti dai lavoratori delle im-

Sotto il profilo funzionale, la dottrina ha proposto di espungere dal novero delle competenze dell'Autorità portuale quelle il cui contenuto economico non era revocabile in dubbio e che, pertanto, finivano col 'contaminare' la missione regolatoria dell'ente, esponendola a conflitti di interesse. Come per i soppressi enti portuali, lo svolgimento di attività imprenditoriali poteva assumere, nei fatti, un ruolo non accessorio e marginale, ma primario, e così deviare l'amministrazione dello scalo verso il perseguimento di fini differenti da quello istituzionalmente affidato alla cura dell'ente gestore.

Due erano, in particolare, le previsioni di legge che in questa luce venivano giudicate incongruenti.

La prima era contenuta allo stesso comma dell'art. 6 che, al primo periodo, stabiliva il citato divieto per l'Autorità di esercitare direttamente o tramite la partecipazione di società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse. Il secondo periodo del comma 6²⁹, infatti, prevedeva che le Autorità portuali potessero "costituire ovvero partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche".

La seconda previsione che la dottrina indicava come un'anomalia era la deroga, ammessa dall'art. 23, c. 5³⁰, al combinato disposto dei commi

prese che operano nel porto ed uno eletto dai dipendenti dell'Autorità portuale, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione. [...]; *l-bis*) un rappresentante delle imprese ferroviarie operanti nei porti, nominato dal presidente dell'Autorità portuale [...]"

²⁹ Come sostituito dall'art. 8 *bis* d.l. 30 dicembre 1997, n. 457, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 27 febbraio 1998, n. 30. In tema v. G. VEZZOSO, *Considerazioni in margine ad una relazione della Corte dei Conti*, in *Dir. mar.*, 2008, 1115 ss.; B. MAMELI, *Le S.p.A. miste nella legge di riforma in materia portuale*, nota a Consiglio di Stato, VI, 1 settembre 2000, n. 4656, in *Urbanistica e Appalti*, 2001, 658 ss; G. SIRIANNI, *I porti marittimi*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, III, Milano 2003, 2552; M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità Portuali*, cit., 2930.

³⁰ Come modificato dall'art. 2, d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 23 dicembre 1996, n. 647. Cfr. F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Il Diritto marittimo*, II/2004, 374 ss.; E. BANI, *Autonomia e «indipendenza» dell'autorità portuale*, in AA.VV., *Autorità portuali e nuova gestione dei porti*, Padova 1998, 106; M. CONTICELLI, *I servizi di interesse generale, le operazioni e i servizi portuali nella realtà italiana*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano*, cit., 327 ss.; M. CALABRÒ, *op. ult. cit.*, 2931.

1, lett. c), e 5 dell'art. 6. Ivi era previsto che le attività dirette alla fornitura a titolo oneroso agli utenti portuali di servizi di interesse generale³¹ dovessero essere affidate in concessione, mediante gara pubblica, dall'Autorità portuale, che sullo svolgimento delle stesse attività esercitava il controllo. Tuttavia, l'art. 23, c. 5, stabiliva che le Autorità, nei porti in cui le organizzazioni portuali svolgevano i servizi di interesse generale di cui all'articolo 6, comma 1, lettera c), potessero continuare a svolgere in tutto o in parte tali servizi.

Sia dell'art. 9, cc. 1 e 2, sia dell'art. 6, c. 6, secondo periodo, sia, infine, dell'art. 23, c. 5, della legge n. 84 del 1994 si auspicava diffusamente, pertanto, una modifica.

1.2. Il silenzio del legislatore europeo e le indicazioni dell'integrazione negativa

Così come un chiaro modello di matrice europea mancava all'epoca in cui la legge n. 84 del 1994 vide la luce, esso non venne definito dal legislatore comunitario nemmeno negli anni successivi. I tentativi della Commissione di armonizzare, tramite strumenti di integrazione positiva, le enormi differenze presentate tra gli ordinamenti degli Stati membri nel settore portuale non incontrarono, infatti, il consenso del Parlamento europeo e del Consiglio³².

³¹ Individuati dai decreti del Ministero dei Trasporti e della Navigazione del 14 novembre 1994 e del 4 aprile 1996 in quelli di illuminazione, di pulizia e raccolta rifiuti, idrico, di manutenzione e riparazione, di gestione delle stazioni marittime e di supporto ai passeggeri, informatici e telematici, servizi comuni al settore industriale e al settore commerciale del porto, quali la gestione di parcheggi, di accosti attrezzati, di bacini di carenaggio di aree portuali industriali e, infine, il servizio ferroviario in ambito portuale.

³² Dopo la pubblicazione del Libro Verde sui porti e sulle infrastrutture marittime (COM (97) 0678, C4-022/98) la Commissione ha formulato, senza successo, all'interno del c.d. *Ports package* (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio – COM/2001/0035 – “Migliorare la qualità dei servizi nei porti marittimi, passaggio essenziale per il sistema dei trasporti in Europa”), una proposta di direttiva (All. 1) sull'accesso al mercato dei servizi portuali: sul *Ports package* e sul progetto di direttiva del 2001 v. M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, in *Il Diritto marittimo*, 2001, 1311 ss.; W. ELSNER, *Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A Key for European Transport. The so-called Ports Package*, in E. VAN HOOYDONK (ed.), *European seaports law*, cit., 9 ss.; E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities*, cit., 122 ss.; ID., *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il Diritto marittimo*, 2004, 851 ss.; F. MUNARI, *Rischi e obiettivi di una revisione delle norme sull'accesso al mercato dei servizi portuali*, *ibid.*, 835 ss. Anche una seconda proposta di direttiva della Commissione (COM 2004/654, contenuta nel c.d. *Ports package II*) è stata

Anche in sede comunitaria il ravvicinamento delle legislazioni nazionali concernenti il modello di gestione degli scali marittimi e la struttura dei mercati dei servizi portuali rappresentava un utile strumento per dotare di effettività la pianificazione integrata dei trasporti: nel 1992, il Trattato di Maastricht aveva inserito nell'impianto del trattato di Roma un Titolo XII sulle "Reti transeuropee" (TEN), tra le quali quelle di trasporto (TEN-T) rivestivano un ruolo di primaria importanza; sin dal 1996, inoltre, il legislatore comunitario aveva dettato i primi orientamenti in materia, esercitando la competenza attribuitagli dal nuovo art. art. 129 C, par. 1, primo trattino, Tr.Ce³³.

Tuttavia, il segmento portuale resistette con maggior forza, rispetto ad altri settori trasportistici (come quello ferroviario e quello aeroportuale), alle iniziative di ravvicinamento: per ricostruire i tratti della fisionomia giuridica delle Autorità portuali nel diritto dell'Unione europea occorre rivolgere l'attenzione a fonti di *soft law* e ai singoli casi concreti in cui la Corte di Giustizia e la Commissione hanno dovuto affrontare la questione, sull'esclusiva base delle norme del Trattato.

All'indomani del fallimento della proposta di direttiva formulata dalla Commissione nel c.d. *Ports package II*, l'esecutivo dell'Unione ha adottato una Comunicazione su una politica europea dei porti³⁴ che affronta espressamente (sebbene in modo non approfondito) la tematica del "ruolo delle autorità portuali" (par. 4.1.).

Nella nozione di autorità portuale rientrano, per la Commissione, le "imprese o entità pubbliche" che gestiscono i porti (ne restano, quindi, escluse soltanto le amministrazioni portuali integralmente private, modelli di gestione marginali nel panorama dell'Europa continentale)³⁵: rispetto a tali soggetti, la Comunicazione non persegue uno scopo di armonizzazione sotto il profilo strutturale, ma si limita a offrire un quadro di principi di massima al fine di chiarire, sul piano funzionale, il regime giuridico che il Trattato impone a determinati aspetti della loro attività. È tuttavia possibile cogliere, dalle indicazioni del documento, alcuni dati utili a rilevare significative differenze tra l'approccio della Commissione e

respinta dal Parlamento europeo nel 2006: sul documento v. E. VAN HOOYDONK, *The European Port Services Directive: the good or the last try?* in *Journal of International Maritime Law*, 2005, 188 ss.; M. VERNOLA, *Direttiva servizi portuali: motivi di un naufragio*, in *Il Diritto marittimo*, 2006, 778 ss.

³³ Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 23 luglio 1996, n. 1692/96/CE.

³⁴ Comunicazione della Commissione europea del 18 ottobre 2007, COM (2007) 616 def., "Comunicazione su una politica europea dei porti".

³⁵ V. *infra*, nota 80.

l'interpretazione affermatasi nella comunità nazionale intorno all'inquadramento giuridico dell'attività di un'Autorità portuale.

Più di un rilievo della Comunicazione, infatti, fa trasparire l'idea che il gestore di uno scalo marittimo sia essenzialmente considerato come un'impresa, anziché come un'amministrazione titolare di funzioni regolatorie.

In materia di trasparenza delle relazioni finanziarie, innanzitutto, la Commissione europea dà per scontata la soggezione delle autorità portuali – indipendentemente dallo schema organizzativo e dalla forma giuridica per esse adottati da ciascuno Stato membro – alla disciplina della direttiva 2006/111/Ce del 16 novembre 2006 (relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese)³⁶. Nella Comunicazione, peraltro, si sottolinea l'opportunità dell'estensione dell'ambito di applicazione del regime posto dalla direttiva oltre il limite dimensionale fissato dal suo art. 5: non solo le autorità portuali il cui fatturato annuo sia pari o superiore a 40 milioni di euro dovrebbero rispettare gli obblighi imposti dal provvedimento (separazione contabile, trasparenza dei criteri di redazione dei bilanci, coerenza e obiettività dei criteri di imputazione di costi e ricavi), ma anche i gestori di porti il cui volume di attività sia più ridotto. Ciò perché, benché “non si possa ritenere che esista concorrenza *tra* i porti in tutti i casi, la concorrenza tra alcuni di loro, e all'interno degli stessi, può essere considerevole e richiede l'esistenza di condizioni operative paritarie”³⁷.

³⁶ Direttiva 2006/111/CE del 16 novembre 2006 della Commissione europea, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

³⁷ La tematica del finanziamento pubblico delle infrastrutture e della “concorrenza infrastrutturale” tra porti è stata definita (H.E. HARALAMBIDES, *Competition, Excess Capacity, and the Pricing of Port Infrastructure*, in *International journal of maritime economics*, 4/2002, 323 ss.) come “one of the most controversial aspects of the global economy of the 21st century”; in argomento v. anche E. MUSSO, C. FERRARI, M. BENACCHIO, *Port Investment: Profitability, Economic Impact and Financing*, in K. KULLINANE, W.K. TALLEY (Eds.), *Port Economics*, Oxford-Amsterdam-San Diego 2006, 207 ss.; M. CALABRÒ, *Le infrastrutture portuali* (relazione al Convegno tenutosi a Roma il 21 e il 22 gennaio 2016, dal titolo “Il sistema dei trasporti tra innovazione infrastrutturale e riforma del servizio pubblico”), in corso di pubblicazione; D. MARESCA, *Regulation of Infrastructure*, cit., 21 ss. e 140 ss. Il problema principale è rappresentato dal finanziamento delle infrastrutture utilizzate dai concessionari: il tema “del finanziamento pubblico delle infrastrutture strumentali all'esercizio dei servizi terminalistici e degli introiti in termini di affitti pagati dagli operatori terminalistici può essere soggetto a distorsioni della concorrenza. Gli affitti e le locazioni per le infrastrutture strumentali all'esercizio dei servizi terminalistici (per esempio gli

Secondo le definizioni contenute all'art. 2 della citata direttiva n. 2006/11/Ce, in altri termini, un'autorità portuale non sarebbe riconducibile alla nozione di "potere pubblico", ma a quella di "impresa pubblica".

Nello stesso senso sembrano le indicazioni fornite dalla Comunicazione del 2007 in materia di concessioni portuali.

La tematica costituisce notoriamente un aspetto molto problematico della regolazione dei mercati portuali e l'assenza di una fonte di armonizzazione di diritto europeo è probabilmente uno dei fattori che spiegano (anche se non giustificano) la mancata adozione, in sede ministeriale, del decreto che ai sensi dell'art. 18 della legge n. 84 del 1994 avrebbe dovuto regolamentare in dettaglio l'istituto concessorio³⁸.

Anche in quest'ambito, l'indirizzo espresso nel 2007 dalla Commissione non è esaustivo. La Comunicazione si limita a evidenziare che dalla disciplina del Trattato deriva l'obbligo delle autorità portuali di rispettare, in sede di rilascio di nuove concessioni o di rinnovo, i principi di trasparenza e non discriminazione.

Trasparenti sono le procedure a cui è garantito, in fase di avvio, un adeguato grado di pubblicità e la cui definizione avviene nel rispetto di

ormeggi) dovrebbero comprendere i costi di investimento della parte pubblica interessata (autorità nazionali, regionali o locali), inclusa una remunerazione basata sui tassi di mercato relativa agli investimenti. Tuttavia, gli affitti e le locazioni pagati dagli operatori terminalistici differiscono fra gli Stati membri. La conclusione delle concessioni terminalistiche non conformi con il mercato, che non coprono i costi di investimento e non generano alcun affitto, può risultare in una distorsione della concorrenza non solo all'interno di un porto, ma anche tra porti": cfr. lo studio della Direzione generale delle politiche interne dell'Unione presso il Segretariato del Parlamento europeo del 15.12.2011, intitolato "Aiuti di stato ai Porti europei", consultabile sul sito internet <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

³⁸ Ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 18, c. 1, l. n. 84 del 1994 (nel testo introdotto dall'art. 2, d.l. 21 ottobre 1996, n. 535, come modificato dall'art. 19, comma 1, l. 7 dicembre 1999, n. 472) "sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro delle finanze, con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: *a*) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; *b*) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare". Il decreto, ai sensi del comma 2, dovrebbe inoltre indicare "i criteri cui devono attenersi le autorità portuali o marittime nel rilascio delle concessioni al fine di riservare nell'ambito portuale spazi operativi allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie"; ai sensi del comma 3, infine, lo stesso regolamento ministeriale "adeguа la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie".

criteri che consentano un controllo da parte dei partecipanti, ai quali deve essere garantita la possibilità di ricorrere avverso l'aggiudicazione.

L'obbligo di non discriminazione tra gli aspiranti è invece definito secondo un criterio più elastico. La Comunicazione precisa infatti che, ferma la necessità che ai criteri di selezione sia assicurata la massima pubblicità e trasparenza, nulla "impedisce alle autorità portuali di stabilire criteri di selezione che rispecchiano la strategia commerciale e la politica di sviluppo di un determinato porto".

La notazione ha un importante rilievo con riferimento al tema in esame. Essa chiarisce, implicitamente, che la garanzia di un accesso aperto delle imprese (in primo luogo dei terminalisti) al mercato dei servizi portuali non rappresenta un *prius* rispetto alla gestione dell'infrastruttura, cioè una *finalità* rispetto alla quale l'attività dell'autorità portuale assume una funzione di (neutrale) regolazione condizionale del mercato. Al contrario, la corretta definizione dell'ampiezza del *third party access* può essere operata solo considerando la specifica strategia perseguita dal gestore del porto, qualificata dalla Comunicazione come una strategia "commerciale".

La qualificazione della gestione di infrastrutture portuali come attività economica si è posta alla base anche dell'orientamento assunto dalla Commissione nell'esercizio del controllo sugli aiuti di Stato a essa attribuito dagli artt. 107 e 108 T.f.Ue.

Come di recente precisato, "il finanziamento pubblico di infrastrutture portuali favorisce un'attività economica ed è pertanto in linea di principio soggetto alle norme in materia di aiuti"³⁹: a tal fine, la Commissione ha chiarito che se, "rispetto ai promotori/proprietari dell'infrastruttura ricorrono tutti gli elementi di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, si riterrà che gli stessi ricevono aiuti di Stato, indipendentemente dal fatto che facciano un uso diretto dell'infrastruttura per fornire essi stessi beni o servizi o che mettano l'infrastruttura a disposizione di gestori terzi che a loro volta prestano servizi agli utenti finali dell'infrastruttura". Quest'ultima sfugge alla qualificazione di bene aziendale solo ove essa sia necessaria "per lo svolgimento di attività che rientrano nei compiti svolti dallo Stato nell'esercizio dei suoi pubblici poteri" e solo in questo caso il suo funzionamento non è soggetto al controllo in materia di aiuti di Stato. Con riferimento al settore portuale, in particolare, un

³⁹ Comunicazione della Commissione europea sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, T.f.Ue del 19 luglio 2016 (2016/C 262/01), par. 215.

carattere non economico è stato esemplificativamente riconosciuto dalla Commissione solo ad alcune tra le attività accessorie al funzionamento dello scalo: il controllo del traffico marittimo, i servizi antincendio, la polizia e le dogane.

Per il finanziamento pubblico di opere destinate a uno sfruttamento commerciale (o idonee a potenziare la posizione di mercato dello scalo rispetto ai suoi concorrenti), l'utilità generale eventualmente fornita dall'infrastruttura non ha invece incidenza sulla qualificazione in termini di aiuto ai sensi dell'art. 107 T.f.Ue, ma può tutt'al più rilevare sul piano della compatibilità dell'aiuto stesso con il Trattato, vale a dire in sede di valutazione della sussistenza dei presupposti per la deroga contemplata dalla lett. c), par. 3, dello stesso art. 107. A tal fine, è necessario che l'obiettivo di interesse comune sia "ben definito", che il finanziamento sia "necessario e proporzionale a tale obiettivo" e che esso non incida comunque "sulla concorrenza e sugli scambi intra-UE in misura contraria all'interesse comune"⁴⁰.

Il punto nodale del ragionamento della Commissione risiede nella valutazione dell'idoneità dell'infrastruttura (che, tramite il finanziamento pubblico, un ente portuale intenda realizzare o modificare) a essere sfruttata commercialmente (anche solo eventualmente e in futuro)⁴¹: se

⁴⁰ Così la decisione della Commissione del 27 marzo 2014 (C(2014) 1865 final) sull' Aiuto di Stato SA.38302 (2014/N) – Italia, relativo a un investimento co-finanziato dal FESR per l'ampliamento dell'imboccatura portuale, il consolidamento di un molo commerciale e l'escavo dei fondali nel porto di Salerno (paragrafi 32 ss.). Nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 13 febbraio 2001 ("Reinforcing Quality Services in Sea Ports: a Key for European Transport" – COMM(2001) 35) la Commissione europea ha distinto, con un criterio parzialmente differente, tra "infrastrutture pubbliche (di interesse generale)" e "infrastrutture specifiche di un utente" (rispettivamente "*public (general) infrastructure*" e "*user (specific) infrastructure*" nella versione inglese). In relazione alla prima classe di infrastrutture, si evidenziava che il carattere 'pubblico' dell'opera non sottrae il suo eventuale finanziamento pubblico al controllo sugli aiuti di Stato, poiché "può succedere che le peculiari caratteristiche di un determinato caso dimostrino che un'infrastruttura va a beneficio di una determinata impresa: in tale caso è lecito concludere che si sia in presenza di una concessione di un aiuto pubblico per la costruzione di una infrastruttura che a prima vista appare pubblica". Quanto alle seconde, la Comunicazione specificava che anche nell'ipotesi in cui le "infrastrutture specifiche" siano realizzate dalla pubblica amministrazione e, successivamente, cedute o concesse a un utente a condizioni di mercato (fattispecie che dovrebbe escludere, tendenzialmente, la presenza di un aiuto), l'esigenza di una valutazione di conformità alla disciplina del Trattato è giustificata dal fatto che le stesse opere potrebbero essere state concepite proprio in prospettiva di favorire una determinata impresa.

⁴¹ La cornice giurisprudenziale in cui tale indirizzo si colloca è dunque quella descritta dalla decisione del Tribunale dell'Unione europea del 24 marzo 2011 (cause riunite

il porto ha una destinazione commerciale, dunque, il suo gestore, “indipendentemente dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, [...] può essere considerato un’impresa ai sensi del diritto della concorrenza dell’UE”⁴².

Il divieto di svolgere operazioni portuali o attività connesse imposto alle Autorità portuali italiane dal citato art. 6, c. 6, primo periodo, l. n. 84 del 1994, secondo questa impostazione, non sottrae tali enti alla qualificazione di “impresa”, né incide sulla natura essenzialmente economica della loro attività.

A rimarcare la distanza di approccio tra l’ordinamento interno e quello della regolazione di fonte europea sono stati, infine, alcuni pronunciamanti della Corte di Giustizia.

La qualificazione giuridica dell’attività del gestore dell’infrastruttura portuale ha rappresentato, ad esempio, la questione pregiudiziale da risolvere per verificare se i canoni incassati dalle amministrazioni portuali per la concessione a terzi di aree e fabbricati demaniali fossero soggetti all’applicazione dell’imposta sul valore aggiunto.

A fronte dell’orientamento assunto dalla sezione V della Corte di Cassazione⁴³, secondo il quale i canoni percepiti da un’Autorità portuale

T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle GmbH e Mitteldeutsche Flughafen AG/Commissione* e T-443/08, *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt/Commissione*) e da altre sentenze rese all’esito di controversie aventi a oggetto aiuti di Stato concessi per la realizzazione di infrastrutture aeroportuali: cfr. Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, causa T-128/98, *Aéroports de Paris/Commissione delle Comunità europee* (che nega altresì rilievo, ai fini della qualificazione come attività economica della gestione di infrastrutture aeroportuali, alla eventuale natura demaniale attribuita a queste ultime dal diritto nazionale: “la messa a disposizione delle compagnie aeree e dei vari prestatori di servizi, da parte di un ente pubblico e contro il pagamento di un canone il cui tasso è fissato liberamente da quest’ultimo, di installazioni aeroportuali nonché la gestione di queste ultime costituiscono attività di natura economica, svolte sì sul demanio pubblico, ma non per questo rientranti nell’esercizio di una funzione pubblica”), confermata dalla Corte di giustizia (sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01P). Cfr., anche Tribunale di primo grado, sentenza 17 dicembre 2008, causa T-196/04, *Ryanair Ltd./Commissione delle Comunità europee*.

⁴² Così la Commissione europea nella citata decisione del 27 marzo 2014 (C(2014) 1865 final). Cfr. anche le precedenti decisioni citate nel documento, alla nota 10. L’orientamento è stato ribadito, da ultimo, nell’avvio dell’indagine formale sull’aiuto di Stato SA. 36112 (2016/C) – Italia (Presunto aiuto a favore dell’autorità portuale di Napoli e di Cantieri del Mediterraneo SpA): “Benché non si possa escludere che, in virtù delle sue funzioni pubbliche, l’autorità portuale di Napoli possa anche svolgere attività di competenza dei pubblici poteri, il parere preliminare della Commissione in questa fase è che, ai fini della presente decisione, l’autorità portuale di Napoli risulta impegnata in attività economiche e va quindi considerata un’impresa” (par. 47).

⁴³ Cass. civ., sez. trib., 25 luglio 2001, n. 10097, in *Il Diritto marittimo*, 4/2002, con

costituivano introiti soggetti a IVA⁴⁴, il legislatore è intervenuto sulla materia, sottraendo all'imposta i canoni *de quibus* e qualificando l'Autorità, a mo' di motivazione dell'esenzione, come ente pubblico non economico⁴⁵.

Questa qualificazione è stata tuttavia presto smentita, con riferimento alla stessa materia, dalla giurisprudenza comunitaria⁴⁶ che, pronunciandosi su una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione italiana⁴⁷, ha negato espressamente la riconducibilità delle amministrazioni portuali al novero di quelle sottratte in via generale all'applicazione

nota di R. LONGOBARDI, *In tema di applicabilità dell'IVA ai canoni delle concessioni di beni demaniali marittimi assentite dalle autorità portuali*, 1310 ss.; nello stesso senso, ma con esclusivo riferimento all'Ente autonomo del Porto di Trieste, poiché pronunciata in epoca anteriore all'istituzione dell'Autorità portuale, cfr. Cassazione civile, I, 26 maggio 1992, n. 6281, ivi citata. La giurisprudenza amministrativa non risulta avere mai assunto, invece, un indirizzo tanto deciso nel senso dell'affermazione della natura economica dell'attività svolta dall'Autorità portuale. In questo senso solo il parere della Sez. III del Consiglio di Stato, 25 luglio 2008, n. 2361 (in *Il Diritto marittimo*, 1/2009, con nota critica di G. PIERRANTOZZI, *Ancora sulla natura delle Autorità Portuali: un parere controcorrente*, 163 ss.).

⁴⁴ In quanto i rapporti tra il gestore del porto e gli utilizzatori dei beni del demanio portuale "pur non toccando l'appartenenza dei beni stessi allo Stato, non sono riconducibili nello schema della concessione pubblicistica di diritto di uso esclusivo su immobili demaniali, [ma] si ricollegano ad atti che sono di pertinenza soltanto [dell'Autorità portuale], in veste di consegnatario e gestore, e che esprimono un momento tipico delle sue incombenze di natura imprenditoriale".

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 1, c. 993, della legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296) "Gli atti di concessione demaniale rilasciati dalle autorità portuali, *in ragione della natura giuridica di enti pubblici non economici* delle autorità medesime, restano assoggettati alla sola imposta proporzionale di registro ed i relativi canoni non costituiscono corrispettivi imponibili ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. Gli atti impositivi o sanzionatori fondati sull'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto ai canoni demaniali marittimi introitati dalle autorità portuali perdono efficacia ed i relativi procedimenti tributari si estinguono". Tale definizione, nell'economia della norma, ha il fine di ancorare l'esclusione dei canoni concessori dall'ambito di applicazione dell'IVA alla previsione già contenuta nella direttiva n. 77/388/CEE (art. 4, par. 5) secondo la quale "[gli] Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri organismi di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni" (Direttiva del Consiglio n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, abrogata dall'articolo 411 della Direttiva del Consiglio n. 2006/112/CE del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: l'esclusione degli enti pubblici dal novero dei soggetti passivi, secondo i criteri e nei limiti già individuati dalla direttiva del 1977, è confermata, in quella del 2006, dall'art. 13, c. 1).

⁴⁶ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 25 ottobre 2007, causa C-174/06, *Ministero delle Finanze c. CO.GE.P. S.r.l.*

⁴⁷ Corte di Cassazione, sez. V, ordinanza 29 marzo 2006, n. 7291.

dell’IVA dall’art. 4, c. 5, della Direttiva 77/388. Pur concludendo per la non imponibilità delle somme percepite dalle Autorità a titolo di canoni concessori delle aree demaniali, la Corte di Giustizia ha fondato la propria decisione sul regime eccezionale di esenzione contemplato dall’art. 13, parte B, lett. *b*) della stessa Direttiva. Regime che ha per presupposto la qualificazione in termini di locazione di diritto comune della concessione demaniale e, più a monte, la qualità di ente pubblico economico (cioè di impresa) del soggetto concedente/locatore⁴⁸. La concessione demaniale è infatti assimilabile, nell’interpretazione della Corte, “ad un atto contrattuale che rientra nell’ambito delle attività di natura industriale e commerciale” dell’ente portuale.

Anche nel percorso argomentativo seguito dal giudice europeo, all’evidenza, non giocano un ruolo né il divieto di svolgere operazioni portuali, né la facoltà riconosciuta alle amministrazioni portuali dalla legge del 1994 di assumere, direttamente o mediamente, un ruolo di imprenditore sul mercato dei servizi all’utenza, così ai sensi dell’art. 6, c. 6, secondo periodo, come dell’art. 23, c. 5: è l’attività svolta con carattere di necessità (e alla quale l’orientamento interpretativo dominante in Italia attribuisce una natura regolatoria), quella che dalla decisione è qualificata come attività economica *tout court*⁴⁹.

Una dettagliata analisi delle funzioni rimesse all’Autorità portuale

⁴⁸ È infatti esplicita l’adesione, da parte della Corte di Giustizia, al richiamato orientamento della Corte di Cassazione: “[24] In via preliminare va osservato che dalla decisione di rinvio risulta che il consorzio è un ente pubblico a carattere economico il quale opera, rispetto alla gestione dei beni del demanio che gli sono affidati, non in nome e per conto dello Stato, che rimane titolare della proprietà, ma in nome proprio, in quanto amministra tali beni, in particolare adottando decisioni autonome. [25] Per quanto concerne il consorzio, non sono quindi soddisfatti i requisiti cumulativi necessari affinché possa operare la regola dell’esenzione di cui all’art. 4, n. 5, primo comma, della sesta direttiva, vale a dire l’esercizio di attività da parte di un ente pubblico e l’esercizio di attività in veste di pubblica autorità (v., in questo senso, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-446/98, *Fazenda Pubblica*, Racc. pag. I-11435, punto 15)”.

⁴⁹ Deve, tuttavia, segnalarsi come il più recente orientamento in materia di esenzione da IVA dei canoni percepiti dalle Autorità portuali per la concessione di aree e banchine del demanio marittimo torni a fondarsi sull’esclusione dell’amministrazione dal novero dei soggetti passivi: così, secondo Cassazione civile, V, 29 maggio 2015, n. 11261, le concessioni *ex art.* 18 della legge n. 84/1994 sarebbero “riconducibili nell’alveo delle funzioni statali e non possono essere ricompres[e] nell’ambito di una attività di impresa, dovendo essere funzionali e correlate all’interesse statale al corretto funzionamento delle [aree] portuali, concretandosi in poteri conferiti esclusivamente a tal fine, (cfr L. n. 84 del 1994, per la scelta dei concessionari) con una discrezionalità vincolata [così nel testo], sottoposta a controlli da parte del Ministero dei Trasporti”.

dalla legge italiana è stata svolta, più di recente, dalla sentenza della Corte di Giustizia *Haralambidis c. Casilli e altri*⁵⁰.

La Corte di Giustizia ha, infatti, valutato se alcuna delle competenze descritte dall'art. 8 della legge n. 84/1994 consentisse al diritto nazionale di riservare ai cittadini italiani (*ex art. 51 Cost.*) l'accesso alla carica di Presidente dell'Autorità o se, piuttosto, una siffatta limitazione rappresentasse una discriminazione fondata sulla nazionalità vietata dall'articolo 45, paragrafi da 1, 2 e 3 T.f.Ue, in quanto non avente a oggetto "la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e [...] la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche".

Stante la simmetria tra le competenze del Presidente e le attribuzioni dell'Autorità, il Consiglio di Stato, sollevando la questione pregiudiziale *ex art. 267 T.f.Ue*⁵¹, aveva evidenziato il ruolo centrale assunto, per la decisione, dalla qualificazione giuridica dell'ente: "nell'ipotesi in cui all'Autorità Portuale dovesse riconoscersi natura di ente pubblico economico, che agisce in regime di diritto privato, non potrebbero ragionevolmente porsi ostacoli di sorta al [conferimento della carica di Presidente a un soggetto privo della cittadinanza italiana]; per contro, se all'Autorità medesima dovesse riconoscersi natura di ente pubblico che istituzionalmente opera in regime di diritto pubblico e che, pertanto, si connota *pleno iure* quale "pubblica amministrazione", la soluzione risulterebbe diversa".

La Corte di Giustizia ha adottato un'interpretazione diametralmente opposta a quella proposta dal giudice rimettente⁵²: per il giudice dell'Unione le funzioni dell'Autorità portuale presentano un contenuto essen-

⁵⁰ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 10 settembre 2014, causa C-270/13, *Haralambidis c. Casilli e altri*.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 8 maggio 2013, n. 2492; per un'analisi della questione oggetto di rimessione, nel senso della non-impreditorialità dell'ente, cfr. G. DE GIORGI, *Natura delle Autorità portuali: questioni qualificatorie e analisi delle funzioni dell'Autorità e del suo presidente*, in M.R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, cit., 171 ss.

⁵² L'ordinanza di rimessione manifestava una chiara inclinazione del Consiglio di Stato a sposare la tesi del giudice di primo grado (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 26 giugno 2012, n. 1138): "È innegabile che l'insieme [delle attribuzioni dell'Autorità portuale] assume natura pubblicistica, prime tra tutte l'assicurazione della navigabilità e la predisposizione [del] piano regolatore portuale, nonché la predisposizione del piano operativo triennale, con la sottoposizione degli stessi al Comitato Portuale. Va parimenti evidenziato che anche il rilascio di concessioni demaniali marittime e di autorizzazioni all'esercizio di attività nell'ambito portuale parimenti si configura quale attività eminentemente pubblicistica".

zionalmente economico, nel cui ambito l'episodica, strumentale e accessoria legittimazione all'esercizio di "poteri d'imperio" assume un rilievo del tutto marginale⁵³. Intrinsecamente economiche sarebbero le attività di pianificazione e programmazione⁵⁴, quelle di coordinamento dell'azione delle altre amministrazioni pubbliche nello scalo⁵⁵ e, infine, quelle autorizzatorie e concessorie⁵⁶.

2. *La riforma dell'ordinamento portuale nel d.lgs. n. 169 del 2016 e la qualificazione giuridica delle Autorità di sistema*

Nel descritto panorama – contraddistinto dalla divergenza tra la posizione delle istituzioni dell'Unione e l'interpretazione (ufficiale e dottrina) dominante nel diritto interno, in merito alla qualificazione giuridica dell'Autorità portuale e delle sue funzioni – si sono innestate le rilevanti modifiche apportate alla legge n. 84 del 1994 dal d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169⁵⁷.

⁵³ Cfr. C.G.Ue, *Haralambidis*, cit., in particolare ai paragrafi 57 e 58: le competenze che implicano "l'esercizio di poteri d'imperio, possono rientrare nella deroga alla libera circolazione dei lavoratori prevista dall'articolo 45, paragrafo 4, TFUE. [...] Tuttavia, il ricorso a tale deroga non può essere giustificato dal solo fatto che il diritto nazionale attribuisca poteri d'imperio al presidente di un'autorità portuale. È necessario pure che tali poteri siano effettivamente esercitati in modo abituale da detto titolare e non rappresentino una parte molto ridotta delle sue attività".

⁵⁴ *Ibid.*, punti 48 e 49.

⁵⁵ *Ibid.*, punti 50 e 51: "le competenze descritte all'articolo 8, comma 3, lettere f) e l), della legge n. 84/94, in quanto prevedono soltanto poteri di coordinamento e di promozione di attività di altri enti, non possono rientrare nell'esercizio dei pubblici poteri e delle funzioni il cui obiettivo è la tutela degli interessi generali dello Stato. [...]".

⁵⁶ *Ibid.*, punti 52 e 53: "in forza dell'articolo 8, comma 3, lettera i), della legge n. 84/94, letto in combinato disposto con l'articolo 18 di tale legge, il presidente dell'autorità portuale esercita le competenze che sono attribuite all'autorità portuale e rilascia autorizzazioni e concessioni di aree e banchine a imprese che intendano svolgere operazioni portuali o fornire servizi portuali [...]. Tuttavia [...], nemmeno il rilascio di tali autorizzazioni e di tali concessioni, in quanto atti di gestione che obbediscono a considerazioni di natura principalmente economica, può essere considerato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 4, TFUE".

⁵⁷ La norma di delega è contenuta all'art. 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124: " Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per modificare la disciplina [...] degli enti pubblici non economici nazionali [...] nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, con particolare riferimento al numero, all'individuazione di autorità di sistema nonché alla governance

A differenza di quanto osservato a proposito della genesi della legge del 1994, le trasformazioni della *governance* portuale operate nel 2016 vedono negli indirizzi della pianificazione trasportistica nazionale la propria principale matrice. Il Piano strategico nazionale della portualità e della logistica (PSNPL)⁵⁸, nuovo strumento ideato per rilanciare l'offerta di infrastrutture e servizi portuali del Paese, contiene infatti le linee direttrici sulle quali il d.lgs. n. 169/2016 ha modellato il proprio intervento riformatore.

La principale delle innovazioni proposte dal PSNPL è il raggruppamento dei principali porti italiani in "sistemi portuali".

Diversamente dagli otto sistemi già ideati dal PGT del 1986, i quattordici individuati dal PSNPL non rappresentano degli aggregati soltanto sotto il profilo pianificatorio, ma anche dal punto di vista organizzativo.

Il Piano ha infatti proposto di ancorare alla ripartizione in sistemi l'accorpamento delle ventiquattro Autorità portuali esistenti in quattordici Autorità di sistema portuale (AdSP)⁵⁹: tante Autorità di sistema

tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti".

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 29, c. 1, d.l. 11 settembre 2014, n. 133 (convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014 n. 164) il Governo è stato chiamato ad adottare un "Piano strategico nazionale della portualità e della logistica" al fine "di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità portuali esistenti". La Corte Costituzionale, con sentenza 11 dicembre 2015, n. 261, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 29 "nella parte in cui non prevede che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni". A seguito della pronuncia, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome, nella seduta del 31 marzo 2016, ha raggiunto l'intesa sul decreto del presidente del consiglio dei ministri del 26 agosto 2015 (comunicato della presidenza del consiglio dei ministri del 27.10.2015), con il quale era stato approvato il testo definitivo del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica, anteriormente al pronunciamento della Corte Costituzionale. Il testo definitivo del PSNPL è pubblicato sul sito web del Ministero dei Trasporti. Dubbi sulla legittimità del procedimento seguito per l'approvazione in F. MONCERI, *La "reviviscenza" del Piano strategico nazionale della Portualità e della logistica a seguito dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-regioni. Considerazioni sul "seguito" della sentenza 261/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 23/2016.

⁵⁹ È qui il caso di sottolineare che il decreto legge 17 dicembre 1986, n. 873, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 febbraio 1987, n. 26, aveva previsto (art. 1, c. 1) che l'assetto complessivo dei porti italiani fosse riorganizzato tenendo conto delle indicazioni sull'articolazione in (otto) sistemi portuali contenute nel Piano generale dei trasporti. Il decreto legge non si limitava a recepire l'indirizzo del piano (che richiedeva essenzialmente l'esercizio di una potestà pianificatoria da parte del Governo, delineandone la morfo-

quanti sono i porti italiani rientranti nella rete transeuropea centrale (rete *core*) individuata dagli ultimi orientamenti TEN-T⁶⁰.

La finalità principale dell'aggregazione in sistemi è, come in passato, la razionalizzazione degli investimenti pubblici. Il valore del transito da un'amministrazione portuale mono-scalo a una multi-scalo, infatti, è per buona parte rappresentato dal passaggio da una (allo stato generalizzata) vocazione *multi-purpose* dei porti italiani a un modello in cui sia privilegiata la specializzazione funzionale di ciascuno scalo marittimo. All'interno del sistema può così prevenirsi il rischio di deficit infrastrutturali e, più ancora, quello legato alla creazione di *excess capacity*⁶¹.

logia), ma istituiva un "Comitato" per ciascun sistema portuale (art. 1, c. 4), incaricato di studiare e proporre "le linee programmatiche per l'organizzazione e lo sviluppo delle infrastrutture dei singoli sistemi". Ciascun comitato era composto da "esponenti degli scali marittimi di interesse nazionale insistenti sul litorale compreso nel sistema" (cioè degli enti portuali ivi ricadenti), da rappresentanti delle Regioni interessate, delle categorie e delle associazioni sindacali di settore. Un tentativo di proiettare le esigenze di coerenza di "schema", espresse dalla pianificazione dei trasporti, in modifiche di carattere organizzativo era dunque stato compiuto circa trent'anni or sono. L'obiettivo della pianificazione era sfumato, in quell'occasione, forse proprio a causa della scelta di istituire un collegio di composizione di interessi per ciascun sistema e attribuendo a quel consesso il ruolo principale per la definizione del sistema stesso e per l'organizzazione delle attività al suo interno: i comitati di sistema fallirono del tutto nella propria missione e l'art. 1, c. 2, l. n. 84 del 1994 ne dispose la soppressione. In argomento cfr. M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990, 213 ss.; C. MURGIA, *L'ordinamento giuridico dei porti. Disciplina attuale e prospettive di riforma*, Milano 1988, 146 ss.

⁶⁰ Si tratta del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1315/2013 dell'11.12.2013, recante gli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (e che abroga la decisione n. 661/2010/UE, con la quale era stato emanato un testo consolidato degli orientamenti TEN-T intervenuti a far data dal 1996). Coevo al regolamento contenente i nuovi orientamenti è il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1316/2013, dell'11.12.2013, che istituisce il "Meccanismo per collegare l'Europa" (*Connecting Europe facility – CEF*), riformando la precedente disciplina degli strumenti di finanziamento delle reti transeuropee. Per un'analisi dei due provvedimenti, con particolare riferimento alla loro portata innovativa per il settore portuale, cfr. M. RAGUSA, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, cit., Parte II, Cap. I, § 3.4.

⁶¹ Priva di vincoli effettivi derivanti dalla pianificazione generale dei trasporti, non limitata nell'interpretazione del ruolo (dimensionale e funzionale) dello scalo dagli strumenti che pure la legge prevede per definire l'ampiezza e il tipo di 'campo da gioco' di ciascun porto, la programmazione svolta dalle Autorità portuali si è in molti casi rivelata, finora, incoerente con le esigenze di sistema: si è così assistito, da una parte, al proliferare di progetti di ampliamento strumentali alla realizzazione di infrastrutture simili, sul piano dimensionale e funzionale, in una molteplicità di porti nazionali tra loro potenzialmente concorrenti per posizione geografica. Scelte, queste ultime, naturalmente destinate a produrre esternalità negative in termini di sovra e sotto-infrastrutturazione e dunque di irrazionale distribuzione delle risorse pubbliche. In argomento, S. BOLOGNA *Le multina-*

Conformandosi quasi integralmente alle indicazioni del Piano (più che al vago indirizzo contenuto nella legge di delega), l'art. 6 del d.lgs. n. 169 del 2016 ha istituito quindici Autorità di sistema portuale, quattordici delle quali comprendono almeno un porto della rete *core*: presso quest'ultimo ha sede l'AdSP, mentre nei porti 'satellite' già sede di Autorità portuale i nuovi enti istituiscono uffici periferici (denominati uffici territoriali portuali: art. 6 *bis*).

Più di un indizio, nella riforma in esame, porta a ritenere che il legislatore abbia sposato la tesi della non economicità delle sopresse Autorità portuali, e che, in questa prospettiva, abbia ritenuto di attribuire funzioni regolatorie agli enti portuali di nuova istituzione.

Non solo, infatti, la stessa norma di delega ha inquadrato la riforma della legge n. 84 del 1994 all'interno di una più generale "modifica della disciplina degli enti pubblici non economici"⁶², ma le AdSP sono espressamente definite enti non economici dal nuovo testo dell'art. 6, c. 5⁶³.

Tra le modifiche apportate alla legge, peraltro, alcune sembrano dirette a eliminare proprio le 'antinomie' rilevate in passato dalla dottrina,

zionali del mare. Letture sul sistema marittimo-portuale, Milano 2010, 130, 255 ss. e 273 ss.; ID., *Il crack che viene dal mare*, in *Altronovecento*, 21/2012, ora in ID., *Banche e Crisi. Dal petrolio al container*, Roma 2013, 149 ss. e segn. 175 ss.; H. HARALAMBIDES, *Port management and institutional reform: 30 years of "Theory and Practice"*, in E. FORTE (Ed.), *Economics and Logistics in Short and Deep Sea Market*, Milano 2013, 167 s; T. NOTTEBOOM, C. DUCRUET, P. DE LANGEN, *Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework*, in ID., *Ports in proximity: competition and coordination among adjacent seaports*, Farnham 2009, 20 s. Tali sono i rischi, del resto, presi in considerazione dalla Commissione europea nel citato Libro Verde sui porti e sulle infrastrutture marittime del 1998 e nella Comunicazione del 2007.

⁶² V. *supra*, nota 57.

⁶³ "L'AdSP è ente pubblico non economico di rilevanza nazionale a ordinamento speciale ed è dotato di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria. Ad essa non si applicano le disposizioni della legge 20 marzo 1975, n. 70, e successive modificazioni. Si applicano i principi di cui al titolo I del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Le AdSP adeguano i propri ordinamenti ai predetti principi e adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale dirigenziale e non dirigenziale nel rispetto dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del medesimo decreto legislativo. I medesimi provvedimenti disciplinano, secondo criteri di trasparenza ed imparzialità, le procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali e di ogni altro incarico. Gli atti adottati in attuazione del presente comma sono sottoposti all'approvazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Per il Presidente dell'AdSP e il Segretario generale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 8 e 10. Per il periodo di durata dell'incarico di Presidente dell'AdSP e di Segretario generale, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio".

cioè le previsioni incoerenti con il principio di separazione tra regolazione e gestione, dai più ritenuto principio ispiratore del modello di *governance* disegnato nel 1994.

Sul piano organizzativo, innanzitutto, il d.lgs. n. 169 del 2016 (art. 11) ha modificato l'art. 9 della legge n. 84 del 1994 e ha sostituito al Comitato portuale un "Comitato di gestione".

Nonostante la riformulazione di buona parte del testo degli art. 8 e 9, tanto le competenze in materia di pianificazione e programmazione⁶⁴, quanto quelle autorizzatorie e concessorie⁶⁵ sono ripartite tra il Presidente dell'AdSP e il nuovo organo collegiale secondo lo schema di massima già adottato per il modello organizzativo dell'Autorità portuale. La composizione del Comitato di gestione è però radicalmente mutata rispetto a quella del precedente organo: di esso fanno parte, oltre al Presidente dell'AdSP e a un membro designato dalle direzioni marittime, esclusivamente rappresentanti degli enti territoriali all'interno del cui ambito di competenza ricade la circoscrizione dell'Autorità o parte di essa⁶⁶.

⁶⁴ In particolare, il piano operativo triennale continua a essere proposto dal Presidente e approvato dal comitato di gestione (artt 8, c. 3, lett. c, e 9, c. 3, lett. a, l. n. 84 del 1994, come modificati, rispettivamente, dagli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 169 del 2016) e a quest'ultimo compete l'adozione del Piano regolatore del sistema portuale, predisposto dal segretariato generale di cui all'art. 10 della legge porti (comma 4, lett. f)).

⁶⁵ Viene, in particolare, mantenuta la competenza dell'organo monocratico, sentito il Comitato di gestione, al rilascio di autorizzazioni *ex art.* 16 e di concessioni *ex art.* 18 di durata pari o inferiore a quattro anni (art. 8, c. 3, lett. n), come sostituito dall'art. 10 del d.lgs. n. 169 del 2016) e il potere deliberativo del Comitato, su proposta del Presidente, per quelle di durata superiore e per gli accordi sostitutivi *ex art.* 18, c. 4 (art. 9, c. 3, lett. g) e h), nel testo introdotto dall'art. 11 d.lgs. n. 169/2016). Di dubbia intellegibilità è il riferimento dei vigenti artt. 8 (comma 3, lett. f) e 9 (comma 3, lett. g) alle "concessioni di cui all'articolo 6, comma 11": la norma non disciplina, infatti, alcuna fattispecie concessoria e pare dunque trattarsi di un *lapsus calami* del legislatore, che probabilmente intendeva riferirsi al comma 10 dello stesso art. 6. Di contro, a differenza del previgente art. 9, comma 3, lett. n-ter (introdotta dall'articolo 8 bis del d.l. 30 dicembre 1997, n. 457, cit.), nulla è più disposto dalla legge in ordine alla competenza a proporre e approvare la partecipazione alle iniziative societarie ora contemplate dall'art. 6, comma 11, ultimo periodo (sulle quali v. *infra*, nel testo).

⁶⁶ Ai sensi del vigente art. 9 della legge n. 84 del 1994, il Comitato di gestione è composto: "a) dal Presidente dell'AdSP, che lo presiede e il cui voto prevale in caso di parità dei voti espressi; b) da un componente designato dalla regione o da ciascuna regione il cui territorio è incluso, anche parzialmente, nel sistema portuale; c) da un componente designato dal sindaco di ciascuna delle città metropolitane, ove presente, il cui territorio è incluso, anche parzialmente, nel sistema portuale; d) da un componente designato dal sindaco di ciascuno dei comuni ex sede di autorità portuale inclusi nell'AdSP, esclusi i comuni capoluogo delle città metropolitane; e) da un rappresentante dell'autorità marittima, designato dalle direzioni marittime competenti per territorio, con diritto di voto

Le categorie delle imprese e dei lavoratori, già rappresentate nei Comitati portuali delle sopresse Autorità, lo sono ora all'interno di un organo di nuova istituzione, l'Organismo di partenariato della risorsa mare (OPRM)⁶⁷, con funzioni consultive (e, se ben si intende, anche di iniziativa⁶⁸) principalmente in materia di pianificazione, programmazione, bilancio e controllo di gestione⁶⁹.

nelle materie di competenza, prevedendo la partecipazione di comandanti di porti diversi da quello sede dell'AdSP, nel caso in cui siano affrontate questioni relative a tali porti”.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 11 *bis*, c. 1, della legge n. 84 del 1994 (introdotto dall'art. 14, c. 1, d.lgs. n. 169 del 2016), “Presso ciascuna autorità di sistema portuale è istituito l'Organismo di partenariato della risorsa mare, composto, oltre che dal Presidente dell'AdSP, che lo presiede, dal comandante del porto ovvero dei porti, già sedi di autorità portuale, facenti parte del sistema portuale dell'AdSP, nonché da: *a*) un rappresentante degli armatori; *b*) un rappresentante degli industriali; *c*) un rappresentante degli operatori di cui agli articoli 16 e 18; *d*) un rappresentante degli spedizionieri; *e*) un rappresentante degli operatori logistici intermodali operanti in porto; *f*) un rappresentante degli operatori ferroviari operanti in porto; *g*) un rappresentante degli agenti e raccomandatari marittimi; *h*) un rappresentante degli autotrasportatori operanti nell'ambito logistico-portuale; *i*) tre rappresentanti dei lavoratori delle imprese che operano in porto; *l*) rappresentante degli operatori del turismo o del commercio operanti nel porto”.

⁶⁸ In questo senso pare doversi interpretare la formulazione dell'art. 11 *bis*, comma 3, della legge, secondo la quale l'Organismo “ha funzioni di confronto partenariale ascendente e discendente, nonché funzioni consultive di partenariato economico sociale”. Non è dato rinvenire indici interpretativi più certi nel Codice europeo di condotta sul partenariato (adottato dalla Commissione europea con il Regolamento delegato (Ue) n. 240/2014 del 7 gennaio 2014) pure indicato come modello dalla relazione illustrativa del decreto. Mentre con riferimento all'ipotesi in cui l'AdSP, emanando un atto, si discosti dai “pareri” dell'Organismo, il successivo comma 5 prevede un obbligo di motivazione (fattispecie riconducibile all'esercizio della funzione espressamente qualificata “consultiva” dal citato comma 3), nulla è previsto in ordine alla motivazione degli atti di rigetto delle proposte formulate dall'Organismo di partenariato, né alla stessa sussistenza di un obbligo dell'AdSP di avviare, a fronte dell'iniziativa assunta dall'OPRM, un procedimento amministrativo (dunque per le fattispecie che sembrano rientrare nella funzione cripticamente definita di “confronto partenariale ascendente”). Sarà, in ogni caso, un decreto ministeriale – da emanarsi ai sensi del comma 2 del neo-introdotta art. 11 *bis* – a disciplinare, oltre che le modalità di designazione dei componenti, anche “le modalità di svolgimento dell'attività dell'Organismo, con particolare riguardo alle forme e ai metodi della consultazione dei soggetti interessati”.

⁶⁹ Sebbene la legge non lo escluda espressamente, non sembra che la funzione consultiva dell'Organismo possa interessare anche l'esercizio di attività autorizzatoria e concessoria dell'AdSP (artt. 16 e 18). Una siffatta competenza, già propria delle Commissioni consultive disciplinate dall'art. 15 della legge porti, è stata a queste espressamente sottratta dall'art. 17, c. 1, lett. *c*) dello stesso d.lgs. n. 169 del 2016, che delle stesse commissioni ha al contempo specificato la composizione, rendendola pressoché identica a quella dell'OPRM. Le competenze delle Commissioni di cui all'art. 15 sono ora circoscritte ad attività “consultive in ordine al rilascio, alla sospensione o alla revoca delle autorizzazioni di cui all'articolo 17, nonché in ordine all'organizzazione del lavoro in porto, agli orga-

L'espunzione dall'organo collegiale di governo dell'AdSP di tutti i rappresentanti delle categorie economiche in precedenza ammessi stabilmente a partecipare alle più importanti decisioni può, appunto, essere letta come il recepimento delle proposte *de iure condendo* formulate dalla dottrina che ha in passato qualificato le Autorità portuali come enti pubblici non economici e come regolatoria la natura delle funzioni da esse esercitate⁷⁰.

Sul piano dell'attività, la modifica più significativa – ai fini della presente indagine – è rappresentata dal nuovo testo dell'art. 6 della l. n. 84/1994, come sostituito dall'articolo 7, comma 1, del d.lgs. n. 169/2016.

Al comma 11, infatti, viene mantenuto fermo il divieto già posto alle Autorità portuali dal previgente comma 6: le AdSP non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse. Ma in luogo delle ampie facoltà riconosciute alle Autorità portuali dal secondo periodo del vecchio comma sesto dell'art. 6, il nuovo comma 11, al terzo periodo, prevede che l'Autorità di sistema possa “assumere partecipazioni, a carattere societario di minoranza, in iniziative finalizzate alla promozione di collegamenti logistici e intermodali, funzionali allo sviluppo del sistema portuale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”⁷¹.

niche delle imprese, all'avviamento della manodopera e alla formazione professionale dei lavoratori”.

⁷⁰ Singolare, in merito, appare il rilievo contenuto nel parere reso dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 aprile 2016 (n. 1142 del 9 maggio 2016) sul testo di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, già recante la drastica riduzione dei componenti del Comitato di gestione rispetto al Comitato portuale, poi ufficialmente accolta dal testo definitivo del d.lgs. n. 169 del 2016. Benché, infatti, dichiaratamente orientato a sposare la tesi della natura non economica e regolatoria dell'AdSP, per quanto riguarda la composizione del Comitato di gestione il Consiglio di Stato segnala “un eccessivo sbilanciamento in favore della componente designata dagli enti territoriali, mentre vengono meno le componenti socio-produttive che entravano nella composizione del Comitato Portuale. La soluzione prescelta, se per un verso rappresenta un rimedio alla difficile composizione degli interessi e strumento di migliore governabilità, per altro si espone alla critica di ridurre troppo sensibilmente l'apporto della base socio-economica alle scelte amministrative, facendo prevalere nuovamente un approccio ‘di apparato’ rispetto a un approccio *problem- e consumer-oriented*”.

⁷¹ L'art. 46 d.l. n. 201 del 2011, al quale il nuovo art. 6, c. 11, della legge rinvia, prevede che “1. Al fine di promuovere la realizzazione di infrastrutture di collegamento tra i porti e le aree retro portuali, le autorità portuali possono costituire sistemi logistici che intervengono, attraverso atti d'intesa e di coordinamento con le regioni, le province ed i comuni interessati nonché con i gestori delle infrastrutture ferroviarie. 2. Le attività di cui al comma 1 devono realizzarsi in ottemperanza a quanto previsto dalla normativa

Anche con riferimento a questa modifica pare evidente l'intenzione del legislatore di adeguare le competenze dell'Autorità di sistema portuale al modello di un'amministrazione regolatrice: benché il nuovo testo dell'art. 6, c. 11, l. n. 84/1994 continui a riconoscere agli enti portuali alcune facoltà dagli indiscutibili connotati economici⁷², tali facoltà sono oggi senz'altro più ridotte rispetto a quelle contemplate dal vecchio art. 6, c. 6.

Nulla sembra innovato, invece, per quanto attiene all'erogazione dei servizi di interesse generale: l'art. 23, c. 5, non è stato infatti abrogato o modificato, né sembra ragionevole ritenere che il suo disposto sia stato oggetto di una tacita soppressione per il solo fatto che la norma continua a fare riferimento alle "autorità portuali", anziché alle Autorità di sistema portuale che a esse si sono sostituite⁷³.

Pur prescindendo dalla considerazione delle attività a contenuto economico ancora consentite dall'art. 23, c. 5, in ogni caso, non pare che la recente modifica della legge n. 84 del 1994, nel suo insieme, giustifichi una diversa qualificazione delle AdSP rispetto a quella che, dal diritto

comunitaria, avendo riguardo ai corridoi transeuropei e senza causare distorsione della concorrenza tra i sistemi portuali. 3. Gli interventi di coordinamento devono essere mirati all'adeguamento dei piani regolatori portuali e comunali per le esigenze di cui al comma 2, che, conseguentemente, divengono prioritarie nei criteri di destinazione d'uso delle aree".

⁷² Proprio con riferimento al nuovo art. 6, c. 11, terzo periodo, l. n. 84/1994 il citato parere della Commissione speciale presso il Consiglio di Stato n. 1142 del 2016 (v. *supra*, nota 70) ha inequivocabilmente condiviso la tesi che attribuisce natura regolatoria alla "attività istituzionale" dell'AdSP: mettendo in luce l'equivocità della formulazione della corrispondente previsione del testo provvisorio di decreto sottoposto al proprio esame, l'organo consultivo "rappresenta al Governo la necessità di formulare la norma in modo che sia resa maggiormente esplicita la portata del principio di separazione operativa imposta alle Autorità di sistema portuale, con il conseguente divieto per le AdSP di svolgere, direttamente o indirettamente, *attività economiche di qualsiasi genere*".

⁷³ L'intera riforma del 2016, infatti, è contraddistinta da gravi difetti di coordinamento interno e il mancato adeguamento alla nuova denominazione degli enti di gestione può riscontrarsi anche in altre norme che disciplinano funzioni per le quali è indubbio che le AdSP siano succedute alle Autorità portuali. Ne è un esempio l'art. 14 che, pur modificato dall'articolo 16, comma 1, del d.lgs. n. 169 del 2016, mantiene inalterato, al primo comma, il riferimento alle "autorità portuali" (riferimento che nemmeno l'art. 3, c. 1, l. 1 dicembre 2016, n. 230, successivamente intervenuto ad apportare ulteriori modifiche all'art. 14, ha corretto). Anche gli artt. 16 e 18 continuano a riferire le proprie disposizioni alle competenze autorizzatorie e concessorie delle "autorità portuali"; così pure le disposizioni in materia di dragaggio (art. 5 *bis*, c. 1), quelle in materia di risorse finanziarie (art. 13) e infine tutte quelle di cui agli artt. 20 ss.

europeo, è stata finora attribuita alle autorità portuali di ogni Stato membro.

Rinviando al paragrafo conclusivo alcune riflessioni sulla permanente biforcazione di approcci ricostruttivi del diritto interno e di quello dell'Unione, è prima il caso di accennare alle novità introdotte dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2017/352: innovazioni che confermano la tradizionale posizione assunta in materia dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia.

3. *L'approccio del legislatore europeo: il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2017/352 del 15 febbraio 2017*

L'Unione europea ha da pochi mesi approvato un regolamento in materia di "accesso al mercato dei servizi portuali e di trasparenza finanziaria dei porti"⁷⁴. La tanto attesa fonte di armonizzazione, benché veicolata da un regolamento, ha un ambito di applicazione oggettivo molto limitato per quanto concerne le regole dettate in materia di concorrenza nella prestazione dei servizi (contenute al Capo II del provvedimento): ne restano *tout court* esclusi i servizi di movimentazione delle merci e i servizi passeggeri⁷⁵, dunque le attività di maggiore rilievo economico di un porto.

La disciplina europea, che trova applicazione negli scali marittimi della rete transeuropea di trasporto elencati nell'allegato II del regolamento n. 1315/2013 (quindi nella totalità dei porti italiani precedentemente

⁷⁴ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (Ue) n. 2017/352 del 15 febbraio 2017: il provvedimento, entrato in vigore il 24 marzo 2017, "si applica a decorrere dal 24 marzo 2019" (art. 22, par. 2).

⁷⁵ Ai sensi del par. 1 dell'art. 10 ("Esenzioni"): "Il [Capo II] e l'articolo 21 non si applicano alla movimentazione merci, ai servizi passeggeri o al pilotaggio". La *ratio* e la portata dell'esenzione sono riassunte dal considerando n. 38 del provvedimento: "In molti porti l'accesso al mercato per i prestatori di servizi di movimentazione merci e ai servizi passeggeri è garantito mediante appalti pubblici. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha confermato che le autorità competenti sono vincolate al rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione quando concludono siffatti contratti. Pertanto, sebbene il capo II del presente regolamento non dovrebbe applicarsi alla prestazione di servizi di movimentazione merci e servizi passeggeri, gli Stati membri dovrebbero poter decidere liberamente se applicare le disposizioni del capo II ai due servizi in parola o mantenere la normativa nazionale in vigore in materia di accesso al mercato per quanto riguarda i servizi di movimentazione merci e i servizi passeggeri, nel rispetto dei principi fondamentali di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia".

soggetti al governo di un'Autorità portuale e oggi inclusi nei sistemi delle AdSP⁷⁶) si è inoltre mossa nella consapevolezza di non potere imporre “un modello specifico di gestione dei porti marittimi” e ha voluto “lasciare del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri applicabile ai porti marittimi e consentire strutture portuali diverse negli Stati membri”⁷⁷. All'interno dell'Unione continuano dunque a coesistere, anche con riferimento al ristretto novero di servizi portuali a cui è dedicato il Capo II del regolamento, “vari modelli di gestione dei porti”⁷⁸.

Ciò non esclude la possibilità di cogliere nel provvedimento *de quo* alcuni dati di rilievo per la tematica in esame: sembra possibile, infatti, inferire – dall'approccio del legislatore europeo ad alcune fattispecie oggetto di normazione – che, indipendentemente dall'assetto proprietario e dallo specifico modello di gestione prescelto dal singolo Paese membro per i propri porti, un'autorità portuale sia essenzialmente considerata dalla normativa *de qua* come un'impresa.

Il regolamento del 2017 non fa ricorso al sintagma “autorità portuale”, finora utilizzato dalle istituzioni europee come sintesi di ogni modello di gestione portuale adottato dai Paesi membri⁷⁹ (o almeno tutti quei modelli in cui la gestione è affidata a soggetti pubblici⁸⁰). Esso definisce

⁷⁶ A differenza che nel testo originariamente proposto dalla Commissione, infatti, quello approvato non limita l'ambito di applicazione ai porti situati nella rete centrale, ma lo estende ai porti della rete globale (*comprehensive network*). Si prevede tuttavia la possibilità per gli Stati membri di decidere di sottrarre taluni di quei porti all'applicazione della normativa, come di ampliare la portata di quest'ultima: ai sensi del comma 5 dell'art. 1, “Gli Stati membri possono decidere di non applicare il presente regolamento ai porti marittimi della rete globale situati nelle regioni ultraperiferiche di cui all'articolo 349 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Qualora gli Stati membri decidano di non applicare il presente regolamento a tali porti marittimi, essi comunicano tale decisione alla Commissione”. Il successivo comma 6 stabilisce che “Gli Stati membri possono inoltre applicare il presente regolamento ad altri porti marittimi. Qualora gli Stati membri decidano di applicare il presente regolamento ad altri porti marittimi, essi comunicano la loro decisione alla Commissione”.

⁷⁷ Così il considerando n. 9.

⁷⁸ Considerando n. 10, primo periodo.

⁷⁹ Cfr., ad esempio l'art. 3, c. 5, della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso al mercato dei servizi portuali del 13 ottobre 2004 – COM(2004) 654 – inserita dalla Commissione nel c.d. *Ports Package II* (v. *supra*, nota 32).

⁸⁰ Ai sensi del punto 4.1. della citata Comunicazione della Commissione europea su una politica europea dei porti del 18.10.2007, la “organizzazione della gestione dei porti varia considerevolmente da uno Stato membro all'altro. In alcuni Stati membri, i porti sono gestiti da organismi privati che sono proprietari dei terreni portuali (o godono di diritti reali analoghi). Questi porti costituiscono imprese private a tutti gli effetti. Negli

l'ambito soggettivo di applicazione della gran parte delle proprie disposizioni tramite le nozioni di "ente di gestione del porto" e di "autorità competente".

Ai sensi dell'art. 2, n. 5), un ente di gestione è "qualsiasi soggetto pubblico o privato il cui obiettivo è, o al quale è conferito il potere, ai sensi del diritto nazionale o di strumenti nazionali, di provvedere a livello locale, anche insieme allo svolgimento di altre attività, all'amministrazione e alla gestione di infrastrutture portuali e di una o più delle seguenti mansioni in un dato porto, vale a dire il coordinamento del traffico portuale, la gestione del traffico portuale, il coordinamento delle attività degli operatori presenti nel porto in questione e il controllo delle attività degli operatori presenti nel porto".

Con il termine "autorità competente" si identifica invece "qualsiasi soggetto pubblico o privato che, a livello locale, regionale o nazionale, è competente a svolgere, ai sensi di disposizioni legislative o amministrative nazionali, attività connesse all'organizzazione e amministrazione delle attività portuali, congiuntamente o alternativamente all'ente di gestione del porto" (art. 2, n. 3).

Le nozioni di autorità competente e di ente di gestione individuano due entità dai contorni poco nitidi. Tuttavia, benché tra le richiamate definizioni – in difetto di una delimitazione normativa dei concetti di "organizzazione", "amministrazione" e "gestione" delle attività portuali – siano possibili le più svariate sovrapposizioni, il regolamento offre un dato di indubbio rilievo chiarificatore per l'interprete. Un'autorità competente, infatti, può svolgere attività "connesse" alla gestione del porto, anche alternativamente all'ente gestore, ma – sotto il profilo quantitativo – non può assumere su di sé l'intera gestione dello scalo; in questa ipotesi, infatti, essa stessa dovrebbe essere definita come ente di gestione del porto.

Sotto il profilo qualitativo, d'altro canto, le rispettive definizioni consentono di escludere che un'Autorità di sistema portuale possa essere ricondotta alla nozione di "autorità competente", anziché a quella di "ente di gestione", perché soltanto quest'ultima individua il soggetto che provvede all'amministrazione e alla gestione "di *infrastrutture portuali*"⁸¹.

altri casi, che ne costituiscono la parte più rilevante nell'Europa continentale, i porti sono gestiti da entità o imprese pubbliche. Tali entità [...] possono essere denominate "autorità portuali" (indipendentemente dalla loro denominazione nel diritto nazionale)".

⁸¹ La giustapposizione delle due nozioni, nel corpo degli artt. 3 e ss. del regolamento, non consente insomma di qualificare le Autorità di sistema portuale italiane se non come "enti di gestione": la nozione di "autorità competente" è invece esclusivamente

Orbene, che l'ente di gestione di un porto sia *tout court* assimilato dal regolamento n. 2017/352 alla nozione di impresa lo si ricava agevolmente dalle norme contenute al capo III, in materia di "trasparenza finanziaria e autonomia".

Scopo degli artt. 11 ss. è quello di garantire "un controllo equo ed efficace degli aiuti di Stato, prevenendo in tal modo le distorsioni del mercato"⁸²; come specificato dal considerando n. 42, la *ratio* delle norme sulla trasparenza delle relazioni finanziarie è quella di "impedire la concorrenza sleale *tra* i porti dell'Unione, in particolare poiché i porti nella rete transeuropea di trasporto sono ammissibili a beneficiare di finanziamenti dell'Unione tramite il meccanismo per collegare l'Europa istituito dal regolamento (UE) n. 1316/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio"⁸³.

A tal fine, l'art. 11, par. 1, impone obblighi di trasparenza finanziaria, stabilendo che, nella tenuta dei propri strumenti contabili, gli enti di gestione dei porti debbano evidenziare distintamente le assegnazioni di fondi pubblici operate dalle autorità pubbliche direttamente o indirettamente in loro favore e l'utilizzo per il quale i fondi sono stati assegnati.

Ulteriori obblighi di separazione contabile devono inoltre essere rispettati nell'ipotesi in cui l'ente di gestione operi altresì – direttamente o tramite un controllo sul prestatore – nel mercato della fornitura di servizi portuali o di dragaggio⁸⁴ e qualora riceva finanziamenti destinati alla compensazione di oneri di servizio pubblico⁸⁵.

Il Parlamento europeo e il Consiglio hanno fatto proprio, insomma,

funzionale ad assoggettare al quadro di disciplina dettato dal Capo II le decisioni (sulla previsione di requisiti minimi, sulla limitazione del numero di imprese ammesse ad accedere al porto o sull'imposizione degli obblighi di servizio pubblico) che non promanano dal gestore dell'infrastruttura, ma da enti e organi differenti a cui il diritto interno attribuisca, eventualmente, competenze concorrenti a quelle del gestore; come ad esempio, per l'ordinamento italiano, l'Autorità marittima, per tutto quanto attiene alla disciplina e all'organizzazione dei servizi tecnico-nautici (art. 14, cc. 2 *bis* e 2 *ter*, l. n. 84 del 1994).

⁸² Così il considerando n. 6.

⁸³ V. *supra*, nota 60.

⁸⁴ Art. 11 cit., par. 2: "Se l'ente di gestione del porto beneficiario di finanziamenti pubblici fornisce in proprio servizi portuali o di dragaggio, o se un altro ente fornisce, per conto dello stesso, detti servizi, mantiene la contabilità per tali servizi portuali o di dragaggio finanziati con fondi pubblici separata da quella per le sue altre attività in modo che: a) tutti i costi e i ricavi siano correttamente imputati o attribuiti sulla base di principi di contabilità dei costi applicati in modo coerente e obiettivamente giustificati; e b) i principi di contabilità dei costi secondo i quali vengono tenuti conti separati siano chiaramente definiti".

⁸⁵ "I fondi pubblici erogati come corrispettivo per gli obblighi di servizio pubblico

l'orientamento finora espresso dalla Commissione sull'assoggettabilità al regime degli artt. 107 e 108 del T.f.Ue dei finanziamenti pubblici concessi alle autorità portuali per la realizzazione di infrastrutture⁸⁶; prescindendo del tutto dalla circostanza che l'autorità portuale beneficiaria operi o no anche quale prestatore di servizi all'utenza, la gestione di uno scalo marittimo è ritenuta dal regolamento del 2017 un'attività economica.

Anche guardando al limitato ambito di applicazione oggettivo del Capo II del provvedimento, del resto, può rinvenirsi il segno di una perdurante distonia tra ciò che la gestione dell'infrastruttura portuale rappresenta per il diritto italiano e per quello dell'Unione: i dubbi manifestati in passato e relativi alla compatibilità con il diritto della concorrenza della erogazione diretta, da parte delle Autorità portuali italiane, di servizi di interesse economico generale di cui all' (odierno) art. 6, par. 4, lett. c) della legge n. 84/1994 (*ex art. 23, c. 5*⁸⁷) sembrano trovare risposta nella disciplina del neo-emanato regolamento. Per quelli, tra tali servizi, che rientrano nell'ambito di applicazione della normativa non si prevede, infatti, alcun divieto di diretta erogazione da parte dell'ente di gestione: l'idea di una sostanziale e aprioristica incompatibilità tra le funzioni di amministrazione dello scalo e la prestazione di servizi agli utenti sembra, insomma, smentita.

4. *Brevi riflessioni di sintesi*

La resistenza, nel diritto interno, della qualificazione non economica degli enti portuali, a fronte del sempre più deciso orientamento dell'ordinamento comunitario verso l'opposto inquadramento, non sembra giustificata da rilevanti tratti di specialità del modello di gestione adottato dal diritto italiano rispetto al generale paradigma di autorità portuale (o di "ente di gestione") elaborato dalle istituzioni dell'Unione.

È vero, infatti, che il divieto di operare sul mercato delle operazioni portuali posto dalla disciplina nazionale alle Autorità di sistema portuale (come già alle Autorità portuali) rappresenta una scelta del nostro legislatore non imposta dal diritto dell'Ue; ma non sembra che questa peculiari-

sono indicati a parte nella contabilità pertinente e non possono essere trasferiti a nessun altro servizio o attività economica" (art. 11 cit., par. 7).

⁸⁶ V. *supra*, § 2.1.

⁸⁷ *Supra*, § 1.1.

tà imponga, per essere spiegata, di fare ricorso al principio di separazione tra regolazione (pubblica) e gestione (privata) delle attività economiche.

Il detto divieto può essere più semplicemente inteso come una declinazione (la più radicale) del differente principio di separazione tra gestione (economica) dell'infrastruttura e gestione (economica) del servizio: pur in assenza, nel settore portuale, di fonti di armonizzazione di diritto comunitario (dalle quali, in altri, è derivata l'adozione di forme di distinzione funzionale, organica o soggettiva tra mercati a monte e a valle) non pare dubitabile che il legislatore italiano abbia, con questa scelta, mantenuto in mano pubblica la sola gestione delle risorse infrastrutturali, procedendo, al contempo, alla privatizzazione e alla liberalizzazione dei servizi alle merci e ai passeggeri, in precedenza svolti a vario titolo, direttamente o indirettamente, (anche) dalle organizzazioni portuali.

Lungi dall'essere espressione di un generale divieto di esercizio di attività imprenditoriale, allora, la previsione contenuta all'attuale art. 6, c. 11, primo periodo, può essere considerata uno "strumento" atto a garantire – in un mercato spontaneamente unitario, caratterizzato dalla presenza di una risorsa essenziale non duplicabile – che l'accesso delle imprese al mercato dei servizi non sia ostacolato da scelte che il gestore (monopolista) dell'infrastruttura potrebbe altrimenti assumere al solo fine di garantire a sé (o a imprese collegate) l'assunzione o il mantenimento, anche sul mercato a valle, di una posizione dominante naturalmente proiettata verso un esercizio abusivo⁸⁸. Scopo della norma può essere ritenuto, quindi, la realizzazione di un *unbundling* tra mercato a monte e mercato (o, *recte*, mercati) a valle, che richiama la formula organizzativa impressa ai settori a rete dal diritto europeo derivato.

È vero che, al di là del divieto di svolgimento di operazioni portuali, la gestione delle aree e delle infrastrutture demaniali mediante l'esercizio di poteri autorizzatori e concessori è in sé assoggettata dall'ordinamento a limiti ulteriori in cui riecheggiano principi propri dell'attività amministrativa, primo fra tutti quello di imparzialità.

Ma, anche sotto questo profilo, l'esperienza dei s.i.e.g. ha messo in luce come la garanzia dei diritti di accesso mediante procedure aperte e

⁸⁸ Sulle matrici e sulla funzione di questo principio, "strumento" delle politiche di liberalizzazione e normalizzazione, cfr. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna 1999, 244 ss.; il legame del principio con la "genesì del «diritto delle reti»" è ben illustrata da F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova 2008, 99 ss.; sulle poliedriche finalità del principio v. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino 2005, 75 ss.

non discriminatorie costituisca un tratto comune anche nella disciplina dell'attività di gestione delle infrastrutture essenziali da parte di imprese commerciali, il cui fondamento dogmatico, anziché essere ricercato nello statuto giuridico dell'amministrazione pubblica, può essere più facilmente rinvenuto nei principi del diritto della concorrenza, che nella materia in esame si traducono in regole volte a prevenire *ex ante* abusi di posizione dominante da parte di un'impresa, in ragione della sua qualità di offerente monopolista sul mercato *upstream*⁸⁹.

Sembra, insomma, da condividere l'opinione di chi ritiene che “*la gestione del territorio portuale e la fornitura di infrastrutture e risorse*, che include le attività di costruzione e manutenzione così come la garanzia di diritti di utilizzo in favore di navi, *cargo handlers* e *terminal operators* [...] è una funzione economica, cosicché un'autorità portuale deve essere considerata come una «impresa»”⁹⁰.

Consentire l'accesso delle imprese portuali allo scalo, in altri termini, costituisce il precipuo oggetto dell'attività economica condotta dall'Autorità; la funzione esercitata da quest'ultima nell'assentire un'autorizzazione o una concessione rappresenta un atto di esercizio d'impresa, non un potere strumentale alla diretta soddisfazione di un interesse pubblico.

Che poi le modalità attraverso cui l'accesso è consentito debbano conformarsi ai principi di trasparenza e non discriminazione (anche fino al punto di obbligare il gestore, al ricorso di particolari condizioni, a concederlo) è, sul piano giuridico, un correlato della qualità di monopolista di una risorsa essenziale dell'amministrazione portuale: non, quindi, un fattore che confuta l'inquadramento economico dell'ente e della sua attività, ma che, al contrario, lo conferma, specificandone il tipo.

Se quello dell'accesso all'infrastruttura portuale è un mercato, peraltro, attribuire la qualifica di regolatore al gestore dell'infrastruttura significherebbe confondere l'offerta dell'accesso con la sua regolazione e imporrebbe, contraddittoriamente, di leggere proprio nel modello della legge n. 84 del 1994 la negazione, anziché la manifestazione, del principio di separazione tra regolazione e gestione⁹¹.

⁸⁹ Per un inquadramento generale del problema v. G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario 2003 – Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano 2004, *passim*.

⁹⁰ E. VAN HOOYDONK, *The Regime of Port Authorities*, cit., 95 s.

⁹¹ Per valutare il grado di applicazione di questo principio all'ordinamento portuale italiano, occorre piuttosto volgere l'attenzione ai limiti posti all'esercizio della gestione dell'infrastruttura portuale e al grado di indipendenza che presentano, rispetto all'Autorità di sistema portuale (soggetto regolato) le amministrazioni (regolatrici) competenti a impor-

È appena il caso di sottolineare che i superiori rilievi impediscono di qualificare come regolazione condizionale sia l'attività svolta dalle Autorità istituite nel 1994, sia quella delle Autorità di sistema di cui al d.lgs. n. 169 del 2016: l'art. 6 mantiene infatti pressoché inalterata, a seguito della recente riforma, l'enumerazione delle funzioni dell'ente portuale⁹².

Non pare, del resto, assumere rilievo la espressa qualificazione delle Autorità di sistema portuale come enti pubblici non economici contenuta al nuovo art. 6, c. 5, della legge n. 84/1994: la definizione dettata dal legislatore del 2016 è inserita, infatti, in una norma concernente il personale⁹³ e la sua utilità è dunque limitata all'ambito in cui originariamente la distinzione tra le nozioni di ente pubblico economico e non economico si è affermata e ha svolto il proprio ruolo diretto nel diritto positivo⁹⁴. Non sembra insomma possibile attribuire rilevanza alla suddetta qualificazione legale nel campo delle più vaste tematiche in cui la questione dell'eco-

ne l'applicazione. In merito può osservarsi che, come le sopresse amministrazioni portuali, le Autorità di sistema portuale sono tenute al rispetto del comune diritto *antitrust* (e sono soggette ai poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Inoltre, tra le competenze della neo-istituita Autorità di regolazione dei trasporti, rientra espressamente quella di "garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture [...] portuali, nonché in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci in ambito nazionale, locale e urbano anche collegata a stazioni, aeroporti e porti" (art. 37, c. 2, lett. *a*), d.l. n. 201/2011).

⁹² Oltre alle funzioni individuate dalle lettere *a*), *b*) e *c*) dell'art. 6, comma 4 (che ricalcano pedissequamente quelle attribuite alle Autorità portuali dalle corrispondenti lettere del previgente art. 6, c. 1), l'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 169 del 2016 ha introdotto l'indicazione di tre attribuzioni di cui già le Autorità portuali dovevano ritenersi titolari: le funzioni descritte dalle nuove lettere *d*) ed *e*) del vigente art. 6, c. 4, infatti, erano espressamente indicate tra le competenze del Presidente dell'Autorità portuale dall'art. 8, c. 3 (rispettivamente, alle lettere *f*) e *b*): "coordinamento delle attività amministrative esercitate dagli enti e dagli organismi pubblici nell'ambito dei porti e nelle aree demaniali marittime comprese nella circoscrizione territoriale [e] amministrazione in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi nella propria circoscrizione"). Anche la promozione di "forme di raccordo con i sistemi logistici retro portuali e interportuali" (nuova lettera *f*) dell'art. 6, c. 4), ancorché non menzionata dal testo previgente, doveva ritenersi implicita nell'attività di un'Autorità portuale, come facoltà inerente all'autonomia di quest'ultima, anche in considerazione dell'evidente analogia con l'attività contemplata dall'art. 6, c. 6, secondo periodo, oggi abrogato.

⁹³ La qualificazione ha insomma il fine di assoggettare le Autorità di sistema portuale alla disciplina del personale dettata dal d.lgs. n. 165 del 2001, sebbene limitatamente ai principi da questo dettati al Titolo I, a quelli relativi alle procedure per il reclutamento del personale (art. 35, c. 3) e al conferimento di incarichi.

⁹⁴ V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1991, *ad vocem*.

nomicità degli enti portuali ha acquisito importanza ed è stata discussa sotto la vigenza dell'impianto originario della legge n. 84 del 1994⁹⁵.

La tesi della non economicità non si rivela convincente nemmeno guardando alle funzioni che la dottrina ha considerato di regolazione finalistica.

Sotto questo profilo, il paradigma normativo delle competenze dell'Autorità non impone a quest'ultima di tener conto in via diretta di interessi ulteriori rispetto all'incremento dei traffici nello scalo e, più in generale, all'economica gestione degli spazi e delle risorse di cui essa dispone: pertanto, se i parametri di efficienza dettati dalla legge sono definibili come valori puramente economici, misurabili *dall'interno* del singolo scalo, rispetto a essi sfuma ogni distinzione tra quello che è l'interesse proprio della gestione imprenditoriale di un'infrastruttura e quello che, da parte di chi qualificava già l'Autorità portuale come ente non economico, è inteso come un interesse ulteriore (e pubblico).

Se anche, insomma, lo spirito che ha animato l'attribuzione di competenze pianificatorie e programmatiche (e, in via strumentale, promozionali) alle Autorità portuali fosse in sé qualificabile come un interesse pubblico, ciò non consentirebbe comunque di riferire all'attività svolta dagli enti una natura non economica, operando una tanto diretta, quanto gratuita identificazione tra la *ratio* della legge e il tipo giuridico di attribuzione rimessa al soggetto che essa istituisce. Occorrerebbe, al contrario, tenere conto del fatto che il metodo attraverso il quale la legge vuole che quell'interesse sia perseguito è la massimizzazione delle utilità ricavabili dall'infrastruttura da parte dell'ente.

⁹⁵ D'altro canto, nella misura in cui il problema dell'economicità degli enti portuali corrisponde a quello della qualificazione, come regolatoria o imprenditoriale, dell'attività dai medesimi svolta, la sua soluzione va ricercata nell'analisi dei caratteri sostanziali attribuiti dalla legge a tale attività: se questi consentono di identificare la missione dell'Autorità in termini economici, nessun vincolo può derivare all'interprete dalla diversa qualificazione offerta, in sede definitoria, dal legislatore. Sulla non vincolatività per l'interprete delle definizioni legislative a carattere classificatorio v. C. GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in *Studi in onore di G. Pacchioni*, Milano 1938, 290 ss.; S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1/1941, 197 ss. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, 160 ss.; N. IRTI, *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, 41 ss.; il problema della vincolatività, per l'interprete, delle definizioni legali relative ai soggetti è ampiamente analizzato da P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano 2007, 414 ss. e 592 ss.; con particolare riguardo alla qualificazione normativa dell'Autorità portuale come ente pubblico non economico v. M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle autorità portuali*, cit., *passim*.

L'attività di programmazione e pianificazione di un singolo scalo svolta dall'amministrazione a esso preposta si pone, del resto, solo all'appendice di un disegno di rete che, in virtù della legislazione dell'Unione europea e dell'ordinamento interno, abbraccia l'intero sistema integrato dei trasporti: mentre gli scopi della pianificazione generale (europea e nazionale) delle infrastrutture trasportistiche sono definiti in un'ottica e in ossequio a criteri macro-economici, gli obiettivi della gestione strategica di un singolo scalo sono elaborati in prospettiva micro-economica e si traducono in un'azione massimizzatrice che può tendenzialmente entrare in contrasto con le esigenze di adeguato e bilanciato potenziamento delle reti di trasporto.

Un differente inquadramento giuridico dell'amministrazione portuale rispetto a quella di ente pubblico economico sarebbe insomma giustificato, sotto questo profilo, solo se la pianificazione generale rappresentasse la risultante degli strumenti di piano elaborati presso ciascuna delle sotto-componenti infrastrutturali e solo se, per legge, fossero questi ultimi a doversi far carico della *vision* sistematica del sistema integrato dei trasporti. Al contrario, per l'ordinamento vigente, gli atti di definizione della rete generale rappresentano un *prius* rispetto alla pianificazione di singoli nodi o segmenti di corridoio: essi sono uno strumento ideato, insomma, per limitare e indirizzare quest'ultima⁹⁶.

Non mina la correttezza di questa ricostruzione il fatto che, a differenza delle sopresse Autorità portuali, l'AdSP introdotta dal legislatore del 2016 annoveri tra le proprie competenze la pianificazione e la programmazione delle opere di un ambito spaziale più esteso (che la legge

⁹⁶ Tale impostazione è oggi avvalorata dal rilancio della pianificazione generale dei trasporti e della logistica, di cui sono espressione non solo l'introduzione del PSNPL, ma anche le scelte operate dal nuovo Codice dei contratti pubblici: quest'ultimo ha posto al centro della disciplina delle "infrastrutture prioritarie" il Piano generale dei trasporti e della logistica (art. 201) e ha abrogato la c.d. legge obiettivo (art. 217, comma 1, lettera *d*), eliminando la possibilità, da quella consentita, di derogare alle previsioni del PGTL mediante il riconoscimento di carattere "strategico" a singole opere ivi non contemplate. Non si intende, ovviamente, sostenere che la pianificazione generale dei trasporti debba essere indifferente alla strategia economica del singolo scalo; in questo senso è anzi apprezzabile la modifica introdotta all'art. 8, c. 3, lett. *i*), dall'art. 10 del d.lgs. n. 169 del 2016 che prevede la necessaria partecipazione del presidente dell'AdSP "alle sedute del CIPE aventi ad oggetto decisioni strategiche per il sistema portuale di riferimento". Tuttavia, non pare che a questa partecipazione possa essere attribuito un valore diverso e ulteriore rispetto a quello proprio della partecipazione di uno *stakeholder* a un processo decisionale pubblico di proprio interesse.

definisce, con enfasi, “sistema”)⁹⁷. Questo sistema, infatti, non è che la *summa* di risorse che costituivano la dotazione aziendale delle dismesse Autorità portuali.

Riuniti sotto la guida unitaria di un numero minore di enti, i singoli scali saranno forse gestiti in modo più efficiente e razionale, ma non per questo la loro amministrazione potrà essere considerata altro rispetto a una gestione economica; il mutamento di *governance* mira, al contrario, proprio a fare di quell’efficienza e di quella razionalità componenti dell’interesse individuale dell’AdSP.

⁹⁷ Ai sensi dell’art. 5 l. n. 84 del 1994, come modificato dall’art. 6 del d.lgs. n. 169 del 2016, nei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali delle AdSP “l’ambito e l’assetto complessivo dei porti costituenti il sistema, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all’attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie, sono delimitati e disegnati dal piano regolatore di sistema portuale, che individua, altresì, le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate”. Dalla definizione dell’oggetto della pianificazione ci si avvede che i sistemi affidati alla guida delle nuove Autorità sono cosa ben diversa dai sistemi ideati dai Piani generali dei trasporti succedutisi a far data dal 1986: mentre questi ultimi rappresentavano ambiti di pianificazione integrata tra i diversi elementi infrastrutturali delle reti di trasporto, i nuovi sistemi sono semplicemente una aggregazione di infrastrutture portuali, e a queste infrastrutture continuano a essere limitate le competenze dell’ente gestore.

SAGGI

Cristina Fraenkel-Haeberle - Flaminia Aperio Bella

GLI “ORGANI DI RICORSO” SULL’AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI TRA DIRITTO UE E PRATICHE NAZIONALI: LA VERGABEKAMMER E IL PARERE PRECONTENZIOSO ANAC

SOMMARIO: 1. Introduzione. – PARTE I: 2. Il diritto dei contratti pubblici in Germania: una premessa. – 3. Segue. La dicotomia tra appalti sotto e sopra la soglia comunitaria. – 4. Qualificazione giurisprudenziale dei ricorsi in materia di appalti e interpretazione della Commissione europea. – 5. Gli organi di ricorso specializzati in materia di appalti sopra la soglia comunitaria. – 6. Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente. – 7. Considerazioni di sintesi. – PARTE II: 8. L’apertura dell’ordinamento italiano verso forme facoltative di tutela non giurisdizionale: il parere precontenzioso ANAC. – 9. Le caratteristiche del parere precontenzioso ANAC ai sensi dell’art. 211, c. 1 e del Regolamento ANAC. – 10. Segue: Il rapporto con il contenzioso giurisdizionale nella giurisprudenza e nell’analisi dei pareri dell’Autorità. – 11. Il confronto.

1. *Introduzione*

Il diritto dei contratti pubblici rappresenta un settore strategico per la realizzazione del mercato unico europeo e per la piena attuazione, attraverso la tutela della concorrenza, delle libertà fondamentali sancite dai Trattati. Ciò spiega per quale ragione le procedure di affidamento delle commesse pubbliche sono state tradizionalmente oggetto di incisiva regolazione da parte del legislatore dell’Unione¹.

¹ Come noto, la prima direttiva sostanziale in materia di appalti pubblici di lavori risale al 1971 (dir. 71/305/CEE recante il *coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, modificata dalla dir. 78/669/CEE), in materia di forniture al 1977 (dir. 77/62/CEE recante il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, affiancata dalla dir. 80/767/CEE, poi entrambe modificate dalla dir. 88/295/CEE), mentre la regolamentazione dei settori dell’acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, gas, poi poste, originariamente esclusi dalla disciplina uniforme, si deve alle direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE. La materia delle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è stata poi disciplinata dalle direttive 17/2004/CE (per i settori ordinari) e 18/2004/CE (per i settori speciali), recepite

Il grado di integrazione europea in tale ambito ha condotto a una significativa erosione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri² e all'emanazione, a partire dalla fine degli anni '80, di tre direttive sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (cc.dd. direttive ricorsi), finalizzate a introdurre strumenti processuali effettivi e armonizzati per garantire il rispetto delle direttive sostanziali “*in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette*” (dir. 89/665/CEE, affiancata dalla dir. 92/13/CEE per i settori speciali, entrambe modificate dalla dir. 2007/66/CE)³. L'ingerenza del legislatore sovranazionale in materia processuale si spiega in ragione della circostanza, ben presto avvertita dalle Istituzioni comunitarie, che l'assenza di rimedi uniformi volti a evitare la stipula di contratti basati su aggiudica-

in Italia con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Giunte alla loro naturale scadenza a dieci anni dalla relativa emanazione, le direttive 2004 sono state sostituite dal c.d. pacchetto direttive 2014 che affianca alla regolamentazione delle procedure di affidamento nei settori ordinari (dir. 24/2014/UE) e speciali (dir. 25/2014/UE) quella delle concessioni (23/2014/UE), recepite in Italia con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

² Il principio di “autonomia procedurale”, la cui consistenza è stata approfonditamente indagata in dottrina (D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino 2009), è stato definito con sempre maggiore chiarezza dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e descrive la scelta “autonoma”, riconosciuta agli Stati membri, dei mezzi finalizzati a garantire l'effettività del diritto comunitario (oggi UE). La vigenza del principio si ricava solo in via indiretta dalle norme del Trattato, analizzate nel prisma del concetto delle cc.dd. competenze di attribuzione (art. 5 TUE), che non assegnano all'Unione la competenza in materia procedurale, pur attribuendo agli Stati membri l'obbligo di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori coperti dal diritto UE (art. 19, par. 1 TUE). In dottrina di recente cfr. O. DUBOS, *The Origins of the Proceduralisation of EU Law: a Grey Area of European Federalism*, in *Rew. Europ. Admin. Law*, 8, 2015, 7 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela. La disciplina nazionale tra autonomia processuale e limiti imposti dal diritto europeo*, Torino 2017; sulla frequente convergenza tra il principio di autonomia procedurale e quello di autonomia istituzionale cfr. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Torino 2017.

³ Per una puntuale indicazione delle vicende modificative che hanno interessato le cc.dd. direttive ricorsi cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici* in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (diretto da) *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino 2004, 45 ss.. Merita evidenziare che la direttiva 2007/66 invoca peraltro espressamente il principio dell'autonomia procedurale, affermando di rispettarlo limitando il proprio intervento a quanto necessario per conseguire l'obiettivo di “*migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE*”: obiettivo che non può essere realizzato in misura sufficiente degli Stati membri, mentre può meglio essere perseguito dall'intervento in sussidiarietà della Comunità ex art. 5 TUE, in ottemperanza al principio di proporzionalità.

zioni illegittime finiva per pregiudicare la tenuta della disciplina sostanziale⁴, rendendo imprescindibile garantire un livello minimo e uniforme di tutela anche nell’ambito delle procedure di ricorso⁵. È significativo che lo stesso legislatore sovranazionale abbia “motivato” il proprio intervento nella materia *de qua* sul rilievo che i meccanismi esistenti non sempre permettevano di garantire il rispetto delle disposizioni sostanziali “*in particolare in una fase in cui le violazioni po[tevano] ancora essere corrette*” (i.e. prima della stipula, 2° considerando dir. 89/665 cit.) e che per il raggiungimento concreto dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria era necessario disporre di “*mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto*”, ciò proprio in quanto “*l’assenza o l’insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell’autorità aggiudicatrice interessata*” (3° considerando dir. 89/665 cit.).

In coerenza con lo strumento di legislazione derivata prescelto dal legislatore sovranazionale (la direttiva), gli Stati membri hanno goduto di un certo margine di scelta nella definizione del proprio sistema rimediale. Uno dei profili rimessi alla legislazione nazionale atteneva proprio alla natura degli “organi di ricorso” incaricati di garantire il rispetto del diritto dei contratti pubblici: le direttive hanno infatti contemplato la possibilità che tali organi non avessero natura giurisdizionale, imponendo all’uopo

⁴ Già nella comunicazione al Consiglio dei Ministri del 19 giugno 1986 la Commissione rappresentava l’esigenza di uniformare la disciplina dei ricorsi proposti contro le violazioni del diritto comunitario sugli appalti, sottolineandone il carattere necessario e propedeutico alla liberalizzazione del mercato europeo. In quella sede la Commissione evidenziava che il parziale fallimento delle direttive sino a quel momento emanate (nn. 71/305 e 78/669 per i lavori e nn. 77/62 e 80/767 per le forniture) era da attribuire alla violazione di una serie di obblighi (di pubblicità, ricorso a procedure concorrenziali ecc.), che, in assenza di sistemi di tutela uniformi per evitare la stipula di contratti basati su aggiudicazioni illegittime, non poteva essere efficacemente combattuta.

⁵ Per una ricostruzione in chiave storica delle vicende che hanno preceduto l’emanazione delle direttive ricorsi M. PROTTO, *L’effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti: studio sull’influsso dell’integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano 1997; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2009, LXI-LXIV; ID. *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *federalismi.it*, 7/2008; sul recepimento della direttiva 66/2007 cfr. G. GRECO (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano 2010. Di recente cfr. anche M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli 2013.

una serie di accortezze sul contenuto motivazionale, sull'impugnabilità delle decisioni assunte e sull'indipendenza dei componenti, garantita da particolare regole di nomina (cfr. artt. 2, c. 8 dir. 89/665/CEE e 2, c. 9 dir. 92/13/CEE a seguito della dir. 2007/66/CE)⁶.

In Germania, con specifico riferimento alle controversie che superano la soglia di valore determinata a livello UE (cc.dd. contratti sopra soglia), il legislatore ha attuato le previsioni delle direttive mettendo in campo un interessante sistema di rimedi che comprende la *Vergabekammer* ("Camera degli appalti"), organo di ricorso non giurisdizionale specializzato, competente a giudicare in prima istanza. Come sarà ampiamente illustrato nelle pagine che seguono, la Camera, composta da membri togati e "laici", accomunati da una comprovata specializzazione nella materia dei contratti pubblici, si pronuncia attraverso provvedimenti amministrativi (*Verwaltungsakte*), soggetti a impugnazione giurisdizionale immediata in Corte d'appello (*sofortige Beschwerde*). La procedura innanzi alla *Vergabekammer* (artt. 155 ss. legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB) è sovrapponibile a quella applicata dagli organi giurisdizionali: la Camera adotta tutte le misure adeguate per porre rimedio alle violazioni lamentate dal ricorrente e per evitare la lesione degli interessi coinvolti (art. 168 GWB); la proposizione del ricorso ha effetto sospensivo automatico (art. 169, c. 1 GWB) salvo che sia disposto altrimenti (art. 169, c. 2 GWB).

Nell'ambito della legislazione italiana, in cui la Costituzione ha affidato alla giurisdizione la tutela dei diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.) e la garanzia contro tutti gli atti della p.A., (art. 113 Cost.), sancendo al contempo il divieto di istituire giurisdizioni speciali (102, c. 2 Cost.), le procedure di ricorso "*in materia d'aggiudicazione degli appalti*" sono state

⁶ Tali ultima disposizioni prevedono che "*Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso.*

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni previa procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti".

coerentemente affidate al giudice amministrativo (cfr. d.lgs. 163/2006 e le modifiche a esso apportate dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53)⁷, secondo il rito oggi disciplinato agli artt. 120 ss. c.p.a.

Tale scelta di fondo è (evidentemente) rimasta invariata, sebbene con l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) il legislatore abbia riconosciuto all’ANAC un ruolo (sia pure facoltativo e accessorio) nel sistema delle tutele.

Tale novità legislativa, tutta interna alla realtà italiana, offre un’occasione per tornare a guardare, in un’ottica rinnovata, alle soluzioni elaborate dall’ordinamento tedesco, per tradizione più aperto verso rimedi amministrativi di risoluzione delle controversie⁸, al fine di trarne spunti di osservazione e riflessione.

Nelle pagine che seguono si procederà a una *overview* dei rimedi predisposti dall’ordinamento tedesco per far fronte alle esigenze di tutela rappresentate dal legislatore dell’Unione, prestando particolare riguardo agli organi di ricorso specializzati in materia di appalti sopra la soglia comunitaria, cui seguirà un approfondimento sull’istituto del parere di precontenzioso ANAC (come disciplinato all’art. 211, comma 1^o, d.lgs. n. 50/2016), nel tentativo di trarre dalla comparazione tra i due ordinamenti analogie e differenze.

⁷ Rubricato “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti” e recante la modifica delle disposizioni processuali già contenute nel d.lgs. n. 163/2006, poi in larga parte confluite nel d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo (di seguito c.p.a.). In dottrina, sulle ragioni poste a fondamento di questa scelta cfr. M.P. CHITI, *Le misteriose “sanzioni alternative” nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell’ingerenza dell’Unione europea nel diritto processuale*, in G. GRECO (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 165 ss..

⁸ Sul punto cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, Napoli 2015, 59 ss. nonché U. STELKENS, *Administrative Appeals in Germany*, in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.) *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Berlin-Heidelberg 2014. Sul tema più generale dell’“europeizzazione” del diritto amministrativo tedesco cfr. K.P. SOMMERMANN, *Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht*, in J. SCHWARZE (ed.), *L’ état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles 2010, 191 ss. Per un’analisi comparata delle tutele procedimentali cfr. già A. MASSERA (a cura di) *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007; M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO, *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna 2009.

⁹ Come meglio si illustrerà *infra*, il “primo decreto correttivo” al nuovo Codice (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57 in G.U. n. 103 del 5 marzo 2017) ha disposto l’abrogazione del comma 2 dell’art. 211 d.lgs. n. 50/2016.

PARTE I

2. *Il diritto dei contratti pubblici in Germania: una premessa*

Il diritto degli appalti si presta in modo particolare alla comparazione giuridica, essendo un settore le cui strutture e i cui procedimenti risultano agevolmente sovrapponibili soprattutto nel contesto europeo, ove sono stati ampiamente uniformati dall'impatto delle sopraccitate direttive comunitarie. Si tratta inoltre di un ambito che riveste un'enorme rilevanza anche in un'ottica macroeconomica, considerando che, secondo i dati pubblicati dalla Commissione nel 2015, i contratti pubblici movimentavano circa il 15% PIL in Europa¹⁰. Gli appalti sono uno strumento essenziale per garantire sia la realizzazione del mercato unico europeo sia il principio della libera concorrenza e della non discriminazione, previsti dai Trattati.

Notoriamente l'art. 288, c. 3 TFUE vincola gli Stati nella trasposizione delle direttive in relazione agli obiettivi da raggiungere e non alla forma e agli strumenti da utilizzare. Il legislatore tedesco con riguardo alla tutela giurisdizionale in materia di appalti sopra la soglia comunitaria, diversamente da quello italiano, ha optato per un percorso involgente il giudice ordinario e escluso l'intervento del giudice amministrativo. L'attività della stazione appaltante è, infatti, considerata in Germania inerente all'amministrazione fiscale (*fiskalische Verwaltung*)¹¹, viene cioè ricondotta nell'alveo del diritto privato e attratta nella giurisdizione civile. Si parte dal presupposto che lo Stato e gli enti pubblici si presentino sul mercato come un qualsiasi operatore economico. In sintesi si ritiene

¹⁰ Commissione UE, *Public Procurement Indicator*, dati 2015; disponibile per il download all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/.

¹¹ Il termine *fiscus*, inteso in senso etimologico, originariamente indicava la cassa e il tesoro privato dell'imperatore romano, distinguendosi dal concetto di *aerarium*, che invece denotava le risorse destinate alla collettività (cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, XIX ed., München 2017, § 2, Rn. 4). Questa distinzione si spiega considerando che nella sua classica formulazione la *Fiskustheorie* (teoria del fisco) riconduceva allo Stato due diverse persone giuridiche, una abbinata ai poteri d'imperio dello Stato apparato, l'altra al "fisco" come depositario del patrimonio pubblico e persona giuridica di diritto privato. Questa costruzione aveva dirette implicazioni sulla tutela giurisdizionale, che era originariamente esclusa nei confronti del potere autoritativo della pubblica amministrazione, diversamente dai rapporti patrimoniali – riferiti al fisco – che erano attribuiti alla competenza del giudice ordinario (R. UERPMMANN, *Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen 1999, 127).

che il diritto degli appalti rappresenti uno strumento, come un altro, per reperire le risorse necessarie allo svolgimento di un’attività economica e che conseguentemente l’impegno contrattuale dell’amministrazione sia qualificabile come privatistico¹².

In realtà però la risposta è più articolata e viene ricondotta dalla dottrina tedesca al *Verwaltungsprivatrecht*, cioè al diritto privato a cui si sovrappone una normativa atta a salvaguardare il perseguimento di fini di interesse pubblico che tipicamente improntano l’operato della pubblica amministrazione¹³. Si tratta di un settore in bilico tra diritto comune e diritto speciale, come dimostra la normativa “ibrida” adottata in materia di “organi di ricorso”. Conseguentemente il diritto degli appalti si declina in una componente soggettiva, volta a garantire la trasparenza e la parità delle *chances* degli offerenti, ed una componente oggettiva, che traduce l’esigenza per gli enti pubblici di fare un uso parsimonioso del denaro del contribuente affidato alle loro cure (*best value for public money*)¹⁴.

Il diritto tedesco in materia di appalti – similmente a quanto è avvenuto in Italia – ha tradizionalmente privilegiato la prospettiva della stazione appaltante, interessata a un’oculata gestione della spesa pubblica. Di conseguenza la normativa sugli appalti è stata allocata internamente alla pubblica amministrazione, disciplinata dalle leggi di bilancio e sottoposta al controllo interno di organi di vigilanza. Non è stata invece originariamente finalizzata alla tutela dei concorrenti interessati ad aggiudicarsi una commessa. Lo scopo era quello di garantire una gestione snella non solo nell’interesse dell’ente pubblico, bensì anche degli offerenti privati,

¹² Un’impostazione analoga è riscontrabile nell’ordinamento austriaco per un’analisi del quale sia consentito rinviare a C. FRAENKEL-HAEBERLE, A. CASSATELLA, *Forme di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici in Austria in attuazione della direttiva 66/2007/CE*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 183 ss.

¹³ Per una ricostruzione dogmatica del concetto cfr. per tutti U. STELKENS, *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Berlin 2005; in merito all’elasticità dei confini tra diritto pubblico e diritto privato si veda M. RUFFERT, *The Public-Private Law Divide. Potential for Transformation*, London 2009. Anche nel diritto italiano si distingue tra “attività amministrativa di diritto privato”, ove si seguono discipline differenziate rispetto a quelle operanti nei rapporti interprivati e “attività privata delle amministrazioni pubbliche”, ove le pubbliche amministrazioni operano unicamente come soggetti di diritto comune in un ambito di gestione esclusivamente patrimoniale (Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2012, 22).

¹⁴ M. BURGI, *Vergaberecht*, München 2016, § 2, Rn. 31. Sul principio di concorsualità che permea la normativa comunitaria cfr. anche R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2004, 18 ss..

per i quali farraginose procedure di riesame sono suscettibili di rappresentare un gravoso fattore di costo¹⁵. Su questa normativa si è innestata, sopra la soglia comunitaria, una regolamentazione improntata alla parità delle *chances* e alla tutela della concorrenza tra gli operatori economici. I due modelli tuttora convivono nell'ordinamento tedesco, comportando una vera e propria cesura sistematica tra la gestione degli appalti sopra e sotto la soglia comunitaria, cioè tra la normativa emanata sulla spinta del diritto europeo e le situazioni rimaste disciplinate dal diritto nazionale¹⁶.

3. *Segue. La dicotomia tra appalti sotto e sopra la soglia comunitaria*

Come anticipato, l'implementazione delle direttive sugli appalti è stata effettuata centralmente dalla legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*)¹⁷ e quindi inserita nella normativa prevista per contrastare la formazione di cartelli. Unicamente sopra la soglia comunitaria la Federazione ha esercitato la propria competenza legislativa “concorrente” che, ai sensi dell'art. 72, c.1 della Legge Fondamentale (L.F.), rende cedevole la legislazione dei *Länder*, comportando l'introduzione di una normativa unitaria a livello

¹⁵ C.F. GERMELMANN, *Die Vergabekammern im System vergaberechtlichen Rechtsschutzes*, in *DÖV*, 2013, 52.

¹⁶ Sia consentito rinviare a C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco: nuovo trionfo dell'ortodossia nazionale*, in *Il dir. dell'econ.*, I-2008, 153 ss. Originariamente nell'ordinamento prussiano il diritto degli appalti era stato inserito all'interno del diritto di bilancio, essendo preordinato a consentire allo Stato e agli enti pubblici di reperire beni e servizi sul mercato alle condizioni più favorevoli. Negli anni '20 e '30 del secolo scorso è stata poi istituita un'apposita commissione tecnica, che riuniva rappresentanti dello Stato e delle parti sociali e aveva lo scopo di elaborare un'apposita normativa contenente la regolamentazione delle procedure di appalto (*Verdingungsordnung*), a cui poi le norme di bilancio hanno sempre rinviato. Si trattava della “*Verdingungsordnung für Bauleistungen*” (VOB), nonché della “*Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen*” (VOL). Si veda sul punto M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 2, Rn. 2. Nel 2016 si è aggiunto un regolamento sulle concessioni (*KonzVO*).

¹⁷ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 26.08.1998, come modificata dalla legge 20 aprile 2009 (*Gesetz zur Modifizierung des Vergaberechts*) con cui è stata attuata la direttiva ricorsi 2007/66/CE, ora nel testo pubblicato il 26 giugno 2013 (BGBl. I p. 1750, 3245), da ultimo modificato dall'art. 95 della l. del 29 marzo 2017 (BGBl. I p. 626). Nel 2016 la legge ha recepito le modifiche introdotte dalle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE. Cfr. M. BURGI, *Public Procurement Law in the Federal Republic of Germany*, in *Ius Publicum*, I-2012, http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/09_02_2012_9_43_Burghi.pdf.

nazionale¹⁸. Tale potere legislativo non è stato invece esercitato nei confronti degli appalti sotto soglia che risultano tuttora caratterizzati da una legislazione frammentaria e diversificata che varia da un *Land* all’altro.

Il 1998 ha rappresentato un anno di svolta per il diritto degli appalti in Germania. Da allora al di sopra delle soglie europee è stato riconosciuto agli offerenti non aggiudicatari o che avessero comunque subito un pregiudizio nell’ambito delle procedure di appalto, un diritto soggettivo all’osservanza delle prescrizioni contenute nella legge di modifica del diritto degli appalti (*Vergaberechtsänderungsgesetz*)¹⁹, entrata in vigore nel 1999. Questa novella legislativa ha introdotto una quarta sezione, dedicata agli appalti nella legge contro le restrizioni della concorrenza (GWB), la cui ultima modifica (*Gesetz zu Modernisierung des Vergaberechts – VergRModG*)²⁰ è entrata in vigore nel 2016²¹. Prima di tale novella legislativa operavano in materia di appalti unicamente organi amministrativi di riesame (“*Vergabeprüfstellen*” e in seconda istanza a “*Vergabeüberwachungsausschüsse*”), istituiti presso l’ufficio federale dei cartelli e nei *Länder*²². Dopo il 1998 tali organi di controllo divengono facoltativi e perdono sostanzialmente la loro ragion d’essere.

La legge contro le restrizioni della concorrenza rinvia a sua volta in un processo definito “a cascata” ad un regolamento (*Vergabeverordnung – VgV*)²³ che funge da cerniera nei confronti delle norme tecniche VOB/A (sui lavori), VOL/A (sulle forniture), a cui il regolamento rinvia²⁴. Il siste-

¹⁸ Tale competenza è stata basata sull’art. 74, c. 1, n. 11 (diritto dell’economia) e n. 16 L.F. (prevenzione dell’abuso di una posizione dominante in ambito economico), nonché sull’art. 109, c. 4 L.F. (principi comuni del diritto di bilancio).

¹⁹ Legge del 10 dicembre 1998, BGBl. I, p. 3513.

²⁰ Legge del 31 maggio 2016, BGBl. I, p. 1189.

²¹ Per il testo aggiornato e commentato della legge con indicazione delle modifiche inserite nel disposto normativo nel 2016 si rinvia a R. LEY, *Das neue Vergaberecht*, Heidelberg 2016; cfr. anche M. BURGI, *Europa- und verfassungsrechtlicher Rahmen der Vergaberechtsreform*, in *VergabeR*, 2016, 261; M. VON WIETERSHEIM, *Aufbau und Struktur des neuen Vergaberechts*, in *VergabeR*, 2016, 269; J. ZIEKOW, U.C. VÖLLINK, *Vergaberecht Kommentar*, III ed., München 2017 (in fase di pubblicazione).

²² C.F. GERMELMANN, *Die Vergabekammern im System vergaberechtlichen Rechtsschutzes*, cit., 54.

²³ Da ultimo modificato il 14 aprile 2016 (*Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts – VergRModVO*), BGBl. I, 624.

²⁴ A partire dal 18.11.2009 erano previste per gli appalti sopra soglia anche le norme tecniche VOF sulle prestazioni di servizi libero professionali (ad esempio di architetti, consulenti e avvocati), che dal 18.4.2016 sono state inglobate nel regolamento sugli appalti (VgV). Le sezioni 5 (concorsi di progettazione) e 6 (disposizioni particolari per

ma viene anche definito a “cassetti”²⁵, poiché, allo scopo di ottemperare alla normativa comunitaria, le norme tecniche sulle procedure di appalto vengono suddivise in due sezioni (VOB/A, VOB/B; VOL/A e VOL/B). Nella prima viene riportata la normativa di base (*Basisparagrafen*) valevole per tutte le procedure di appalto, nella seconda la normativa applicabile unicamente sopra la soglia comunitaria²⁶.

Già questo è un indizio della dicotomia che tuttora percorre in filigrana il diritto degli appalti. Unicamente sopra la soglia comunitaria risulta applicabile la legge contro le restrizioni della concorrenza, mentre al di sotto della stessa continuano a trovare attuazione le leggi di bilancio della Federazione e dei *Länder*. Questo è il motivo per cui il diritto degli appalti sopra la soglia europea è denominato “*Kartellvergaberecht*”, essendo disciplinato unitamente alla normativa elaborata per contrastare i cartelli.

Attualmente il 90% degli appalti non raggiunge la soglia comunitaria²⁷. Sotto tale soglia non si applicano né la legge contro le restrizioni della concorrenza (GWB), né il regolamento sugli appalti (VgV). La Federazione ha adottato una disciplina che regola l'attività degli uffici federali, mentre la normativa degli appalti a livello dei *Länder* e dei Comuni è affidata agli stessi *Länder*. In questo ambito viene in rilievo l'*Haushaltsvergaberecht*, cioè il “diritto di bilancio degli appalti”, così denominato perché il suo scopo primario è quello di garantire l'integrità del patrimonio pubblico²⁸. Esso è disciplinato dalla legge federale sui principi di bilancio (*Haushaltsgrundsatzgesetz*) che prevede un “obbligo generale di bandire una gara, salvo ipotesi eccezionali”²⁹. Assumono eminente rilievo in questo ambito i principi di economicità (*Wirtschaftlichkeit*), con cui s'intende l'ottimizzazione tra l'impiego di risorse e il risultato auspicato, e il principio di parsimonia (*Sparsamkeit*) che impone un uso oculato del denaro pubblico³⁰. Tali prescrizioni sono concre-

l'assegnazione di incarichi di architettura e ingegneria) di tale regolamento contengono ora norme specifiche su questi particolari prestatori di servizi.

²⁵ M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 4, Rn. 14.

²⁶ *IBID*, § 2, Rn. 4.

²⁷ H. EIERMANN, *Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenaachprüfungsverfahren*, in NZBau, 2016, 19.

²⁸ F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 265 ss.

²⁹ *Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsatzgesetz - HGrG)* del 19 agosto 1969 (BGBl. I p. 1273), da ultimo modificato dall'art. 1 della l. del 15 luglio 2013 (BGBl. I p. 2398), § 30.

³⁰ § 7, c. 1 BHO.

tizzate a livello federale dalla *Bundeshaushaltsordnung* (ordinamento di bilancio federale)³¹ che, essendo una norma amministrativa, dispiega i propri effetti unicamente all'interno dell'amministrazione. Il diritto di bilancio si compone degli ordinamenti di bilancio della Federazione e dei *Länder* che però ricalcano pedissequamente la normativa federale³². Essi rinviano a loro volta alle "Basisnormen" contenute nelle norme tecniche VOB/A e VOL/A che assumono così il rango di norme amministrative vincolanti. Le norme di bilancio, e quindi anche quelle riferite agli appalti sotto soglia, rientrano nel diritto interno dello Stato e non producono effetti nei confronti dei cittadini, non attribuendo loro sostanzialmente diritti soggettivi³³.

Le procedure di riesame sotto la soglia europea sono affidate ad appositi organi interni di controllo (*Nachprüfungsstellen*)³⁴ con verifica estesa al merito. Si tratta di un'ordinaria attività di autotutela, in cui l'amministrazione agisce in maniera autonoma e unilaterale e ove l'interessato è tutelato solo indirettamente e di riflesso, rispetto ai fini di interesse pubblico perseguiti dall'amministrazione. Si prescinde quindi dalla do-

³¹ A livello federale viene in rilievo la *Bundeshaushaltsordnung* (BHO) del 19 agosto 1969 (BGBl. I, p. 1284, da ultimo modificata dalla l. del 15 luglio 2013 (BGBl. I, p. 2395). Sono previste unicamente le tre procedure tradizionali dell'asta pubblica, della licitazione privata e della trattativa privata, anche se è data la preferenza all'asta pubblica (§ 55, c. 2 BHO), di cui le altre due procedure rappresentano l'eccezione e per l'uso delle quali è previsto un obbligo di motivazione (§ 55, c. 1 BHO). Altra differenza nel diritto degli appalti sotto soglia è che questo si rivolge unicamente alla committenza pubblica nel senso classico istituzionale (enti territoriali ai sensi del § 99, c. 1 GWB) e non ai committenti pubblici in senso "funzionale", cioè ai committenti privati che esercitino pubbliche funzioni, tra cui rientrano i concessionari di pubblici servizi o gli organismi di diritto pubblico, come previsto sopra la soglia comunitaria (§ 99 c. 2 GWB). Vi sono leggi sugli appalti dei *Länder* che però effettuano un'estensione, anche se di diversa portata, del concetto "funzionale" di committenza anche agli appalti sotto soglia (T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, cit., 10).

³² Essendo la legislazione di bilancio molto poco articolata in relazione al diritto degli appalti, sono state emanate in questo ambito norme amministrative aventi carattere interpretativo. A livello federale viene in rilievo la *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung* (VV-BHO) che rinvia a sua volta alla prima sezione della VOB/A e della VOL/A (*Basiparagraphen*). Così in T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, cit., 8. Cfr. Anche K. KAPPELMANN, B. MESSERSCHMIDT, *VOB Teile A und B – Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV)*, V ed., München 2015.

³³ Si vedano sul punto M. GROSS, in C. GRÖPL (a cura di), *BHO/LHO – Staatliches Haushaltsrecht*, München 2011, § 55 BHO; E. PACHE, in H. PÜNDE, M. SCHELLENBERG (a cura di), *Vergaberecht*, II ed. Baden-Baden 2015, § 55 BHO; C. ZEISS, *Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte*, Köln 2015.

³⁴ § 21 VOB/A.

manda di parte e da un vero contraddittorio e non viene previsto un periodo dilatorio (*standstill*) tra la comunicazione della decisione di aggiudicare l'appalto (*Vergabeentscheidung* o *Zuschlag*) e l'aggiudicazione vera e propria con stipula del contratto (*Vertragsabschluss*), e nemmeno la sospensione automatica dell'aggiudicazione in caso di proposizione di un ricorso. Inoltre pure le Corti dei conti della Federazione e dei *Länder* estendono il loro potere di riesame all'osservanza della normativa sugli appalti³⁵. Anche sotto soglia è previsto un obbligo di previa informazione dell'offerente non aggiudicatario³⁶, ma non con la funzione di assicurare la tutela giurisdizionale, bensì con quella di dare alle imprese concorrenti la possibilità di partecipare ad altre gare. Non è prescritta l'inefficacia del contratto in caso di violazione di tale obbligo³⁷ e nemmeno dello *standstill*, né l'ampio diritto di accesso alla documentazione di gara garantito negli appalti sopra soglia, oppure la sospensione automatica della gara in caso di ricorso, anche se possono essere attivate le misure cautelari previste dal codice di procedura civile³⁸.

4. *Qualificazione giurisprudenziale dei ricorsi in materia di appalti e interpretazione della Commissione europea*

Risalgono a circa dieci anni fa due pronunce assai discusse, una del Tribunale costituzionale federale³⁹ e una del Tribunale amministrativo federale⁴⁰, intervenute in guisa di un'*actio finium regundorum* allo scopo

³⁵ § 89 BHO (T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, cit., 26).

³⁶ § 19 VOL/A o VOB/A.

³⁷ T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, cit., 25.

³⁸ § 940 ZPO (M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 26, Rn. 4). Si applica qui per analogia il § 1004 BGB (azione inibitoria a difesa della proprietà), sempre che il ricorrente venga tempestivamente informato dell'aggiudicazione. La normativa varia da *Land* a *Land*.

³⁹ Ordinanza del 13 giugno 2006, 1 BvR 1160/03, cosiddetta *Schwellenwertentscheidung*, cioè decisione sul valore della soglia; cfr. M. KNAUFF, *Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie*, in *NVwZ*, 5/2007, 546; B. SPIESSHOFER, C. SELLMANN, *Rechtsschutz im „Unterschwellenbereich“ - zur begrenzten Tragweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *VergabeR*, 2/2007, 159; F. WOLLENSCHLÄGER, *Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determinanten*, in *DVBl*, 5/2007, 589; M. NIESTEDT, F. J. HÖLZL, *Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte*, in *NJW*, 51/2006, 3680.

⁴⁰ Ordinanza del Tribunale amministrativo federale (BVerwG 2 maggio 2007 – 6 B 10.07), cosiddetta *Rechtswegentscheidung*, cioè decisione in materia di giurisdizione. Cfr. C. ANTWEILER, *Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte*, in *Ver-*

di delimitare la tutela giurisdizionale negli appalti sopra e sotto la soglia comunitaria, nonché di definire le modalità della tutela giurisdizionale sopra soglia.

Nella propria pronuncia del 2006 il Tribunale costituzionale federale ha statuito che sotto la soglia comunitaria vigesse una forma più blanda di tutela giurisdizionale rispetto a quanto garantito dall'art. 19, c. 4 L.F. per l'attività autoritativa della pubblica amministrazione. In questa pronuncia l'appalto non è stato qualificato dal Tribunale costituzionale come un atto di un pubblico potere contro cui è assicurata in modo indefettibile e incondizionato la tutela giurisdizionale. Qui il singolo non si rapporta allo Stato in una posizione di subordinazione e di dipendenza, visto che l'ente pubblico si presenta sul mercato come un qualsiasi operatore economico. Il limite è rappresentato dal principio di uguaglianza, costituzionalmente garantito all'art. 3 L.F., e quindi dal divieto di aggiudicazioni arbitrarie (*Willkürverbot*). Tale principio è da intendersi anche in relazione alla prassi amministrativa generalmente in uso. Esso si concreta in un'autolimitazione dell'amministrazione (*Selbstbindung der Verwaltung*), tenuta a tenere un comportamento coerente nel tempo, e garantisce la parità di trattamento non solo in una stessa procedura selettiva, bensì anche rispetto alle esperienze pregresse. Dal principio dello Stato di diritto (art. 20 c. 3 L.F.) il Tribunale costituzionale federale ha però comunque implicitamente ricavato un diritto all'effettività della tutela giurisdizionale (*allgemeiner Justizgewährungsanspruch*), applicabile a prescindere dalla natura del potere esercitato⁴¹. Il Tribunale costituzionale ha sostanzialmente privilegiato la celerità dello svolgimento degli appalti e alla massima funzionalità dell'operato della pubblica amministrazione rispetto alla tutela di posizione individuali⁴². Esso ha, in sintesi, statuito che fosse costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di

gabeR, 2/2008, 352; W. BIER, *Rechtsweg bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unter dem Schwellenwert (Anmerkung zum BVerwG-Beschluss vom 02.05.2007, Az.: 6 B 10/07)*“, in *AnwBl Beilage*, 10/2007, 213; C. HORMANN, *Zur Rechtsnatur des Vergaberechts - zugleich Entgegnung auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.5.2007, Az.: 6 B 10.07*, in *VergabeR*, 4/2007, 431; T. SIEGEL, *Die Zwei-Stufen-Theorie auf dem Rückzug - zum Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.5.2007 über den Rechtsweg in Vergabestreitigkeiten*, in *DVBl*, 2007, 942.

⁴¹ M. BURGI, *Vergaberecht*, § 4, Rn. 12. Tale interpretazione è espressione della *Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes* che impone all'amministrazione il rispetto dei diritti fondamentali, anche quando opera con gli strumenti del diritto privato.

⁴² C. FRAENKEL-HAEBERLE, G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco*, cit., 159 s.

preferire una rapida assegnazione degli appalti alla tutela degli interessi dell'offerente pregiudicato, ritenendo che gli appalti sotto la soglia comunitaria non fossero che "fenomeni di massa" e che le misure per ottenere una tutela in forma specifica potessero notevolmente appesantire l'attività amministrativa, compromettendone l'efficace gestione, a fronte di una mera chance del concorrente di risultare aggiudicatario della commessa. A tutela di tale chance è stata ritenuta sufficiente un diritto al risarcimento per equivalente, limitato al solo interesse negativo, cioè alle spese sostenute dal concorrente per partecipare alla gara, poiché esso garantisce la tutela dei diritti soggettivi, senza intralciare una procedura di evidenza pubblica.

Una successiva pronuncia del 2007, questa volta del Tribunale amministrativo federale, ha invece confermato la scelta di giurisdizione a favore del giudice ordinario in materia di appalti, ribadendo che non si era in presenza di controversie di diritto pubblico, poiché lo Stato andava considerato alla stregua di un qualsiasi operatore economico. Presupponendo che la normativa di bilancio, a cui si orienta la scelta del contraente, si compone di mere norme interne all'amministrazione, l'unico atto avente rilevanza esterna è rappresentato dalla stipula del contratto. Di conseguenza l'intera procedura risulta ascrivibile al diritto privato, motivo per cui il Tribunale amministrativo federale ha avallato la scelta operata dal legislatore. In questa prospettiva il fondamento legislativo della tutela è rappresentato dalla *culpa in contrahendo*, che nasce con l'avvio delle trattative e che genera un "contatto qualificato" tra committente e offerente. Il massimo giudice amministrativo ha invece ritenuto priva di fondamento la cosiddetta "teoria dei due gradini" (*Zweistufentheorie*)⁴³, in cui – similmente a quanto avviene in Italia – su una fase di evidenza pubblica s'innesta quella civilistica tra offerente e amministrazione. Tale ricostruzione è stata ritenuta un'artificiosa bipartizione di un unico procedimento⁴⁴.

⁴³ Teoria attribuita da H.P. IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Köln 1956, 64 ss. Si tratta di un metodo che permette di determinare la giurisdizione competente a dirimere una controversia. La teoria si applica in concomitanza con un rapporto giuridico qualificabile sia come pubblicistico sia come privatistico e viene in rilievo soprattutto nell'ambito dell'utilizzo di strutture pubbliche e dell'erogazione di sovvenzioni. Qui l'amministrazione decide innanzitutto in merito all'"an" in forma di provvedimento amministrativo. A tale determinazione segue, secondo la teoria dei due gradini, una decisione sul "quomodo", che si declina in un contratto di diritto privato.

⁴⁴ Nella massima della sentenza il Tribunale amministrativo federale ha specificato che il fatto che la scelta del contraente dovesse avvenire conformemente all'art. 3, c. 1,

Contestualmente a queste pronunce la dicotomia tra gli appalti sopra o sotto la soglia comunitaria ha spinto la Commissione europea ad emanare una comunicazione interpretativa per definire la portata del diritto europeo negli ambiti non interessati dalle direttive⁴⁵. In essa la Commissione ha affermato che anche ove gli appalti si situino sotto la soglia prevista dalle direttive europee, trovano comunque applicazione le libertà fondamentali e in particolare il principio della libera concorrenza, della trasparenza, della non discriminazione in base alla nazionalità e della tutela giurisdizionale. La Commissione ha posto in tal modo in risalto la natura costituzionale e immediatamente applicativa delle prescrizioni dei Trattati sulle libertà fondamentali⁴⁶.

Presupposto per l'applicazione delle libertà fondamentali è il carattere potenzialmente transfrontaliero della commessa, cioè il concetto di "rilevanza per il mercato interno" (*Binnenmarktrelevanz*), da valutarsi caso per caso. La Germania ha impugnato la comunicazione, ai sensi dell'art. 230, c. 2 TCE (Art. 263, c. 2 TFUE), ritenendo che la Commissione avesse agito *ultra vires*, estendendo arbitrariamente l'ambito di applicazione del diritto europeo, anche oltre i limiti posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale ricorso è stato però ritenuto inammissibile dal Tribunale dell'Unione Europea, che ha evidenziato la natura non vincolante della comunicazione, trattandosi di uno strumento di *soft law*⁴⁷. Conseguentemente l'effetto della comunicazione è stato ricondotto entro i limiti stabiliti dalla giurisprudenza della stessa

L.F. non conferiva una natura pubblicista al rapporto giuridico tra il committente pubblico e gli offerenti.

⁴⁵ Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", 1.8.2006, n. 2006/C 179/02. Cfr. G. GASS, *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht*, in *GewArch*, 2007, 275; F. MARX, *Freiheitsgrundrechte des GG und Grundfreiheiten der EU im Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Einkaufsregelung*, in *Wi-Verw*, 4/2007, 193; M. BUNGENBERG, P.M. HUBER, R. STREINZ (a cura di), *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe*, München 2011; P.F. BULTMANN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht im Grenzbereich zwischen wirtschaftlichem und hoheitlichem Handeln*, in *NVwZ*, 2015, 944.

⁴⁶ Tale orientamento è confermativo della giurisprudenza costante della Corte di giustizia. Cfr. la sentenza del 7.12.2000, in causa C-324/98 (Teleaustria), ECLI:EU:C:2000:669, numero a margine 60 ss.; sentenza del 21.7.2005, in causa C-231/03 (Coname), ECLI:EU:C:2005:487, numero a margine 16 ss.; sentenza del 13.10.2005, in causa C-458/03 (Parking Brixen), ECLI:EU:C:2005:605, numero a margine 46 ss.

⁴⁷ Tribunale, sentenza del 20.5.2010, in causa T-258/06 (Germania/Commissione), ECLI:EU:T:2010:214.

Corte di giustizia⁴⁸. In Germania in questo ambito è in uso la locuzione di “*appalti light*”⁴⁹.

Il richiamo alle libertà fondamentali richiede che l'appalto abbia una portata transfrontaliera, avendo lo scopo di promuovere la realizzazione del mercato unico. L'appalto deve quindi assumere rilevanza per tale mercato, come definito dall'art. 26, c. 2 TFUE⁵⁰. Di conseguenza, ove l'UE risulti priva di competenze di attribuzione, come nell'ambito degli appalti sotto soglia (*Haushaltsvergaberecht*), la Corte di giustizia pone il requisito “dell'interesse transfrontaliero certo”⁵¹, perché operi l'efficacia diretta delle norme di diritto primario previste dai Trattati⁵². La sussistenza di tale criterio si stabilisce in ragione del volume della commessa, del luogo della prestazione, nonché dei requisiti tecnici ed è soggetta al sindacato giurisdizionale⁵³.

5. *Gli organi di ricorso specializzati in materia di appalti sopra la soglia comunitaria*

La legge contro le restrizioni della concorrenza ha introdotto un'esplicita “*Schutznorm*”⁵⁴ (norma di protezione) che, unicamente per gli appalti sopra la soglia comunitaria, attribuisce alle imprese un diritto soggettivo al rispetto delle disposizioni sulle procedure di appalto, da intendersi in senso lato, in modo da ricomprendere anche le norme del regolamento sugli appalti (VgV) e le prescrizioni tecniche (VOB/A). Scopo della tutela in materia di appalti è – e qui è evidente il richiamo al diritto europeo – sia la salvaguardia dei concorrenti, sia un interesse obiettivo a “procedure trasparenti, secondo i principi di economicità e proporzionalità”⁵⁵.

⁴⁸ T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, cit., 7.

⁴⁹ M. BURGI, *Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz*, in *NZBau*, 2015, 610.

⁵⁰ T. SIEGEL, *Das Haushaltsvergaberecht*, 5.

⁵¹ Recentemente la Corte di giustizia interpreta restrittivamente tale concetto richiedendo, un “interesse transfrontaliero certo”. Cfr. la sentenza del 13.11.2007, in causa C-507/03 (*Irish Post*), ECLI:EU:C:2007:676, numero a margine 29; la sentenza del 16.4.2015, in causa C-278/14 (*Enterprise Focused Solutions*), ECLI:EU:C:2015:228, numero a margine 19.

⁵² Sentenza del 13.11.2007, in *NZBau*, 2014, 53.

⁵³ Sentenza del 15.5.2008, in causa C-147/06 (*SECAP*), ECLI:EU:C:2008:277, numero a margine 30.

⁵⁴ § 97, c. 6 GWB.

⁵⁵ § 97, c. 1 GWB. La procedura di riesame è prevista dai §§ 155-184 GWB, integra-

Il ricorso in materia di appalti sopra la soglia comunitaria viene proposto inizialmente dinanzi ad un organo amministrativo specializzato, la Camera degli appalti (*Vergabekammer*)⁵⁶, la cui decisione può essere impugnata in unico grado dinanzi a una sezione, parimenti specializzata, della Corte di appello (*Vergabesenat*)⁵⁷. Si è quindi in presenza di un rimedio a carattere giustiziale e paragiurisdizionale. Le *Vergabekammern* sono organi amministrativi indipendenti e sottoposti soltanto alla legge, la cui autonomia non ha però rango costituzionale non trattandosi di un organo giurisdizionale. Dinanzi ad esse non vige l'obbligo del patrocinio legale. Non sono organi di controllo, come le *Vergabeprüfstellen*, che permangono in alcuni *Länder* come relitto della normativa antecedente all'impatto del diritto europeo.

Le Camere degli appalti sono composte di regola di un presidente e di due membri a latere (di cui uno operante a titolo onorario) che devono disporre della necessaria *expertise* in materia di contratti pubblici. La loro nomina è effettuata a tempo determinato (cinque anni)⁵⁸. Il presidente e il membro *a latere* operante a titolo professionale devono essere pubblici funzionari delle carriere direttive della pubblica amministrazione. Uno di questi due componenti – di regola il presidente – deve avere conseguito l'abilitazione alla magistratura⁵⁹. La decisione assume la forma di provvedimento amministrativo (*Beschluss*), che può essere annullato d'ufficio o revocato e che non acquista quindi la stabilità di una sentenza⁶⁰. Si tratta di un sindacato di mera legittimità, che presuppone la violazione dei diritti soggettivi del ricorrente⁶¹. Tale provvedimento è suscettibile di esecuzione coattiva secondo le relative leggi della Federazione e dei *Länder* sull'esecuzione forzata (*Verwaltungsvollstreckungsgesetze*)⁶².

ti dalle norme sugli obblighi di informazione degli offerenti non aggiudicatari e di rispetto del termine dilatorio (§ 134 GWB), nonché sull'inefficacia *ex tunc* del contratto in caso di assegnazione senza previa pubblicazione del bando (*De-facto-Vergabe*) o di mancato rispetto dello *standstill* (§ 135 GWB). In tale circostanza le imprese illegittimamente aggiudicate possono adire direttamente la *Vergabekammer* entro 30 giorni dalla conoscenza dell'inefficacia o entro sei mesi dalla stipula del contratto (§ 135, c. 2 GWB).

⁵⁶ § 168 c. 3 GWB.

⁵⁷ Solo in ipotesi eccezionali tale decisione può essere impugnata dinanzi alla Corte federale (BGH) ex § 179, c. 2 GWB.

⁵⁸ C.F. GERMELMANN, *Die Vergabekammern im System vergaberechtlichen Rechtsschutzes*, cit., 55.

⁵⁹ § 157 GWB.

⁶⁰ § 1168, c. 3 GWB.

⁶¹ § 97, c. 6 GWB.

⁶² § 168, c. 3 GWB.

In recepimento della direttiva 2007/66/CE la stazione appaltante deve comunicare agli offerenti non aggiudicatari il nome dell'offerente prescelto, le ragioni della scelta e il momento a partire dal quale può essere stipulato il contratto⁶³. Da tale momento decorre il termine dilatorio (*standstill*) con divieto di aggiudicazione per la durata di 15 giorni⁶⁴. Entro tale termine può essere attivato su istanza di parte il procedimento di riesame dinanzi alla *Vergabekammer*. Dopo un primo vaglio preliminare, atto ad escludere la manifesta inammissibilità o infondatezza del ricorso, la Camera degli appalti effettua una comunicazione alla stazione appaltante, attivando il tal modo la sospensione automatica dell'aggiudicazione⁶⁵.

Prima di potere adire la *Vergabekammer* è previsto però un onere di denuncia alla stazione appaltante dei vizi di legittimità della gara (*Rügeobliegenheit*). Tale denuncia è considerata espressione del principio di buona fede, poiché offre all'autorità di gara la possibilità di rivedere in sede di autotutela la propria decisione. La denuncia funge inoltre da filtro allo scopo di deflazionare la procedura di riesame (*Nachprüfungsverfahren*) dinanzi alla Camera degli appalti.

Prima della novella del 2016 era previsto l'onere della “*unverzügliche Rüge*” (denuncia senza indugio), che era stata interpretato, in aderenza al § 121 BGB nel senso che il ricorrente non doveva “colpevolmente esitare” nella proposizione di tale rimedio⁶⁶. Tale formulazione è stata ritenuta dalla Corte di giustizia non conforme alla direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE⁶⁷, poiché contraria al principio della certezza del diritto, motivo per cui il legislatore tedesco nel 2016 ha introdotto un termine di 10 giorni di calendario per l'esperimento di questo rimedio⁶⁸. La denuncia immediata può riguardare vizi desumibili dal bando o dalla documentazione di gara che devono essere fatti valere prima della scadenza del termine per la presentazione delle candidature, pena la preclusione⁶⁹. I requisiti formali della denuncia sono blandi. Essa può essere anche sporta oralmente, anche se per ragioni probatorie è consiglia-

⁶³ § 134, c. 1. GWB.

⁶⁴ § 134, c. 2 GWB.

⁶⁵ § 169 c. 1 GWB.

⁶⁶ M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 20, Rn. 40.

⁶⁷ Sentenza del 28.2.2010, in causa C 406/08 (Uniplex (UK) Ltd.), ECLI:EU:C:2010:45, numero a margine 43.

⁶⁸ § 160, c. 3, n. 1 GWB.

⁶⁹ § 160, c. 3, n. 2 e 3 GWB.

bile che venga effettuata per iscritto⁷⁰. È però necessario che il suo autore censuri concretamente una violazione di un proprio diritto soggettivo, esponendo le ragioni di fatto e di diritto da cui emerge l'illegittimità del comportamento della stazione appaltante⁷¹. Dopo la comunicazione della stazione appaltante di non volere dare seguito alla denuncia, il ricorso alla *Vergabekammer* deve essere proposto, pena l'inammissibilità, prima dell'aggiudicazione dell'appalto e cioè entro 15 giorni di calendario, documentando di avere effettuato la prescritta denuncia⁷².

Il procedimento di riesame dinanzi alla Camera degli appalti ha carattere semi-giurisdizionale, ponendosi a metà strada tra un procedimento e un giudizio amministrativo. Le *Vergabekammern* sono "giudici" secondo il diritto europeo e sono quindi legittimate a effettuare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE⁷³. Come nel processo amministrativo vige il principio inquisitorio (*Amtsermittlungsgrundsatz*)⁷⁴, in virtù del quale la Camera può disporre d'ufficio tutti gli accertamenti necessari. È altresì prevista l'osservanza del principio del contraddittorio nell'ambito di un'udienza di trattazione, che ha generalmente luogo, salvo che le parti acconsentano ad una decisione adottata unicamente in base allo stato degli atti⁷⁵. Il procedimento è improntato alla massima speditezza e la decisione è adottata di regola entro il termine legislativamente previsto di cinque settimane⁷⁶. Vige un ampio diritto di accesso ai documenti delle parti, salvo la tutela di segreti aziendali e commerciali⁷⁷. La Camera non è vincolata al principio della domanda e ai capi di impugnazione e può procedere ad un ampio sindacato di legittimità anche indipendentemente dal *petitum* del ricorrente⁷⁸. La *Vergabekammer* dispone quindi di poteri incisivi nell'adozione di misure atte a rimuovere i vizi di legittimità e a impedire una compromissione degli interessi delle parti⁷⁹. Non può però annullare un'aggiudicazione legittimamente (ed efficacemente) effettuata, una vol-

⁷⁰ E. EIERMANN, *Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren*, cit., 15.

⁷¹ *IBID.*, 15.

⁷² § 160, c. 3, n. 4 GWB.

⁷³ M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 3, Rn. 18.

⁷⁴ § 163 GWB.

⁷⁵ § 166 GWB.

⁷⁶ § 167 GWB.

⁷⁷ § 165 GWB.

⁷⁸ § 168, c. 1 GWB.

⁷⁹ § 168 GWB.

ta che sia stato stipulato il contratto con l'aggiudicatario, poiché prevale il principio *pacta sunt servanda*.

Anche gli altri offerenti possono essere invitati a partecipare al procedimento mediante l'istituto della *Beiladung*, qualora una decisione possa "gravemente pregiudicare i loro interessi"⁸⁰. Si tratta di un istituto, attinto al processo amministrativo⁸¹, e finalizzato a promuovere l'economia del procedimento e la certezza del diritto nei confronti di tutti gli interessati, qualora una decisione produca effetti anche nei loro confronti.

La *Vergabekammer* deve informare la stazione appaltante dell'avvenuto ricorso. Quest'ultima non può effettuare l'aggiudicazione prima della decisione di quest'ultimo e della scadenza del termine per sua impugnazione dinanzi al *Vergabesenat*, che è una sezione specializzata della Corte di appello del *Land* (*Oberlandesgericht*). Altrimenti l'aggiudicazione è nulla per violazione di un divieto legislativamente previsto⁸². L'aggiudicazione può però essere eccezionalmente autorizzata dalla *Vergabekammer* con due settimane di preavviso, se l'interesse della collettività a un celere svolgimento dell'appalto prevale su quello del concorrente non aggiudicatario⁸³.

Di conseguenza il procedimento si articola in soli due gradi, uno dinanzi alla *Vergabekammer*⁸⁴ e uno in sede giurisdizionale dinanzi ad un *Vergabesenat* presso la Corte d'appello⁸⁵, ove la decisione della *Vergabekammer* è impugnabile con il gravame della *sofortige Beschwerde* (ricorso immediato)⁸⁶. Il ricorso giurisdizionale dinanzi al *Vergabesenat* deve essere proposto entro un termine di due settimane, deve essere motivato ed è necessario il patrocinio di un avvocato. La *sofortige Beschwerde* ha effetto sospensivo rispetto alla decisione della *Vergabekammer*⁸⁷. Tale effetto decade per il ricorrente risultato soccombente dinanzi alla *Vergabekammer* due settimane dopo la scadenza del termine per proporre ricorso, a meno che il *Vergabesenat*, su istanza del ricorrente stesso, non prolunghi l'effetto sospensivo fino alla propria decisione del ricorso. Come per le *Vergabekammern*, anche qui è previsto un rito apposito, che ricalca quello in uso dinanzi al tribunale amministrativo, con ampi poteri inquisitori

⁸⁰ § 169 GWB.

⁸¹ § 65 VwGO.

⁸² § 134 BGB.

⁸³ § 169 GWB.

⁸⁴ §§ 156-170 GWB.

⁸⁵ § 171 ss. GWB.

⁸⁶ § 171 GWB.

⁸⁷ § 173 GWB.

del giudice e udienza di trattazione. Il ricorso è pienamente devolutivo⁸⁸. Analogamente a quanto previsto dalla normativa sul diritto dei cartelli, la competenza è stata assegnata al giudice ordinario, ma la procedura è stata modificata in modo da renderla assimilabile ad un giudizio dinanzi al giudice amministrativo⁸⁹.

Il legislatore ha quindi creato un sistema di tutela *ad hoc* con un unico grado di giudizio, a cui si aggiunge la "*Divergenzvorange*" (remissione per divergenza giurisprudenziale) al Tribunale federale, organo a cui spetta una generale funzione nomofilattica nel caso in cui la Corte d'appello intenda discostarsi dalla giurisprudenza di un'altra Corte d'appello o della Corte federale⁹⁰.

A livello federale le *Vergabekammern* sono allocate presso l'Ufficio federale dei cartelli (*Bundeskartellamt*), a livello dei *Länder* sono previsti organi di riesame dei contratti pubblici stipulati dai *Länder* e dai Comuni ad opera di organi governativi, distrettuali o amministrativi⁹¹. In tutti i *Länder* è istituito almeno un *Vergabesenat*, a cui vengono anche assegnate le cause in cui la Corte d'appello decide in secondo grado nei giudizi risarcitori in materia di appalti oppure in caso di appalti sotto la soglia comunitaria. Il Senato più attivo è quello di Düsseldorf poiché decide non solo le controversie di competenza del Land Renania del Nord-Palatinato, bensì anche le impugnazioni delle decisioni della *Vergabekammer* dell'Ufficio federale dei cartelli⁹².

6. Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente

Da quanto esposto si desume come la legge contro le restrizioni della concorrenza offra unicamente il rimedio della reintegrazione in forma specifica. La Camera degli appalti è esclusivamente preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura di appalto e all'eventuale annullamento dell'atto lesivo (cosiddetto "*Primärrechtsschutz*")⁹³. Il risarcimento del

⁸⁸ § 178 GWB.

⁸⁹ C.F. GERMELMANN, *Die Vergabekammern im System vergaberechtlichen Rechtsschutzes*, cit., 56.

⁹⁰ § 179, c. 2 GWB.

⁹¹ § 158, c. 2 GWB.

⁹² M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 20, Rn. 14.

⁹³ In relazione al rapporto tra tutela reintegratoria (*Primärrechtsschutz*) e risarcitoria (*Sekundärrechtsschutz*) si rinvia a W. ERBGUTH, W. HÖFLING, R. STREINZ, A. EPINEY, *Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht*, Berlin 2002; F. SCHOCH,

danno, da richiedersi dinanzi al giudice ordinario, svolge un ruolo marginale, pur essendo parimenti riconducibile all'impatto del diritto europeo.

I due rimedi sono autonomi, non si applica il principio della pregiudizialità amministrativa. L'azione risarcitoria dinanzi al tribunale civile da parte del concorrente pretermesso non presuppone il previo esperimento del rimedio demolitorio e quindi la *Rügeobliegenheit* o l'obbligo del previo ricorso dinanzi alla *Vergabekammer*. La rinuncia alla procedura di riesame può però in alcune situazioni dare adito a un concorso di colpa dell'offerente, che può comportare una diminuzione del risarcimento (in applicazione analogica del § 254 BGB sul concorso di colpa in relazione alla responsabilità extracontrattuale). Tale concorso di colpa non può però essere addebitato al ricorrente che abbia tempestivamente presentato denuncia alla stazione appaltante (*Vergaberüge*). Un'aggiudicazione efficacemente effettuata mediante la stipula del contratto non può essere più invalidata, ma la decisione della *Vergabekammer* di accertamento di un vizio, fa stato nel successivo giudizio risarcitorio nei confronti della pubblica amministrazione, essendo un titolo spendibile dinanzi al giudice civile⁹⁴. Il giudice civile è parimenti vincolato dalla decisione definitiva del *Vergabesenat*⁹⁵.

Secondo la legge contro le restrizioni della concorrenza può essere di regola risarcito "l'interesse negativo"⁹⁶, cioè l'onere sostenuto per la preparazione dell'offerta e la partecipazione ad una gara di appalto di chi abbia avuto una vera e propria chance all'aggiudicazione, vanificata dal comportamento illegittimo, anche se non necessariamente colposo, dell'amministrazione. Il ricorso deve essere proposto dinanzi al tribunale competente (*Landgericht*). Tali controversie non sono quindi affidate ad un organo specializzato, bensì al giudice ordinario, ove il diritto degli appalti svolge un ruolo marginale.

La legge contro le restrizioni della concorrenza prevede anche un diritto di risarcimento a vantaggio della committenza in caso di richiesta

Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz in Rechtsschutzsystem, in *Die Verw.*, 2001, 261; in lingua italiana a F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova 2007, 31 *et passim*; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento nell'ordinamento tedesco tra tutela costitutiva e risarcitoria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento nella prospettiva comparata*, Padova 2011, 131 ss.

⁹⁴ § 168, c. 2 GWB.

⁹⁵ § 179, c. 1 GWB.

⁹⁶ Cosiddetto "*Vertrauensschaden*" (lesione dell'affidamento), secondo il § 181 GWB.

abusiva di riesame dinanzi alla *Vergabekammer* o al *Vergabesenat*, proposta allo scopo di inceppare la procedura di appalto o di danneggiare un concorrente, oppure in caso di richiesta a fini parimenti dilatori e ostruzionistici di misure cautelari⁹⁷. Anche tale responsabilità ha natura oggettiva e non comporta l'accertamento di un comportamento scorretto o abusivo.

Sotto la soglia comunitaria, risulta invece applicabile la normativa del codice civile integrata dalle norme tecniche VOB/A e VOL/A. Può essere unicamente fatta valere la responsabilità precontrattuale da *culpa in contrahendo*⁹⁸, in presenza di un comportamento colposo della committenza e di una concreta aspettativa dell'offerente all'assegnazione dell'appalto. Si utilizza allo scopo lo schema giuridico offerto dalla responsabilità precontrattuale. La mancata aggiudicazione del contratto a un soggetto avente effettivamente titolo per divenire contraente, viene qualificata come una violazione di un obbligo di diligenza gravante sugli organi che gestiscono la procedura di evidenza pubblica. Tale vincolo privatistico si ricava dall'affidamento reciproco che obbliga le parti, fin dalla pubblicazione del bando, a rispettare i connessi doveri di protezione⁹⁹.

7. Considerazioni di sintesi

Dopo sedici anni di attività le *Vergabekammern* vengono ritenute in Germania un'istituzione che ha dato buona prova, anche per il loro alto grado di specializzazione e per la celerità con cui vengono decise le controversie in materia di appalti¹⁰⁰: secondo i più recenti dati disponibili nel 2015 sono stati decisi 676 ricorsi. Di questi 145 (21,45%) sono stati accolti. In 174 casi la decisione è stata impugnata dinanzi al *Vergabesenat*. Di questi ricorsi ne sono stati accolti 34 (di cui solo 10 proposti da offerenti esteri)¹⁰¹. Ciò dimostra che i concorrenti tedeschi non si lasciano intimorire da possibili ritorsioni da parte delle stazioni appaltanti, secondo il principio "*don't bite the hand that feeds you*", facendo ampiamente uso di questo rimedio.

Il quadro delineato in queste pagine fa però emergere una netta cesu-

⁹⁷ § 180 GWB.

⁹⁸ § 311, c. 2.; 241, c. 2; 280, c. 1 BGB.

⁹⁹ F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari*, cit., 266.

¹⁰⁰ M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 20, Rn. 11.

¹⁰¹ *IBID.*, cit., § 20, Rn. 2.

ra tra le fattispecie disciplinate dal diritto europeo, per le quali il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale è garantito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, e le fattispecie che rimangono regolamentate unicamente dal diritto nazionale¹⁰². Tale bipartizione della tutela fa innanzitutto emergere il problema dell'esatta stima del valore dell'appalto al fine di accertare se raggiunga o meno la soglia comunitaria, visto che un errore di calcolo può invalidare la procedura. Essa presuppone inoltre che le stazioni appaltanti sappiano destreggiarsi nella gestione di entrambi i sistemi.

Le argomentazioni addotte in Germania a favore del doppio regime fanno leva sulla maggiore flessibilità e speditezza procedurale del diritto "light" in materia di appalti. Oltre la soglia comunitaria il legislatore tedesco ha invece realizzato una costruzione ibrida, che abbina le norme diritto civile, che costituiscono il "diritto di base" (*Basisrecht*) a vincoli di diritto pubblico, che vi si sovrappongono a guisa di sovrastruttura, conferendo al diritto degli appalti la particolare fisionomia di cui si è parlato¹⁰³.

Tale soluzione è opposta a quella adottata dal diritto italiano, ove vengono in rilievo i cosiddetti "poteri amministrativi gestionali"¹⁰⁴, cioè si pone l'accento su un'attività che astrattamente potrebbe essere regolata secondo il diritto comune, ma che invece viene ricondotta al potere pubblico per i vantaggi che offre il regime degli atti autoritativi, allo scopo sia di assicurare il legittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia la massima tutela dei concorrenti, mediante l'attribuzione delle controversie al tribunale amministrativo come giudice dell'evidenza pubblica.

La disciplina, illustrata in queste pagine, dimostra che l'interesse dell'amministrazione e del mondo economico alla celerità e alla stabilità nell'aggiudicazione di un appalto viene considerato prevalente rispetto all'interesse del concorrente non aggiudicatario ad ottenere soddisfazione. Lo scopo economico di diritto interno prevale su quello eteronomo di

¹⁰² Cfr. sul punto U. SCHAREN, *Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte*, in *VergabeR*, 2001, 653; H.P. DICKS, *Nochmals: Primärrechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte*, in *VergabeR*, 4/2012, 531; M. JANSSEN, O.M. GEITEL, *Rügen und Richten auch außerhalb des Kartellvergaberechts*, in *VergabeR*, 2015, 117; F. WOLLEN-SCHLÄGER, *Primärrechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB*, in M. MÜLLER-WREDE (a cura di), *Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts*, Bonn 2013, cap. 26, 705.

¹⁰³ Cfr. F. PIETZCKER *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, in *NVwZ*, 1983, 121; J. PIETZCKER, *Gerichtsschutz im Unterschwellenbereich und Tariftreueklauseln – zwei klärende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, in: *ZfBR* 2007, 131.

¹⁰⁴ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, L'attività, Padova 2016, 16.

assicurare l'uguaglianza dei concorrenti. Le esigenze di funzionalità della pubblica amministrazione fanno passare in secondo piano la tutela delle posizioni individuali, consigliando di graduare l'intensità della tutela in base al volume della commessa.

Le illustrate particolari modalità di trasposizione del diritto europeo nella realtà nazionale sono peraltro anche riconducibili alla tecnica prescelta dal legislatore tedesco, peraltro prevista anche dall'accordo di coalizione del governo di in carica¹⁰⁵, di procedere ad un recepimento solo minimale delle direttive europee (cosiddetta "*Eins-zu-eins-Umsetzung*").

Senza chiaramente voler dimenticare nulla, questa strategia consiglia di fare il minimo indispensabile per non sovraccaricare né il legislatore, né l'amministrazione, né gli operatori economici che ricaverebbero uno svantaggio competitivo dall'adozione di norme più severe del necessario. Lo slogan utilizzato in questo ambito è *no gold plating*, cioè divieto di "placcare d'oro" le direttive europee, mediante una loro attuazione eccessivamente onerosa a livello nazionale. In quest'ottica il diritto europeo appare come un corpo estraneo e un fattore di disturbo, suscettibile di compromettere la particolare tradizione normativa tipica dell'ordinamento tedesco. Ciò spiega la refrattarietà della Germania ad effettuare modifiche radicali, aprendosi senza riserve al diritto europeo, per tema di inceppare gli ingranaggi dell'economia.

La risposta tedesca in materia di appalti ne è una chiara dimostrazione.

PARTE II

8. *La progressiva apertura dell'ordinamento italiano verso forme facoltative di tutela non giurisdizionale: il parere precontenzioso ANAC*

Il legislatore italiano ha scelto, già all'atto del recepimento della direttiva 89/665¹⁰⁶, con decisione confermata in sede di recepimento delle

¹⁰⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Berlino, 14.12.2013, p. 15, reperibile all'indirizzo internet: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile.

¹⁰⁶ Per una puntuale ricostruzione delle norme statali adottate in materia di contratti pubblici fino alla l. 11 febbraio 1994, n. 109 ("Legge quadro in materia di lavori pubblici", meglio nota come legge Merloni) cfr. P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore degli appalti pubblici*, in *bpr.camera.it*; per una ricostruzione fino alla codificazione del 2006 cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 62 ss., che non manca di evidenziare il carattere "composito e occasionale" del quadro normativo di riferimento.

modifiche apportate dalla direttiva 2007/66, di affidare alla giurisdizione, *sub specie* a quella amministrativa, il compito di garantire rimedi efficaci ed effettivi in caso di violazione delle regole sostanziali in materia di affidamento di contratti pubblici.

Come accennato, tale scelta di fondo è rimasta invariata, sebbene, traendo occasione dal recepimento del “pacchetto di direttive” 2014, il legislatore abbia affiancato ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale già previsti per la “fase esecutiva”, uno strumento (sia pure facoltativo e accessorio) che riconosce all’ANAC un ruolo nel sistema delle tutele, in un caso in cui vengono in rilievo posizioni di interesse legittimo¹⁰⁷.

In attuazione del principio della legge delega che disponeva la “razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale” (art. 1, lett. aaa, l. 28 gennaio 2016, n. 11¹⁰⁸), l’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 introduce, nel capo dedicato ai “Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale”, i “Pareri di precontenzioso dell’ANAC”¹⁰⁹. L’istituto modifica e affina il parere precontenzioso non vinco-

¹⁰⁷ M. CLARICH, *I ricorsi innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 130.

¹⁰⁸ La disposizione riguardava, più in generale, “aaa) razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l’economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari; al fine di garantire l’efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti pubblici di lavori, previsione, nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale, che, già nella fase cautelare, il giudice debba tener conto del disposto dell’articolo 121, comma 1, del codice del processo amministrativo, di cui all’allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e, anche nelle ipotesi di cui all’articolo 122 e nell’applicazione dei criteri ivi previsti, debba valutare se il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale possa influire sulla misura cautelare richiesta”. La delega è stata recepita, per la parte relativa ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie, nel Capo II, composto dagli artt. 205-215.

¹⁰⁹ Come anticipato il “primo decreto correttivo” al Codice (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57 in G.U. n. 103 del 5 marzo 2017) ha disposto l’abrogazione del comma 2 dell’art. 211 d.lgs. n. 50/2016. Fino a tale recentissimo (e discusso) intervento riformatore, in seno all’art. 211 convivevano due istituti: il primo comma, che specificamente interessa la presente analisi, rappresenta una evoluzione del parere precontenzioso non vincolante AVCP e disciplina l’intervento dell’Autorità su istanza dalla stazione appaltante o di una o più delle altre parti, per risolvere “questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara”, attraverso un parere che vincola chi abbia “previamente acconsentito a quanto in esso stabilito”; il secondo comma introduceva *ex novo* l’istituto della “raccomandazione vincolante” resa spontaneamente dall’ANAC “nell’esercizio delle proprie funzioni” e rivolta in via esclusiva alla stazione appaltante. Sebbene tale ultimo strumento verrà ben presto sostituito dalla legittimazione straordinaria dell’Autorità per l’impugnazione

lante dell'ex AVCP, già contemplato dal Codice del 2006, conferendogli per la prima volta, a determinate condizioni, portata vincolante¹¹⁰.

Per comprendere a pieno la portata della riforma del 2016 occorre ripercorrere l'iter di redazione Codice del 2006 e le modifiche che esso ha registrato in riferimento all'istituto *de quo*. La prima versione del Codice "de Lise", come approvato in sede preliminare dal Consiglio dei Ministri, prevedeva che l'Autorità svolgesse, su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni. Nel testo definitivamente approvato, l'istituto, pur superando i dubbi di eccesso di delega sollevati dal Consiglio di Stato e delle altre Istituzioni coinvolte in via consultiva¹¹¹, ne risultò "stemperato" rispetto alle aspettative iniziali. L'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, attribuiva all'Autorità non già una "attività di composizione delle controversie"¹¹², ma il (mero) potere di esprimere un "parere

di alcune categorie di atti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel testo si darà conto della normativa vigente. Per completezza, merita aggiungere che il "correttivo" (d.lgs. n. 57/2017) ha altresì leggermente modificato la disposizione che qui specificamente interessa, aggiungendo all'art. 211, c. 1 la specificazione che il parere ANAC è reso "previo contraddittorio". Sul punto si tornerà *infra*.

¹¹⁰ Sul nuovo istituto cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)*, in *lamministrativista.it*, 2016; ID. *Il pre-contenzioso*, in *italiappalti.it*, 2016; ID. *Il nuovo precontenzioso ANAC*, Roma 2017; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 6, 2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto euorunitario e la Costituzione*, in *lamministrativista.it*, 2016; ID. *Profili soggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *federalismi.it*, 3/2017; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 8-9 2016, 873 ss. in particolare 892 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2015, 605 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016 e, se si vuole, F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *rivistaaic.it*, 4/2016; ID., *L'attività consultiva dell'ANAC in materia di contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 827 ss..

¹¹¹ Cfr. parere Cons. Stato, Sez. consultiva sugli atti normativi, n. 355 del 2006 e parere della Conferenza unificata Stato-regioni-città del 9 febbraio 2006, su cui L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova 2010, Vol. XLI, 631.

¹¹² Dicitura che tuttavia significativamente si ritrova nei pareri emessi dall'Autorità ai sensi della riferita disposizione, che spesso recano l'indicazione "Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006".

*non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*¹¹³.

Oggi l'art. 211 (unico comma¹¹⁴) d.lgs. n. 50/2016 prevede l'intervento dell'ANAC su istanza dalla stazione appaltante o di una o più delle altre parti, per risolvere "*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*", attraverso un parere reso "*previo contraddittorio*"¹¹⁵ che vincola le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito, dando luogo ad un atto impugnabile in sede giurisdizionale secondo il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a.. Come chiaro deterrente all'impugnazione dei pareri vincolanti, la norma dispone che in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante il giudice valuti il comportamento delle parti ai fini della condanna alle spese ex art. 26 c.p.a.

La disposizione, inserita, come anticipato, nel capo dedicato ai "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", affianca dunque agli strumenti propriamente giurisdizionali un nuovo rimedio facoltativo affidato all'Autorità. Appare significativo che il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva sullo schema del Regolamento che disciplina l'emanazione del parere¹¹⁶, abbia sentito l'esigenza di specificare che l'istituto del precontenzioso "*non è un processo, né può essere un nuovo grado del giudizio surrettiziamente voluto*"¹¹⁷, affermando al contempo che l'ANAC svolge "*funzioni non lontane dalla giurisdizione*" ed

¹¹³ Sull'istituto *ante* riforma cfr. C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano 2012; E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam"*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2015, 757 ss.; L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano 2008, 697 ss.; R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, *ivi*, VI, 3749 ss.; M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *federalismi.it*, 13/2013.

¹¹⁴ V. *supra* nota 109.

¹¹⁵ L'inserimento dell'inciso "previo contraddittorio" rappresenta un'interpolazione operata dal già citato decreto correttivo n. 57/2017.

¹¹⁶ "*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", approvato il 5 ottobre 2016, in GU n. 245 del 19.10.2016. Il testo regolamentare rappresenta il prodotto del recepimento di alcune delle modifiche suggerite in sede consultiva. Ove opportuno, si darà conto anche della formulazione originaria sottoposta al Consiglio di Stato.

¹¹⁷ Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920. Si noti che l'istituto del parere precontenzioso era già stato sottoposto al vaglio consultivo del Consiglio di Stato nella forma di parere sullo schema del d.lgs. n. 50/2016. Proprio su impulso di tale ultimo parere è stata inserita, *inter alia*, l'espressa previsione dell'impugnabilità in sede giurisdizionale del parere vincolante (Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 822).

evidenziando la problematica individuazione della disciplina applicabile al procedimento.

Per rintracciare le ragioni della scelta legislativa di inserire uno strumento che, pur non costituendo un nuovo grado di giudizio, consente di risolvere, a fronte di situazioni di interesse legittimo vantate dai soggetti amministrati¹¹⁸, le controversie sorte con l'Amministrazione, è utile, ancora una volta, guardare al passato.

All'indomani del recepimento della direttiva 2007/66, autorevole dottrina non mancò di rilevare che il legislatore ben avrebbe potuto affidare alle nostrane Autorità amministrative indipendenti un ruolo, sia pure aggiuntivo¹¹⁹, nel panorama dei rimedi contro la violazione del diritto dei contratti pubblici, specialmente alla luce della novità rappresentata dalle "sanzioni alternative" introdotte dalla direttiva 2007¹²⁰. La medesima dottrina evidenziò tuttavia che l'attribuzione all'allora AVCP del ruolo di "organo di ricorso", avrebbe potuto condurre a conseguenze discutibili "principalmente, la difficile coesistenza nell'ambito della stessa Autorità di funzioni quasi-giudiziali e di altra natura; il duplicarsi della tutela, articolata in quasi-giudiziale e giurisdizionale, con paradossali rischi per la sua effettività (costi ingenti, tempi di giudizio fortemente aumentati, possibilità di contrasti interpretativi, una complessa incertezza giuridica)" e ciò proprio in un momento storico in cui varie riforme del processo amministrativo, pensate eminentemente per i contratti pubblici e per le materie contermini, si dimostravano efficaci per i tempi di giudizio, per le maggiori opportunità nell'istruzione dei ricorsi e per l'incisività delle decisioni¹²¹. Si poneva poi in evidenza una circostanza contingente di non poco rilievo: la coincidenza temporale tra il recepimento della direttiva 2007/66 e la coeva delega per il nuovo codice del processo amministrativo¹²². La prossima sistemazione, per la prima volta in modo organico, della giustizia amministrativa in un unico testo normativo aveva condotto

¹¹⁸ M. CLARICH, *I ricorsi innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, cit., 130.

¹¹⁹ Sul punto cfr. subito nel testo la considerazione che l'affidamento alle Autorità Amministrative Indipendenti di un ruolo nel ventaglio di rimedi derivanti dal recepimento delle direttive ricorsi avrebbe determinato "il duplicarsi della tutela, articolata in quasi-giudiziale e giurisdizionale"; M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, cit. 168.

¹²⁰ M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative"*, cit. 165-166, nonché 168.

¹²¹ M.P. CHITI, *op. cit.*, 168.

¹²² L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 44, rubricato "Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo".

naturalmente il legislatore a propendere per una soluzione esclusivamente giurisdizionale anche in materia di contratti pubblici.

Cosa è cambiato? Rispetto a quel contesto, non può certo dirsi sopito il paventato rischio derivante dalla concentrazione, nelle mani di una medesima Autorità, di una pluralità di funzioni, che appare anzi acuito dall'imponente ventaglio di poteri oggi riconosciuti all'ANAC¹²³.

Parimenti permane il rischio di duplicazione delle tutele, vieppiù attuale alla luce della circostanza, confermata dal dettato dell'art. 211, che l'intervento dell'ANAC, lungi dal sostituire, come avviene in Germania per il giudizio innanzi alle *Vergabekammern*, un grado di giudizio, si pone come strumento (facoltativo e) aggiuntivo a quello giurisdizionale¹²⁴.

Un elemento che sembra invece differenziare l'attuale quadro normativo da quello del 2010 sono i nuovi ostacoli alla tutela giurisdizionale in materia di affidamento di contratti pubblici introdotti, nella forma di modifiche agli artt. 120 e ss. c.p.a., dalle più recenti riforme¹²⁵. La stagione di interventi normativi in senso limitativo delle tutele offerte dal g.a. nel contenzioso in materia di contratti pubblici, inaugurata dal d.l. n. 90/2014¹²⁶ (conv. nella l. 114/2014) e proseguita incessante fino alle novità apportate dal d.lgs. n. 50/2016 (si pensi al nuovo "mini-rito" per la contestazione delle ammissioni delle altre partecipanti¹²⁷), spiega il rinnovato interesse verso forme di tutela non giurisdizionale¹²⁸.

¹²³ Sul punto cfr. R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015; D.M. GRISANTI, *Autorità nazionale anticorruzione, in lamministrativista.it*, 2016; R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 23/2016; F. GIUFFRÉ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, *ivi*, 25/2016.

¹²⁴ Sul rapporto tra istanza di parere precontenzioso e ricorso giurisdizionale si tornerà *infra* al par. 10.

¹²⁵ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurouнитарio e la Costituzione*, *cit.*; ID. *Profili soggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa*, *cit.*, nonché già ID. *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, 2008, *cit.*; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, *cit.*, 873 ss..

¹²⁶ Su cui cfr. M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *federalismi.it*, 14/2014.

¹²⁷ Su cui, da ultimo, A.G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito 'super accelerato'*, in *federalismi.it*, 7/2017; M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, *ivi*, 10/2017.

¹²⁸ In dottrina è avvertita da più parti la necessità di volgere lo sguardo a forme di tutela non giurisdizionale e a riconsiderare le ragioni storiche, istituzionali e culturali che identificano nel processo giurisdizionale il solo luogo in cui è possibile ottenere giustizia

Tra i valori dell'equazione non può non essere esaminato il possibile ruolo giocato dai considerando 122 della direttiva 2014/24/UE e 128 direttiva 2014/25/UE¹²⁹ nella scelta di assegnare all'ANAC il potere in esame. Come presto rilevato da autorevoli commentatori¹³⁰, tale disposizione, sul piano soggettivo, si rivolge a coloro che, pur non avendo accesso ai rimedi messi a disposizione dalle "direttive ricorsi"¹³¹, vantino "comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto

cfr. A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 88. Dimostrano la pressante necessità di individuare forme di tutela al di fuori della giurisdizione i numerosi studi dedicati alla tematica. Per citarne alcuni A. MASSERA (a cura di) *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli 2007; AA.VV. *Procedura, procedimento processo*, Padova 2010 e in particolare, *ivi*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, 249 ss. e M. MONTEDURO, *La "manifesta fondatezza" della domanda*, 340 ss.; G. FALCON (a cura di) *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova 2008; ID. (a cura di) *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova 2010; AA.VV. *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: riflessioni e proposte alla luce del contesto europeo*, Atti del Convegno Nazionale di Studi tenutosi a Trento il 10-11 ottobre 2014, Roma 2014; G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit. Sullo specifico tema dei rimedi amministrativi giuziziali si veda anche M. CALABRÒ, *La funzione giuziziale della pubblica amministrazione*, Torino 2012.

¹²⁹ Ai sensi del quale "La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit", riprodotto, *mutatis mutandis*, al considerando 128 della direttiva 2014/25/UE.

¹³⁰ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)*, cit..

¹³¹ Accessibili solo a "chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto". In dottrina cfr. M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, cit..

svolgimento delle procedure di appalto". La disposizione in esame afferma l'opportunità di attribuire a tali soggetti un'azione che non deve "necessariamente"¹³² essere proposta dinanzi a corti e tribunali e che, anzi, "al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti", dovrebbe essere affidata "ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit". Sul piano oggettivo, l'interesse tutelato da tale rimedio sarebbe esclusivamente quello al rispetto delle regole dettate per lo svolgimento delle procedure di appalto e cioè un interesse alla mera legittimità dell'attività amministrativa, non correlato all'interesse al bene della vita volto ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, per il quale la tutela è assicurata dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE¹³³. Sebbene la disposizione non risulti puntualmente recepita nel d.lgs. n. 50/2016¹³⁴, alcune delle esigenze ad essa sottese sembravano trovare riscontro nell'abrogato comma 2 dell'art. 211 e dunque nell'istituto della raccomandazione vincolante dell'ANAC, mentre altrettanto non sembra potersi affermare con riferimento all'istituto che qui specificamente interessa.

9. *Le caratteristiche del parere precontenzioso ANAC ai sensi dell'art. 211, c. 1 e del Regolamento ANAC*

Prima di analizzare nel dettaglio le caratteristiche principali del parere precontenzioso, è opportuno descriverne brevemente la struttura procedimentale.

La normativa primaria fornisce poche indicazioni al riguardo, limitandosi a specificare che il parere deve essere reso "entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta" (art. 211, d.lgs. n. 50/2016). La (scarna) disciplina legislativa è integrata dal "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", che, superato – con osservazioni – il vaglio

¹³² Cfr. considerando 122 dir. 2014/24/UE.

¹³³ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 874.

¹³⁴ M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale "precontenziosa"*, op. loc. cit.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali*, op. loc. cit.; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, 31.

consultivo del Consiglio di Stato¹³⁵, è stato pubblicato in G.U. n. 245 del 19.10.2016.

L’avvio del procedimento di emanazione del parere è rimesso all’iniziativa di parte (è dunque facoltativo) e può essere avviato dalla stazione appaltante, da una o più parti interessate, nonché dai soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati (art. 2 Regolamento). Il procedimento prende avvio con la formulazione di una apposita istanza avente ad oggetto “*questioni controverse*” insorte “*durante lo svolgimento delle procedure di gara*”. La stessa parte istante è tenuta a comunicare la propria iniziativa a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa che vi sottende (artt. 3, c. 2 e 4 c. 2 Regolamento).

Quando l’istanza è presentata singolarmente, il parere reso è da intendersi non vincolante, salva la possibilità, per il soggetto richiedente, di manifestare comunque la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere (art. 3, c. 3 Regolamento). In tale caso, laddove le altre parti aderiscono all’istanza nei dieci giorni successivi alla relativa ricezione, il parere assume efficacia vincolante. Nel caso in cui l’istanza sia presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate, con espresso impegno ad attenersi a quanto stabilito nel parere, quest’ultimo assume efficacia vincolante per le parti che vi hanno acconsentito (art. 4, c. 1 Regolamento). Anche in tale ipotesi il Regolamento prevede la comunicazione dell’iniziativa agli altri soggetti interessati, con conseguente legittimazione di questi ultimi ad adesioni successive ed estensione dell’efficacia vincolante (art. 4, c. 3 cit.).

L’istanza che determina l’avvio del procedimento precontenzioso è soggetta a specifici requisiti formali e sostanziali. Sotto il primo profilo, deve essere redatta seguendo il modulo predisposto dall’Autorità, trasmessa tramite pec e completa di eventuale memoria e documentazione. Sempre sotto il profilo formale, rappresenta condizione di ammissibilità dell’istanza stessa la sua sottoscrizione da parte del soggetto legittimato ad esprimere all’esterno la volontà del soggetto richiedente (art. 6, lett. b, Regolamento).

Dal punto di vista sostanziale, ai sensi degli artt. 3 e 4 del Regolamento, l’istanza deve contenere una succinta indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione e illustrare i quesiti di diritto per i quali è richiesto il parere. La richiesta di parere è poi soggetta ad una serie di condizioni di ammissibilità: alcune, dirette a garantire

¹³⁵ Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920.

che l'istanza sia sorretta da un interesse concreto e attuale (come quelle che prevedono l'inammissibilità delle istanze “*in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate*”, art. 6, c. 1, lett. a; “*manifestamente mancanti di un interesse concreto al conseguimento del parere*”, art. 6, c. 1, lett. c e “*volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici*”, art. 6, c. 1, lett. f), altre, a scongiurare istanze prive del requisito della specificità (cfr. art. 6, c. 1, lett. e).

Come anticipato, il Regolamento, pone a carico delle parti istanti un onere comunicativo della presentazione dell'istanza (artt. 3, c. 2 e 4, c. 2 Regolamento), ma la vera e propria comunicazione di avvio del procedimento precontenzioso è subordinata al superamento di un vaglio preliminare di ammissibilità e procedibilità dell'istanza. Ai sensi dell'art. 9 del Regolamento, nel caso in cui l'accertamento preliminare operato dall'Ufficio¹³⁶ sia negativo, il procedimento si conclude con l'archiviazione, comunicata agli interessati dallo stesso Ufficio. Solo in caso di superamento del riferito vaglio preliminare è prevista l'assegnazione al Consigliere relatore competente. In tal caso, spetta all'Ufficio comunicare alle parti l'avvio del procedimento, assegnando loro un termine non superiore a 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti “*ove mancanti*” (art. 7, c. 2 Regolamento). Per evitare che la prosecuzione della procedura di gara svisciva l'efficacia dell'intervento dell'Autorità, il Regolamento prevede che l'istanza introduttiva rechi sempre l'impegno “*a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere*” (artt. 3, c. 6 e 4, c. 6 Regolamento), mentre quando l'istanza è singola ed è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, quest'ultima, con la comunicazione di avvio del procedimento, è invitata a non porre in essere “*atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere*” (art. 3, co. 7). Alla luce della documentazione prodotta e delle informazioni acquisite, l'Ufficio può disporre l'audizione delle parti interessate, ove necessario (art. 7, c. 3 Regolamento). Completata l'istruttoria, compete sempre all'Ufficio presentare il parere al Consigliere relatore per la successiva approvazione da parte del Consiglio (art. 7, c. 4 Regolamento), che deve in ogni caso adottare il parere entro 30 giorni dalla ricezione dell'istanza. Sul punto il Regolamento introduce dei temperamenti, prevedendo che il termine sia

¹³⁶ “*Ufficio precontenzioso e affari giuridici*”, rientrante tra le strutture e uffici della presidenza, su cui cfr. “*Atto di organizzazione delle aree e degli uffici dell'ANAC del 29 ottobre 2014, modificato il 28 aprile 2015, il 17 dicembre 2015 e da ultimo il 06 aprile 2016*”, reperibile sul sito dell'Autorità.

soggetto alla sospensione feriale dal 1° al 31 agosto e sia sospeso quando, anche su disposizione del Consiglio, è necessario acquisire documentazione integrativa o effettuare un supplemento di istruttoria (art. 8 commi 2 e 3 Regolamento).

Quanto al contenuto del parere, l'art. 10 del Regolamento prevede che esso possa essere reso "in forma semplificata", "*anche attraverso il richiamo a precedenti pareri già adottati*", quando si tratti di parere non vincolante, avente ad oggetto una questione di pacifica risoluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. In tali casi, l'Ufficio, in deroga al procedimento ordinario, predispone direttamente una bozza di parere con una motivazione in forma semplificata, che, previa approvazione del Presidente, viene sottoposta all'approvazione del Consiglio.

Dalla disciplina brevemente illustrata nelle pagine che precedono è possibile ricostruire le caratteristiche principali dell'istituto *de quo*.

Occorre innanzi tutto premettere che, come si è avuto modo di approfondire in altre sedi¹³⁷, in seno alle predette disposizioni convivono due istituti con funzione diversa, a seconda che l'istanza di parere sia formulata a meri fini interpretativi o che, all'opposto, il coinvolgimento dell'Autorità avvenga a valle dell'adozione di un provvedimento amministrativo potenzialmente impugnabile innanzi al g.a., riguardo al quale sia sorta una "questione" di cui le parti decidono, in prima battuta, di investire l'ANAC.

Nel primo caso il parere ANAC assume connotati "interpretativi" e l'intervento dell'Autorità si traduce in uno strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni interpretative sorte nel corso della procedura di gara. In tale ipotesi, il parere si colloca nel quadro della più ampia funzione di interpretazione normativa e di consulenza su questioni giuridiche generali e particolari attribuita all'Autorità, che è venuta sempre più sviluppandosi a fianco, e ad opportuna integrazione, dei poteri di vigilanza, di segnalazione e di sanzione nel settore della contrattualistica pubblica¹³⁸. Diverso è il caso in cui il parere abbia oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato (cfr. l'eloquente riferimento ai "vizi

¹³⁷ Sia consentito rinviare a F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit.; Id., *L'attività consultiva dell'ANAC in materia di contratti pubblici*, cit., 827 ss..

¹³⁸ Sulla disciplina applicabile a tale intervento consultivo dell'Autorità cfr. F. APERIO BELLA, *L'attività consultiva dell'ANAC in materia di contratti pubblici*, cit., 836 ss..

dell'atto contestato" agli artt. 3, co. 4 e 4, co. 4 del Regolamento, che descrivono il contenuto delle istanze singola e congiunta di parere). In tale caso lo strumento si avvicina sensibilmente, sul piano funzionale, ad un "giudizio" in quanto l'Autorità pone in essere un'attività squisitamente "giustiziale", diversa da quella c.d. *di adjudication*, che, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore (si pensi, per rimanere nel campo delle Autorità Amministrative Indipendenti, all'attività dell'AGCM che, nel sanzionare le condotte anticoncorrenziali, valuta il comportamento degli operatori per sussumerlo, di volta in volta, nelle ipotesi di abuso di posizione dominante, intesa ecc.).

Il parere è poi caratterizzato dall'essere assunto a valle di un procedimento in contraddittorio. Sul punto merita dare conto della portata, quanto meno "simbolica", della locuzione "*previo contraddittorio*", inserita in sede di correttivo nel corpo dell'art. 211¹³⁹, pur non essendo dubbio che, anche prima della riferita precisazione, le regole del contraddittorio ricavabili dalla legge 241/1990 avrebbero trovato piena applicazione (con i dovuti potenziamenti in caso di pareri vincolanti non interpretativi¹⁴⁰). Coerentemente, il Regolamento già consentiva all'istante e agli altri soggetti interessati varie occasioni per far sentire la propria "voce"¹⁴¹, prevedendo garanzie ulteriori rispetto a quelle contemplate

¹³⁹ Cfr. d.lgs. 19 aprile 2017, n. 57, cit..

¹⁴⁰ Sulla piena applicabilità delle regole del contraddittorio procedimentale di cui alla l. n. 241/1990 al precontenzioso cfr. parere n. 1920/2016 cit.. Sugli accorgimenti alle riferite regole imposti dalla natura giustiziale del procedimento che conduce all'emanazione del parere non interpretativo vincolante e dalla natura di decisione amministrativa dell'atto che ne costituisce l'epilogo si veda, se si vuole, F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit., 22 ss..

¹⁴¹ In tema M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss. L'idea che l'anticipazione in sede procedimentale delle garanzie tipiche della fase processuale consenta di deflazionare il contenzioso, anche aumentando il grado di condivisione della decisione, ha guidato l'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo (per tutti F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. Scien. Amm.*, XXV, 1968, I, 6, oggi in *Scritti giuridici*, Milano 2006, 3476; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, oggi in *Scritti giuridici*, Milano 1996, 1429; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vizi formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini 1987, 805, oggi in *Scritti scelti*, I, Napoli 2010, 366) e, più in generale, fonda la

dalla legge generale sul procedimento. Innanzi tutto, ai sensi del Regolamento, l'istanza introduttiva, redatta secondo i formulari forniti dall'Autorità, è corredata da una eventuale memoria e dalla documentazione ritenuta utile (art. 3, c. 4). Superato il vaglio preliminare di ammissibilità dell'istanza, l'Ufficio assegna alle parti un ulteriore termine di 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti, ove mancanti (art. 7, c. 2). Sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, l'ufficio valuta altresì la necessità di procedere all'audizione delle parti interessate (art. 7, c. 3). Come dimostrato in altra sede¹⁴², il "parere" precontenzioso ANAC reso a fini non interpretativi, rappresenta, nella sostanza¹⁴³, una decisione amministrativa assunta all'esito di un procedimento amministrativo contenzioso di carattere giustiziale¹⁴⁴.

visione del procedimento come strumento di garanzia (nella dottrina recente, cfr. F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1996; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59).

¹⁴² F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit..

¹⁴³ Nonostante la normativa utilizzi esclusivamente la locuzione "parere" e tutti i riferimenti alla locuzione "decisione" siano stati espunti dal Regolamento su indicazione del Consiglio di Stato, allo scopo di "evitare qualsiasi commistione con le decisioni giurisdizionali", la ricostruzione proposta nel testo appare obbligata dalle caratteristiche dell'istituto. Con riferimento alle tecniche di identificazione e interpretazione del provvedimento amministrativo è stata del resto in più occasioni confermata la correttezza del metodo che, ai fini della qualificazione giuridica di un atto amministrativo, faccia riferimento "non all'aspetto nominalistico ma a quello sostanziale" (cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2006, 628).

¹⁴⁴ Tale qualificazione è suggerita, da un lato, dalla funzione assoluta dall'istituto, dall'altro, dal procedimento che ne regola l'emanazione. Sotto il primo profilo, il parere vincolante non interpretativo ha natura giustiziale in quanto mira a risolvere una "controversia" sorta tra le parti su un provvedimento amministrativo già emanato. La dottrina ha distinto i procedimenti giustiziali da quelli sfocianti in atti di amministrazione attiva, ma caratterizzati da una fase contenziosa, in quanto mentre in tali ultimi procedimenti i conflitti di interessi vengono risolti in una fase anteriore all'emanazione dell'atto amministrativo e in funzione (garantistica, sì, ma) non giustiziale, nei rimedi amministrativi giustiziali essi vengono risolti quando un atto amministrativo è stato già emanato e in funzione della sua caducazione o modifica a fini giustiziali (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, 1989, II, 1204). Il parere precontenzioso vincolante non interpretativo rientra in tale ultima categoria per ciò che può dirsi rivolto alla soluzione di una "questione" relativa a un provvedimento già emanato. Sotto il profilo strutturale, il procedimento che conduce all'emanazione del parere non raggiunge la completezza del contraddittorio processuale (in disparte le peculiarità del soggetto decidente, la procedura *de qua* non corrisponde allo stilema processuale, difettando della pubblicità degli atti e delle udienze, della garanzia che di ogni attività rimanga traccia, della facoltà di rappresentanza o assistenza e dell'applicazione dei principi di lealtà e probità dei partecipanti:

Ulteriore importante caratteristica del parere in esame è che esso può assumere portata vincolante o non vincolante.

L'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 disciplina il parere emanato “*su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti*” e reca riferimento espresso al solo parere vincolante. Il Regolamento, invece, distingue espressamente tra il parere vincolante, reso su istanza congiunta o per adesione successiva, quando l'istanza è proposta “*dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso*” (art. 4 Regolamento), e quello reso su istanza singola della stazione appaltante o di una parte interessata, “*da intendersi non vincolante*” (art. 3 Regolamento). Il mantenimento di una forma di parere non vincolante – già previsto nel 2006 – da parte della normativa secondaria non sembra porsi *contra legem*, potendo trovare appiglio nell'inciso “*Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*” (art. 211 cit.). In altri termini la normativa primaria, nel ricondurre l'effetto vincolante al previo consenso “delle parti” e non della singola parte, legittimerebbe la disposizione regolamentare¹⁴⁵.

E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.* XXXV, Milano 1986, 819 ss.), sicché l'assenza di siffatte garanzie esclude che la procedura che conduce all'emanazione del parere possa qualificarsi come processo, confermando la natura di decisione amministrativa del provvedimento finale.

¹⁴⁵ Come già rilevato in altra sede, potrebbe invece risultare *praeter legem* la specificazione regolamentare che l'istanza congiunta, per sfociare in un parere vincolante, debba sempre comprendere l'iniziativa della stazione appaltante (oltre a quella di almeno una delle parti interessate). In tal senso depono il chiaro tenore del già citato art. 4 del Regolamento, che utilizza significativamente la locuzione “e” nel disporre che “*Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito*” (interpretava la locuzione “e” utilizzata dal regolamento previgente nel senso che l'istanza congiunta dovesse sempre comprendere la stazione appaltante R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, cit., 3751). La volontà del regolatore di collegare l'efficacia vincolante del parere alla presentazione di un'istanza congiunta che comprenda sempre la stazione appaltante non sembra però trovare riscontro al comma 3 dell'art. 3 del Regolamento. La disposizione, per la sua genericità, lascerebbe spazio a un parere vincolante reso su istanza congiunta di parti diverse dalla stazione appaltante, prevedendo che “*Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi, tramite comunicazione del proprio assenso all'Autorità, entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito*”. Per garantire coerenza con l'intento manifestato dalla stessa Autorità e ribadito dal Consiglio di Stato all'atto di suggerire la riformulazione della disposizione

La normativa di riferimento prevede l'impugnabilità in via giurisdizionale del solo parere vincolante (cfr. art. 211, cit.; art. 11, c. 2 Regolamento)¹⁴⁶ e appare coerente con l'orientamento giurisprudenziale prevalente che esclude l'impugnabilità in via diretta del parere non vincolante¹⁴⁷ pur riconoscendo che lo stesso possa produrre effetti riflessi sulla procedura¹⁴⁸.

Occorre ora soffermarsi sugli effetti conseguenti all'instaurazione di un procedimento precontenzioso nonché su quelli generati dal parere una volta adottato.

Quanto al primo profilo, l'instaurazione del procedimento di precontenzioso non ha effetti sospensivi (men che meno automatici) sulla procedura di gara. L'istanza introduttiva reca tuttavia sempre l'impegno "a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere" (artt. 3, c. 6 e 4, c. 6 Regolamento) e quando l'istanza singola è proposta da una parte diversa dalla SA "con la comunicazione di avvio dell'istruttoria l'ANAC formula alla SA l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere" (art. 3, c. 7 Regolamento).

Con specifico riferimento agli effetti del parere, esso, anche se vincolante, non consente all'ANAC di "adottare atti in luogo della stazio-

regolamentare (parere 1920/2016 cit.), tale ultima disposizione dovrebbe comunque essere interpretata nel senso che l'efficacia vincolante del parere può esplicarsi solo quando sia la stazione appaltante a proporre istanza singola cui successivamente aderisca almeno un interessato o, all'inverso, la stessa stazione appaltante aderisca *ex post* all'istanza di almeno un interessato.

¹⁴⁶ Sostiene la legittimazione dei soggetti diversi dall'istante ad impugnare il parere non vincolante su richiesta singola R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016.

¹⁴⁷ Cfr. da ultimo TAR Lazio, Roma sez. III, 8 maggio 2017, n. 5459; Id. sez. I, 15 settembre 2016, n. 9759; Id. sez. II-ter, 5 settembre 2016, n. 9543; Id. sez. III, 5 maggio 2016, n. 5019 e in termini già TAR Lazio, Roma sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 marzo 2014, n. 102. Per l'isolato orientamento che affermava l'impugnabilità in via diretta dei pareri non vincolanti cfr., con riferimento alla (allora) Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, TAR Lombardia, Brescia, 3 luglio 2003, n. 1039.

¹⁴⁸ In un caso di impugnazione del parere in via di atto presupposto, l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'ANAC è stata respinta per ciò che "sebbene in linea di principio, i pareri dell'Autorità...non abbiano ex se un valore obbligatorio o vincolante, la loro incidenza sulla fattispecie va valutata pur sempre caso per caso, con riguardo alla loro capacità di integrare la motivazione del provvedimento finale", circostanza che legittimerebbe, secondo il citato orientamento, l'impugnazione di pareri dell'Autorità che, pur non incidendo direttamente sulla procedura, "hanno utilmente concorso - nel rapporto di leale collaborazione tra Amministrazioni - a determinare il convincimento dell'ufficio di avviare il procedimento di riesame della procedura stessa" (TAR Lazio, n. 9543/2016, cit.).

*ne appaltante*¹⁴⁹, né produce effetti costitutivi, modificativi o estintivi sull'eventuale provvedimento oggetto della "questione controversa", ma fa soltanto sorgere, nel caso di accertamento vincolante di un vizio, un obbligo¹⁵⁰ della stazione appaltante di adeguarsi ai *dictat* dell'ANAC con l'esercizio di poteri di autotutela¹⁵¹. La circostanza che il parere richieda l'intermediazione dell'esercizio del potere amministrativo per soddisfare l'interesse sostanziale in contesa, spinge ad escludere che la decisione, come pure autorevolmente sostenuto, possa assumere tutti "i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento"¹⁵². Così, per portare l'esempio classico del contenzioso di tipo impugnatorio, non sem-

¹⁴⁹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 897.

¹⁵⁰ R. DE NICOLIS, *Il nuovo codice*, cit. in cui si afferma che nei confronti della stazione appaltante "il vincolo implica, se l'ANAC ritiene che l'atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l'avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall'atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione". Sul punto si veda anche M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit., che, da un lato, afferma "la necessaria (e problematica) mediazione dell'adeguamento doveroso imposto alla stazione appaltante, in caso di accoglimento della richiesta", dall'altro, ritiene preferibile "che la decisione possa assumere, senz'altro, i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento (analoghi a quelli della decisione del ricorso amministrativo)". Tale ultima ricostruzione, come meglio si dirà *infra*, non appare però praticabile a normativa invariata.

¹⁵¹ Si tratterebbe di un'ipotesi di autotutela "doverosa" per la stazione appaltante che non voglia esporsi alla responsabilità di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1 l. n. 241/1990. Il dibattito sulla configurabilità di un'autotutela "doverosa" (su cui cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli 2015) ha trovato nuova linfa a seguito delle incisive modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla c.d. riforma Madia e appare ancora lontano dal dirsi sopito; v. F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *federalismi.it*, 20, 2015; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli 2016.

¹⁵² Per tale ricostruzione M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit.. La conclusione suggerita nel testo sembra preferibile anche alla luce degli approdi raggiunti dalla dottrina in tema di poteri impliciti. La configurabilità di simili poteri, peraltro sostenuta con molta cautela in dottrina, sembra essere riferita all'esercizio del potere normativo, "altro però sono i provvedimenti che direttamente pongono limiti o prescrizioni incidenti su situazioni soggettive garantite dalla Costituzione o impongono prestazioni. In questo caso non è più sufficiente la predeterminazione della finalità, occorre anche la tipizzazione in quel determinato potere", si aggiunge infatti che "occorre quindi che quello specifico potere (non la mera finalità da perseguire) sia indicato dalla legge, indicazione che non può che riguardare sia l'oggetto che gli effetti, cioè le conseguenze giuridiche del provvedimento" (G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in Relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su "Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti", in Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2008, già in *giustamm.it*, 2007, 29).

bra configurabile un parere con effetti caducatori. La soluzione sembra imposta dalla circostanza che i poteri dell'Autorità non sono cambiati a livello normativo, né è dato rinvenire un potere dell'ANAC di adeguare autoritativamente le situazioni da esse repute *contra legem*¹⁵³.

La ricostruzione sembra trovare conferma in una considerazione sistematica. Come anticipato, la riforma del 2016 introduceva, all'art. 211, due istituti di natura e funzione differente: il parere di precontenzioso e la raccomandazione vincolante, oggi abrogata. Si è già avuto modo di evidenziare la profonda differenza intercorrente tra i due strumenti, stante la pacifica riconducibilità della c.d. raccomandazione vincolante all'esercizio dei poteri di vigilanza¹⁵⁴. Nondimeno il legislatore, e in termini ancor più chiari il regolamento ANAC che disciplinava la raccomandazione vincolante¹⁵⁵, hanno riconosciuto una connessione tra i due istituti: una delle ipotesi in cui il potere ufficio di vigilanza dell'Autorità doveva attivarsi (per poi sfociare in una raccomandazione vincolante con attivazione, in caso di violazione, delle sanzioni all'uopo previste), era proprio quella del mancato adeguamento della stazione appaltante al parere di precontenzioso vincolante (art. 4, comma 2, lett b Regolamento). La raccomandazione vincolante, oggi abrogata, assurgeva pertanto (*inter alia*) a strumento complementare al parere di precontenzioso, diretto a garantirne l'esecuzione in caso di mancata intermediazione spontanea dell'at-

¹⁵³ La tesi suggerita sembra l'unica percorribile visti gli orientamenti affermatasi sul parere precontenzioso ante-riforma, secondo cui le statuizioni ivi contenute non hanno carattere imperativo in ragione del fatto che l'Autorità "da un lato... non è stata dotata del potere di modificare autoritativamente le situazioni da esse repute *contra legem*, mentre, dall'altro, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal cit. art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, attengono, per quanto qui interessa, esclusivamente alla violazione degli obblighi di collaborazione posti in capo alle stazioni appaltanti, agli operatori economici nonché alle persone fisiche che siano in possesso di "documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare [...]" (TAR Lazio, Roma Sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730).

¹⁵⁴ La collocazione dogmatica dell'abrogata raccomandazione vincolante nell'ambito dei poteri di vigilanza è stata del resto espressamente riconosciuta dal Consiglio di Stato nel parere sullo "schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" (parere del 28 dicembre 2016, n. 2777), in cui si afferma che "sul piano sistematico-ricostruttivo la c.d. raccomandazione vincolante è ascrivibile al genus della vigilanza quale species di 'vigilanza dinamica'" (pt. 3.2) v. F. APERIO BELLA, *L'attività consultiva dell'ANAC in materia di contratti pubblici*, cit., 831.

¹⁵⁵ Il riferimento va al "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici", in G.U. n. 91 del 19 aprile 2017, da intendersi implicitamente abrogato in parte qua.

tività di adeguamento della stazione appaltante (ferma per quest'ultima la facoltà di impugnare il parere in via giurisdizionale). L'indispensabile passaggio per l'attività di adeguamento della p.A. ha spinto, in altri termini, a una soluzione non poco artificiosa: individuare nella raccomandazione il "mezzo" per ottenere l'esecuzione del parere vincolante rimasto inadempito (e inoppugnato)¹⁵⁶. Ora che l'istituto è stato abrogato non resta che chiedersi se il medesimo ruolo di "tramite" potrà essere giocato dalla legittimazione straordinaria riconosciuta all'Autorità dagli approvandi commi da 1-*bis* a 1-*quater* dell'art. 211 potrà giocare¹⁵⁷. Ogni pronostico appare, allo stato, prematuro¹⁵⁸.

¹⁵⁶ L'illustrata costruzione in termini di complementarietà tra i due istituti trova riscontro nella riformulazione subita dall'art. 13 del Regolamento relativo all'art. 211, comma 1, dedicato all'"Adeguamento al parere", a seguito dell'intervento consultivo del Consiglio di Stato. Mentre il testo originario imponeva agli istanti di comunicare all'Autorità gli atti adottati al fine di adeguarsi al parere, con applicazione, in caso di contravvenzione, delle sanzioni di cui all'art. 213, c. 13, del d.lgs. 50/2016, il testo definitivo dell'art. 13 si è limitato a sanzionare la reticenza degli operatori nella trasmissione di informazioni e documenti richiesti, senza poter in alcun modo assurgere a strumento di "coercizione indiretta" all'esecuzione del parere. In mancanza di valide alternative, le pesanti sanzioni collegate al mancato adeguamento alla raccomandazione vincolante sono state individuate quale strumento per ottenere l'adeguamento al parere precontenzioso. Da ultimo, sembra condividere la lettura proposta nel testo M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, 762.

¹⁵⁷ I tre nuovi commi dell'art. 211 dispongono che: "1-*bis*. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-*ter*. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-*quater*. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*".

¹⁵⁸ In particolare occorrerà attendere di verificare se nel regolamento che l'ANAC ha la facoltà di adottare per "individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*" confluirà la previsione di cui al riferito art. 4 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

10. Segue: *Il rapporto con il contenzioso giurisdizionale nella giurisprudenza e nell'analisi dei pareri dell'Autorità*

La normativa di riferimento fornisce alcune importanti indicazioni sul rapporto tra procedimento precontenzioso e ricorso giurisdizionale.

Come anticipato, l'art. 211 sancisce l'impugnabilità del (solo) parere vincolante secondo il rito di cui all'art. 120 c.p.a..

Merita evidenziare che la scelta legislativa sul rito applicabile non è priva di effetto, in quanto se l'impugnazione del parere ANAC avesse seguito le regole ordinarie, il rito operante sarebbe stato quello abbreviato comune a determinate materie ex art. 119 c.p.a., applicabile ai "provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti". L'opzione per l'art. 120 c.p.a. sembra giustificata dall'esigenza di sottoporre il parere al termine di impugnazione dimezzato di 30 giorni e di garantire l'applicabilità dei termini più brevi previsti dal rito speciale per addivenire alla decisione di merito. Come anticipato, l'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 pone peraltro uno specifico disincentivo all'impugnazione del parere disponendo che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 c.p.a.¹⁵⁹.

Il Regolamento delinea i rapporti tra ricorso giurisdizionale e procedimento precontenzioso in termini di non cumulabilità: la pendenza di un ricorso giurisdizionale avente "contenuto analogo" a quello sottoposto all'Autorità determina l'inammissibilità dell'istanza di precontenzioso (art. 6, c. 1, lett. g), mentre quest'ultima diviene improcedibile se il riferito ricorso giurisdizionale "speculare" sopravviene (art. 6, c. 3, lett. a). Sotto altro profilo, l'assenza di un contenzioso giurisdizionale avente ad oggetto il parere o il provvedimento che lo recepisce (in una con la documentata sopravvenienza di "ragioni di fatto") rappresenta una condizione per ottenere il riesame del parere¹⁶⁰ (art. 11 Regolamento).

L'analisi dei pareri resi dall'Autorità e delle prime pronunce giurisdizionali intervenute in argomento dimostra che il rapporto tra procedimento precontenzioso e processo è particolarmente delicato quando il primo abbia ad oggetto un provvedimento potenzialmente impugnabile

¹⁵⁹ Sul punto cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 898.

¹⁶⁰ Sulla controversa ammissibilità di un potere di "riesame" rispetto al parere vincolante non interpretativo, stante la relativa natura di decisione amministrativa, si rinvia a F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit., 26 ss..

innanzi al g.a. (parere non interpretativo). L'incertezza operativa è generata dall'assenza di un termine per rivolgersi all'Autorità e dalla sovrapposibilità tra il termine di trenta giorni assegnato a quest'ultima per pronunciarsi sull'istanza e quello per impugnare in via giurisdizionale l'atto in contestazione. Tale criticità ha spinto alcuni autori a sconsigliare di rivolgersi all'Autorità nel caso in esame, per scongiurare il rischio di veder spirare, nelle more dell'emanazione del parere, il termine decadenziale di impugnazione dell'atto¹⁶¹.

Prima di entrare nel merito della questione, occorre precisare quali atti possono formare oggetto di pareri non interpretativi. La precisazione si impone alla luce di una recente sentenza con cui il TAR del Lazio, pronunciandosi su un'istanza singola di parere precontenzioso diretta a contestare la legittimità dell'aggiudicazione¹⁶², sembra affermare che lo strumento *de quo* avrebbe ragion d'essere solo prima dell'aggiudicazione definitiva, dell'esclusione della propria offerta e dell'ammissione dell'offerta degli altri concorrenti, non potendo trovare applicazione a valle della relativa adozione¹⁶³. La sentenza ricava tale conclusione dall'art. 211

¹⁶¹ Con riferimento al problema dei termini sono state prospettate due soluzioni: l'abbreviazione del termine di trenta giorni assegnato all'Autorità per decidere sull'istanza di parere o, in alternativa, "riportare il termine del ricorso giurisdizionale da 30 a 60 giorni e, se del caso, trasformare la fase davanti all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale (legata a termini brevissimi per non ritardare la definizione della lite)" (così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016). Se si vuole F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC*, cit., 32, per una ricostruzione che, stemperando gli effetti dell'inoppugnabilità sopravvenuta, salvaguardi l'utilità del rimedio giustiziale anche quando abbia ad oggetto provvedimenti impugnabili innanzi al g.a., grazie a un'attenta delimitazione dell'oggetto dell'eventuale giudizio di legittimità del parere instaurato innanzi al g.a.

¹⁶² Parere precontenzioso 18 gennaio 2017, n. 28. Tutti i pareri analizzati nel testo sono pubblicati sul sito dell'Autorità e reperibili all'indirizzo www.anticorruzione.it.

¹⁶³ Cfr. TAR Lazio, Roma sez. III, 8 maggio 2017, n. 5459 in lexitalia.it con nota di O. CARPARELLI, *Parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, espresso dall'ANAC dopo l'aggiudicazione: è ammissibile il ricorso innanzi al G.A.?*, in lamministrativista.it con nota di F. APERIO BELLA, *La lettura (restrittiva) del TAR Lazio sull'ambito di applicazione del parere di precontenzioso ANAC ex art. 211: due ragioni per un ripensamento*. Nella motivazione, sia pur stringata, della sentenza si legge infatti che "Considerato che il c.d. "parere di precontenzioso" previsto in detto comma 1, in quanto tale e per i fini predisposti dal legislatore, non può che essere ricondotto nell'ambito dei rimedi alternativi alla giurisdizione (c.d. "ADR") e relativamente a questioni sorte "durante" lo svolgimento della gara; Considerato che il senso di tale norma è proprio quello di evitare la soluzione giudiziale su questioni insorte durante la gara ma al fine di definire la ritenuta criticità prima dell'intervenuta aggiudicazione, orientando così la stazione appaltante verso una soluzione autorevolmente prospettata dall'Autorità di settore; Considerato che tale conclusione si evince anche dalla lettura del Regolamento ANAC 5.10.2016 ("Regolamento

per ciò che, circoscrivendo l'operatività del parere alle questioni sorte "durante" lo svolgimento della gara, escluderebbe dall'ambito di operatività del precontenzioso l'atto che sancisce la conclusione della gara stessa (identificato dalla sentenza nell'aggiudicazione definitiva e negli atti di ammissione/esclusione delle offerte). La ricostruzione del TAR, oltre a non trovare riscontro nella posizione assunta dagli interpreti¹⁶⁴, sembra contrastare con le disposizioni regolamentari che si riferiscono in più occasioni ai "vizi dell'atto" genericamente inteso (artt. 3, c. 4; 4, c. 4; si vedano anche gli artt. 6, c.1, lett g e c. 3, lett a), senza assegnare all'ammissione degli altri concorrenti, alla propria esclusione o all'aggiudicazione, alcun ruolo di "sparti-acque" rispetto al procedimento di precontenzioso. La riferita lettura non sembra trovare giustificazione neppure

per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"), il cui all'art. 3, ai commi 1 e 7, rispettivamente, dispone che: "1. Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante... 7. Quando l'istanza è presentata da una parte diversa dalla Stazione appaltante, con la comunicazione di avvio dell'istruttoria, l'Autorità formula alla stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere", con ciò confermando che lo strumento in questione è orientato a definire questioni sorte "durante" lo svolgimento della gara e non "dopo", non avendo alcun senso, altrimenti, la previsione di cui al riportato comma 7". In particolare, muovendo dalla considerazione che il parere di precontenzioso «in quanto tale e per i fini predisposti dal legislatore» non potrebbe che costituire un rimedio alternativo alla giurisdizione (c.d. ADR) operante relativamente a questioni sorte "durante" lo svolgimento della gara, il TAR ne inferisce che lo strumento non potrebbe operare "dopo" lo svolgimento della stessa. Il Collegio identifica il momento di "conclusione della gara" con l'ammissione delle offerte degli altri concorrenti, con la esclusione della propria offerta e con l'aggiudicazione a terzi («l'impresa che si ritiene lesa dalla conclusione della gara – sia in sede di ammissione di concorrenti, di non ammissione propria o di aggiudicazione di terzi →»), affermando che a valle di tali provvedimenti la parte non potrebbe legittimamente rivolgersi all'ANAC, altrimenti concretizzando un'elusione dei termini (stringenti) di impugnazione dell'esito della procedura concorsuale di cui all'art. 120 c.p.a. nonché delle regole di riparto della competenza territoriale dei TTAARR (stante la competenza funzionale inderogabile del TAR capitolino sui provvedimenti dell'Autorità ex art. 135, comma 1, lett c), c.p.a.).

¹⁶⁴ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, op. loc. cit.; M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, passim; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit., 894 in cui, con riferimento all'operatività "temporale" della disposizione, si afferma che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 211, c. 1 "tutti i momenti procedurali: dagli atti di avvio all'ammissione-esclusione, dalle operazioni di apertura e valutazione delle offerte all'aggiudicazione e anche quando si concluda il procedimento e si discuta della legittimità dell'intervenuta aggiudicazione o della verifica dei requisiti. Resta, però, esclusa dall'ambito della norma, la successiva fase di esecuzione"; da ultimo, ha condiviso tale lettura M. DELSIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice*, cit., 757.

nell'esigenza, espressamente valorizzata dal TAR, di evitare l'elusione dei termini di impugnazione previsti dall'art. 120 c.p.a. e la deroga al riparto di competenza territoriale tra i TTAARR¹⁶⁵. Le medesime esigenze (e i medesimi effetti) si porrebbero infatti per qualunque parere non interpretativo ANAC avente ad oggetto atti che, pur intervenuti "durante lo svolgimento della gara", siano nondimeno impugnabili innanzi al g.a. (si pensi al bando di gara), con conseguente palese e irragionevole disparità di trattamento che si produrrebbe affermando la possibilità di investire l'ANAC di "questioni controverse" attinenti al bando di gara ma non di questioni relative agli atti individuati dal TAR come "conclusivi" della gara stessa.

La circostanza che lo strumento del precontenzioso sia, in concreto, utilizzato soprattutto per investire l'ANAC di atti potenzialmente impugnabili innanzi al g.a. è poi confermata da un riscontro empirico. Dall'analisi di un campione di 113 pareri pubblicati dall'8 giugno 2016 all'8 marzo 2017¹⁶⁶, dei quali 40 emessi ai sensi del nuovo art. 211 d.lgs. n. 50/2016, è emerso che solo il 22% delle istanze sono rivolte all'Autorità (nella maggior parte dei casi da parte dalle stazioni appaltanti) per ottenere un *advice* su atti ancora da assumere, mentre la restante parte ha ad oggetto atti potenzialmente impugnabili innanzi al g.a.¹⁶⁷.

Quanto precede non soppisce, ma semmai acuisce, le già evidenziate difficoltà di coordinamento temporale tra procedimento precontenzioso e ricorso giurisdizionale.

Come visto, il parere di precontenzioso deve essere reso "*entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta*", ma è ben possibile (anzi, come si vedrà, è così nella maggior parte dei casi) che il parere intervenga dopo la scadenza del termine di impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento della cui legittimità le parti abbiano deciso di investire, in prima

¹⁶⁵ Provocata dalla sussistenza di una competenza funzionale inderogabile del Tribunale capitolino sugli atti dell'ANAC ex art. 135, c. 1, lett. c, c.p.a.

¹⁶⁶ Il periodo di riferimento coincide, nel suo termine iniziale, con la data di pubblicazione del primo parere di precontenzioso emanato ai sensi dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 (parere precontenzioso 8 giugno 2016, n. 617) e nel suo termine finale con l'ultimo giorno di raccolta dati (ultimo parere analizzato: parere 8 marzo 2017, n. 246).

¹⁶⁷ In particolare il 68% delle istanze ha ad oggetto atti potenzialmente impugnabili innanzi al g.a. (con netta prevalenza della contestazione di aggiudicazioni definitive, bandi ed esclusioni), mentre la rimanente quota del 10% è composta da istanze aventi ad oggetto atti potenzialmente impugnabili al g.a., rispetto ai quali però si muovono rilievi che non troverebbero tutela immediata in sede giurisdizionale (come ad esempio l'impugnazione di bandi privi di clausole immediatamente escludenti – sul punto vedi però il recente orientamento espresso da Cons. St., III, 2 maggio 2017, n. 2014).

battuta, l'Autorità. Ciò ha spinto in più occasioni le parti del procedimento di precontenzioso a non attendere la pronuncia dell'Autorità, investendo prudenzialmente i TAR: in argomento non mancano sentenze in cui si dà espresso conto della proposizione di una previa istanza di precontenzioso rimasta inascoltata¹⁶⁸. La circostanza non sorprende alla luce del dato, ricavato dal campione di pareri esaminato, che il tempo medio di risposta dell'Autorità sulle istanze proposte ai sensi dell'art. 211 è di 72 giorni dall'istanza del richiedente e 65 giorni dall'avvio dell'istruttoria¹⁶⁹. In termini assoluti, sul campione di 40 pareri resi ai sensi del nuovo Codice, solo tre hanno rispettato il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza previsto dalla normativa primaria¹⁷⁰.

Sussistono tuttavia anche degli esempi in cui l'intervento del g.a., investito in via prudenziale, viene "superato", con conseguente cessazione della materia del contendere, dagli atti assunti dalla stazione appaltante in forza del parere ANAC intervenuto a dichiarare l'illegittimità di un atto "presupposto" al provvedimento impugnato in sede giurisdizionale¹⁷¹. In tali casi un corretto utilizzo della condanna alla spese consente

¹⁶⁸ Della proposizione di preve istanze di precontenzioso "rimaste senza riscontro" si trova traccia in numerose recenti pronunce giurisprudenziali: TAR Piemonte, Torino II, 17 marzo 17, n. 395; TAR Campania, Salerno, I, 2 marzo 17, n. 409; TAR Lazio, Roma II, 23 febbraio 17, n. 2761; Id., 27 gennaio 17, n. 1429.

¹⁶⁹ Rispetto all'intero campione di pareri esaminato (113), il tempo medio di risposta dell'Autorità è di 235 giorni dall'istanza del richiedente e 191 giorni dall'avvio dell'istruttoria. Rispetto al dato indicato nel testo, appare utile specificare che i pareri emanati ai sensi dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 hanno determinato una netta accelerazione dei tempi medi di risposta dell'Autorità che, nell'ambito del campione esaminato, ammontano a 318 giorni dall'istanza del richiedente e 246 giorni dall'avvio dell'istruttoria per le istanze proposte ex art. 6, c. 7, lett. n d.lgs. 163/2006.

¹⁷⁰ Si tratta, in particolare, dei pareri 8 febbraio 2017, n. 93; 30 novembre 2016, n. 1264 e 8 giugno 2016, n. 617. Si noti che in nessuno dei pareri esaminati si dà conto dell'intervenuta sospensione dei termini per l'emanazione del parere, consentita, come visto, dall'art. 8, c. 3 del Regolamento.

¹⁷¹ Cfr. TAR Sicilia, Catania, I, 11 aprile 2017, n. 782 su ricorso proposto prudenzialmente contro l'aggiudicazione e depositato il 29 dicembre 16 nonostante l'intervenuta dichiarazione, da parte dell'ANAC, dell'illegittimità dell'esclusione dell'istante/ricorrente in via giurisdizionale (parere precontenzioso 21 dicembre 2016, n. 1383 reso su istanza singola ai sensi del "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50", pur avendo ad oggetto una fattispecie soggetta al vecchio codice). In tale fattispecie, all'udienza camerale, il legale della ricorrente dichiarava a verbale che il giorno prima la stazione appaltante aveva comunicato l'avvenuto annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione impugnato. La dichiarazione della cessazione della materia del contendere è accompagnata dalla condanna dell'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio, oltre accessori, e al rimborso del contributo unificato. Merita aggiungere che nonostante, come illustrato

di tenere indenne il ricorrente dell'onere derivante dalla proposizione prudenziale del ricorso giurisdizionale nonostante gli esiti favorevoli del procedimento precontenzioso sopravvenuto.

Ulteriore delicata tematica su cui la giurisprudenza ha avuto occasione di pronunciarsi¹⁷² è quella dei riflessi della sospensione, da parte della stazione appaltante, dell'efficacia dell'aggiudicazione contestata innanzi all'ANAC sulla decorrenza del relativo termine di impugnazione. Non sussistendo, come rilevato, alcun effetto sospensivo automaticamente connesso all'instaurazione del procedimento di precontenzioso, l'astensione da atti pregiudizievoli fino al rilascio del parere è rimessa alla leale collaborazione delle parti, *sub specie* della stazione appaltante. Tra gli atti *lato sensu* "cautelari"¹⁷³ che quest'ultima può assumere nelle more del procedimento precontenzioso rientra senz'altro la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione in contestazione. Secondo un certo orientamento, tuttavia, la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva non esimerebbe il soggetto che se ne assuma lesa dall'onere di contestarla in sede giurisdizionale entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla relativa comunicazione ex art. 79 d.lgs. n. 163/2006¹⁷⁴, sicché, anche a

nel testo, il procedimento precontenzioso e quello giurisdizionale non possano viaggiare "in parallelo" (cfr. le condizioni di ammissibilità e procedibilità dell'istanza di parere ex art. 6 Regolamento), ciò vale solo quando abbiano "contenuto analogo". Anche nella vigenza del Regolamento previgente (che comunque regolava in termini simili il rapporto tra precontenzioso e ricorso giurisdizionale), l'Autorità ha interpretato con rigore il concetto di analogia dei contenuti, così, investita dalla stazione appaltante della legittimità del relativo operato, ha ritenuto permanere il proprio potere di verificare la legittimità dell'aggiudicazione nonostante nelle more fosse intervenuta una pronuncia giurisdizionale confermativa della legittimità dell'esclusione di altro concorrente (parere precontenzioso 3 agosto 2016, n. 837, reso ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 163/2006).

¹⁷² Cfr. TAR Lazio, Roma II-ter, 9 gennaio 2017, n. 235, resa con riferimento a un parere non vincolante richiesto ai sensi della disciplina previgente.

¹⁷³ Come noto l'istituto della sospensione, disciplinato in termini generali dall'art. 21-quater, c. 2, l. n. 241/1990 sembra sfuggire ad una rigida catalogazione e assume una dimensione multiforme in cui le esigenze cautelari convivono con quelle di riesame, dando luogo a una sorta di "autotutela cautelare" o "autotutela decisoria di specie cautelare" (sul tema cfr. S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino 2012; A.G. PIETROSANTI, *Il potere di sospensione della p.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2015, 373 ss.; G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI, *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 1033 ss.).

¹⁷⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma II-ter, n. 235/2017 cit. che respinge l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva *medio tempore* sospesa dalla stazione appaltante a fronte dell'instaurazione, da parte dello stesso ricorrente, di un procedimento precontenzioso innanzi all'ANAC (ai sensi dell'art. 6,

fronte di un intervento "collaborativo" della stazione appaltante, i rischi della sopravvenuta inoppugnabilità del provvedimento di aggiudicazione suggerirebbero di instaurare tempestivamente il ricorso giurisdizionale.

11. Il confronto

A questo punto dell'analisi occorre porre a confronto il ricorso alle *Vergabekammern* con il procedimento di precontenzioso innanzi all'ANAC, ricercandone similitudini e differenze.

Una prima differenza riguarda l'organo decidente: pur trattandosi in entrambi i casi di organi collegiali¹⁷⁵ permanenti¹⁷⁶, nel caso tedesco, si tratta di un organo di ricorso specializzato e decentrato, la cui istituzio-

c. 7, lett. n, d.lgs. 163/2006). La decisione, se da un lato, si giustifica in ragione delle peculiarità della fattispecie, in cui la pronuncia dell'ANAC – alla cui emanazione la sospensione era stata testualmente condizionata – interveniva nelle more della decisione di merito, facendo venir meno la sospensione stessa, contiene delle affermazioni più generali che meritano di essere analizzate. In particolare rileva l'affermazione che "*poiché la mera sospensione in via di autotutela dell'atto (ovvero un provvedimento interinale non ancora concretizzatosi né in una revoca, né in un annullamento) attiene solamente (e provvisoriamente) agli effetti del provvedimento ovvero alla sua efficacia, essa non implica alcun difetto di interesse ai fini della proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione, dalla cui legittimità o illegittimità – secondo le censure che vengono dedotte – soltanto dipende la lesione dell'interesse azionato*". Nelle parole del TAR "Dirimente, per il caso di specie, si rivela quindi la considerazione secondo cui la disciplina processuale ai fini della decorrenza del termine per impugnare non conferisce rilievo alcuno alla efficacia dell'aggiudicazione, tanto che il relativo termine non risente della fase successiva all'aggiudicazione definitiva ex art. 11, comma 8 del codice appalti di cui al dlgs 163/2006 (ai sensi del quale l'aggiudicazione diventa "efficace" dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti)". L'orientamento abbracciato dalla sentenza in esame risponde all'esigenza di garantire il rispetto dei termini di decadenza imposti dal processo amministrativo e all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici ad essi sottesa. Per l'affermazione che l'istituto della decadenza in diritto processuale civile (definito quale "*estinzione di un diritto (in senso lato), disposta per il mancato esercizio entro un dato termine, al fine che l'esercizio medesimo, se abbia luogo, si avveri nel termine prefissato*"), non è logicamente incompatibile con la sospensione (pur formalmente non applicabile ex art. 2964 c.c.) quando "*pur trattandosi di decadenza, abbiano a prevalere ragioni equitative, normalmente sacrificate alla perentorietà; col risultato di spostare, in considerazione di situazioni particolari, il termine prefisso*" cfr. V. TEDESCHI, *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc. dir.*, Milano 785.

¹⁷⁵ Cfr. G.B. VERBARI *Organi collegiali*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano 1981, 61 ss.

¹⁷⁶ Con l'aggettivo "permanente" si allude al carattere non occasionale dell'organo, che preesiste all'insorgenza della questione controversa e non viene all'uopo istituito su volontà delle parti (come nel caso della formazione collegio arbitrale, su cui L. BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 899 ss.).

ne e organizzazione è affidata alla legislazione dei *Länder*¹⁷⁷, formato da tre componenti nominati secondo criteri di competenza e indipendenza molto rigidi (e rispettosi dei requisiti posti dalle direttive ricorsi); nel caso italiano l'attività di precontenzioso si aggiunge alle altre funzioni assegnate all'*Authority* di settore, e viene assolta a livello nazionale dai componenti del Consiglio dell'Autorità. Come noto l'ANAC è composta da cinque membri la cui nomina, pur rispondendo a regole che ne garantiscono l'indipendenza¹⁷⁸, non è sovrapponibile a quella applicabile ai giudici né la legge prevede che il presidente rivesta le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice (requisiti imposti dalle modifiche introdotte all'art. 2, c. 9 dir. 66/2007).

Ulteriore vistosa differenza tra i due istituti è ravvisabile nella natura e nella collocazione del rimedio nel sistema di tutele predisposto da ciascun ordinamento: mentre nel sistema tedesco il ricorso alla *Vergabekammer*, pur essendo necessariamente preceduto da una denuncia alla stazione appaltante dei vizi di legittimità della gara¹⁷⁹, è obbligatorio e sostitutivo del primo grado di giudizio, l'intervento dell'ANAC è facoltativo e non si sovrappone (né evidentemente sostituisce) la proposizione del ricorso giurisdizionale innanzi al giudice di prima istanza.

I due istituti divergono anche con riferimento agli effetti connessi al

¹⁷⁷ § 158, c. 2. GWB.

¹⁷⁸ Cfr. d.l. 31 agosto 2013, n. 101 conv. nella l. 30 ottobre 2013, n. 125, art. 5 c. 3 *“L'Autorità è organo collegiale composto dal presidente e da quattro componenti scelti tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione, di management e misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale. Il presidente e i componenti sono nominati, tenuto conto del principio delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione. Il presidente e i componenti dell'Autorità non possono essere scelti tra persone che rivestono incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano rivestito tali incarichi e cariche nei tre anni precedenti la nomina e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni dell'Autorità. I componenti sono nominati per un periodo di sei anni e non possono essere confermati nella carica”*.

¹⁷⁹ La denuncia alla stazione appaltante, che assurge a condizione preliminare per l'accesso agli strumenti rimediali preordinata a scongiurare procedure di ricorso inutili, viene di fatto utilizzata come *“door-opener”* per l'accesso a tali ultimi rimedi (M. BURGI, *EU Procurement Rules – A Report about the German Remedies System*, cit., 113).

relativo azionamento: mentre il ricorso alla *Vergabekammer* sospende automaticamente, salvo che sussistano ragioni contrarie, nel procedimento di precontenzioso l'astensione da atti pregiudizievoli fino al rilascio del parere è rimessa alla leale collaborazione delle parti, *sub specie* della stazione appaltante.

I contenuti della decisione assunta da ciascun organo non sono sovrapponibili: mentre la Camera degli appalti è preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura di appalto e all'eventuale annullamento dell'atto lesivo (cosiddetto "*Primärrechtsschutz*"), la decisione dell'ANAC non ha effetti costitutivi e si limita a verificare, attraverso una pronuncia dichiarativa, la conformità a diritto degli atti e comportamenti sottoposti al suo vaglio. Come visto, a fronte dell'emanazione del parere la stazione appaltante è vincolata ad adeguarsi a quanto in essa stabilito solo in presenza di una "*manifestazione di volontà*" in tal senso, accompagnata da quella di almeno un'altra parte coinvolta nel procedimento. L'adeguamento al parere avviene nelle forme dell'esercizio dei poteri di autotutela, che, nel caso esaminato, si colora di doverosità (salvo il potere di impugnazione del parere).

Merita aggiungere, per completezza del quadro delle differenze tra gli ordinamenti in comparazione, che, mentre, come visto, nel sistema tedesco vige un onere di previa denuncia alla stazione appaltante, il nuovo Codice ha eliminato l'istituto del c.d. preavviso di ricorso che imponeva alle parti che intendessero rivolgersi al giudice di informare in via preliminare la stazione appaltante attraverso una "*sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio*" (ex art. 243-bis, d.lgs. n. 163/2006). Si trattava di uno strumento già contemplato dalle direttive ricorsi¹⁸⁰ che, tuttavia, per come concepito e applicato nella vigenza del Codice del 2006¹⁸¹, dava

¹⁸⁰ La direttiva 2007/66/CE prevede, rispettivamente ai commi 4 e 5 degli artt. 1 delle dir. 89/665 e 92/13 come riformulati, che gli Stati membri "*possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre ricorso*" nonché la facoltà per gli stessi Stati di "*esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice*", ricorso che comporta la "*sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto*". L'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006 rappresentava evidentemente il recepimento della prima previsione, mentre l'istituto della previa denuncia previsto nel GWB costituisce una richiesta di riesame rivolta all'amministrazione aggiudicatrice, volta a provocare una decisione in autotutela.

¹⁸¹ In particolare le maggiori criticità dell'istituto attevano all'assenza di un termine per l'invio del preavviso e alla potenziale onerosità del procedimento stante la previsione dell'impugnabilità con motivi aggiunti del diniego di autotutela intervenuto dopo

raramente luogo a un “ripensamento” della stazione appaltante attraverso l’esercizio dei propri poteri di autotutela, traducendosi sovente in un vuoto adempimento formale da assolvere a ridosso della notifica del ricorso al solo fine di evitare ripercussioni sulla pretesa risarcitoria¹⁸².

Sembra allora che la scelta legislativa operata nel 2016 sia stata quella di collocare i poteri di autotutela della stazione appaltante in un momento successivo all’intervento precontenzioso dell’Autorità (ferma la relativa libera e discrezionale azionabilità al di fuori di tale ambito), quale forma di adeguamento (vincolato solo se l’istanza di parere sia accompagnata da una manifestazione congiunta di volontà in tal senso) al *dictat* dell’ANAC.

Un ulteriore elemento di diversità si rintraccia, in coerenza con quanto rilevato in ordine alla collocazione sistematica dei due rimedi, nella circostanza che mentre la decisione della *Vergabekammer* è impugnabile innanzi al giudice (civile) d’appello in unico grado¹⁸³, il parere preconten-

la proposizione del ricorso (art. 243-bis, c. 6: “*Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all’atto cui si riferisce, ovvero, se quest’ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti*”). È stato autorevolmente rilevato che, nella pratica, il preavviso “*perveniva ordinariamente all’Amministrazione contemporaneamente alla notifica dell’impugnazione o pochissimi giorni prima, il che ne impediva quella valenza deflattiva che aveva portato alla sua introduzione (e che forse avrebbe potuto conservare laddove fosse stato imposto un termine più breve per la sua presentazione). A ciò si aggiunga che l’eventuale accoglimento dei rilievi sollevati si sarebbe spesso tradotto in una lesione degli interessi del terzo aggiudicatario (controinteressato), ingenerando in ogni caso una reazione impugnatoria da parte di quest’ultimo*” (M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 2016). Sul punto si veda anche M. DELSIGNORE, *Le ADR nell’attuazione della direttiva 2007/66/CE*, in G. GRECO (a cura di) *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del Convegno*, Milano 2012, 137 ss.

¹⁸² L’art. 243-bis prevedeva infatti, al comma 5, che “*L’omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l’inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell’articolo 1227 del codice civile*”.

¹⁸³ Merita rilevare che tale caratteristica del ricorso alle *Vergabekammern* parrebbe rievocare l’impugnabilità del lodo arbitrale in unico grado innanzi alla Corte d’appello, suggerendo l’acostamento dell’istituto *de quo* all’arbitrato (disciplinato agli artt. 209 e 210 d.gs. n. 50/2016 oltre che dalle disposizioni del c.p.c. cui la normativa speciale espressamente rinvia – art. 209, c. 10). La somiglianza, tuttavia, è solo apparente e il confronto con l’arbitrato in materia di contratti pubblici appare meno proficuo di quello proposto in questa sede, stante la peculiare natura delle questioni soggette ad arbitri e le regole che governano la composizione dei collegi arbitrali. Sotto il primo profilo, l’arbitrato è riservato alle “*controversie su diritti soggettivi*”, e il relativo ambito di applicazione è legislativamente circoscritto alla fase esecutiva (controversie “*derivanti dall’esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell’accordo bonario di cui agli articoli*

zioso è impugnabile innanzi al giudice amministrativo di prima istanza secondo il rito accelerato di cui all’art. 120 c.p.a.

Un’ultima differenza si colloca sul piano dei rapporti con il diritto UE e riguarda la qualificabilità o meno dei rimedi in esame come “*giudizi pendent[i] davanti a un organo giurisdizionale*” in occasione dei quali è possibile operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 267 TFUE¹⁸⁴.

Come noto la Corte UE, attraverso il vaglio di ammissibilità dei rinvii pregiudiziali operati ai sensi del Trattato, ha elaborato un concetto autonomo di “*organo giurisdizionale*”, svincolato dalle rigide qualificazioni adottate dagli Stati membri.

Mentre, come visto, le *Vergabekammern* sono “giudici” secondo il diritto europeo e sono quindi legittimate a effettuare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia¹⁸⁵, lo stesso non può affermarsi per l’ANAC, neppure quando assume decisioni vincolanti in sede di precontenzioso. Tale conclusione si ricava dalla combinazione delle caratteristi-

205 e 206” art. 209, cit.) sicché non opera con riferimento alle questioni insorte durante la procedura di gara, che qui specificamente interessano. Sotto il secondo profilo, come già accennato, il collegio arbitrale si distingue dagli istituti in comparazione non rappresentando un organo “permanente” bensì un collegio all’uopo istituito su volontà delle parti. Con riferimento al primo profilo è stato condivisibilmente affermato che “*l’introduzione di rimedi alternativi alla giurisdizione nel settore dei contratti pubblici pone problemi diversi a seconda che si innesti nella fase di aggiudicazione piuttosto che in quella relativa all’esecuzione. In tale ultima fase viene in rilievo un rapporto di diritto-obbligo di carattere patrimoniale intercorrente tra la stazione appaltante e l’affidatario del contratto...Lo stesso non può dirsi con riferimento alla fase di aggiudicazione del contratto, laddove l’individuazione dei possibili rimedi alternativi non può non tener conto che a fronte della potestà pubblica che esercita la stazione appaltante l’aspirante aggiudicatario vanta una posizione di interesse legittimo*” (P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Milano 2015, 190).

¹⁸⁴ Già art. 234 TCE e art. 177 TCEE. Si noti che le direttive ricorsi, come modificate dal già citato art. 2, c. 9 dir. 2007/66/UE specificano che ogni violazione commessa dagli “organi di ricorso” competenti a garantire il rispetto delle regole sostanziali sull’affidamento dei contratti pubblici deve essere oggetto “*di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell’articolo 234 [oggi 267, n.d.r.] del trattato e che sia indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice e dall’organo di ricorso*”. La previsione, che sembrerebbe riservare alle procedure giurisdizionali la revisione delle decisioni assunte dall’“organo di ricorso” (per tale lettura cfr. M.P. CHITI, *Le misteriose “sanzioni alternative” nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell’ingerenza dell’Unione europea nel diritto processuale*, cit., 165), è apparsa, non a torto, tautologica alla luce dell’orientamento estensivo abbracciato dalla Corte nel riconoscimento della natura “*giurisdizionale ai sensi dell’art. 234*” degli stessi “organi di ricorso” (G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano 2003, 22).

¹⁸⁵ M. BURGI, *Vergaberecht*, cit., § 3, Rn. 18.

che differenziali esaminate nelle pagine che precedono con gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A partire da uno storico *leading case* del 1966¹⁸⁶, la Corte di Giustizia ha progressivamente definito le condizioni di ammissibilità del rinvio pregiudiziale. In quell'occasione, la ricevibilità della domanda d'interpretazione ex art. 177 dell'allora Trattato CEE proposta da un organo arbitrale olandese (lo *Scheidsgerecht*), competente a decidere ricorsi sulle decisioni di un ente previdenziale ma non incardinato nell'ordinamento giudiziario nazionale, si basò sulla circostanza che l'ente era: (i) costituito in base alla legge¹⁸⁷, (ii) permanente¹⁸⁸, (iii) soggetto a norme di procedura in contraddittorio analoghe a quelle che disciplinano il funzionamento dei tribunali di diritto comune¹⁸⁹, (iv) obbligatorio, (v) operante attraverso la applicazione di norme giuridiche¹⁹⁰.

Successivamente i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto inammissibile il rinvio pregiudiziale disposto da un organo amministrativo le cui pronunce erano caratterizzate, *inter alia*, dall'essere impugnabili innanzi al giudice amministrativo (la cui decisione era a propria volta appellabile innanzi a un giudice di secondo grado¹⁹¹) e dall'essere revocabili dal soggetto emanante, a condizione di ottenere l'accordo della parte cui essa è favorevole¹⁹². Tanto il parere precontenzioso quanto le decisioni delle *Vergabekammern* sono impugnabili innanzi a organi giurisdizionali (con

¹⁸⁶ CG, 30 giugno 1966, in C-61/65, *Vaassen-Goebbels*.

¹⁸⁷ Trovava, cioè, il proprio fondamento in una specifica norma giuridica.

¹⁸⁸ È considerato permanente un organo che, benché composto da membri la cui carica sia a termine, non costituisca un organismo istituito *ad hoc* ai fini della risoluzione di una singola controversia.

¹⁸⁹ Sul carattere non assoluto del criterio del contraddittorio cfr. CG, in C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 31; Id. in C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, punto 37.

¹⁹⁰ Merita rilevare che la legittimazione dello *Scheidsgerecht* è stata affermata nonostante lo stesso fosse composto da membri nominati dal Ministro competente e sulla base di un regolamento di procedura stabilito dallo stesso organo ministeriale.

¹⁹¹ Il profilo dell'impugnabilità è stato in particolare valorizzato in considerazione del fatto che la presenza di mezzi di ricorso giurisdizionale contro la decisione consento (*recte* obbligano, per l'organo di ultima istanza) il sollevamento della questione pregiudiziale in quella sede, garantendo l'efficacia complessiva del sistema. Va tuttavia rilevato che l'esistenza di un successivo controllo giurisdizionale non è stata ritenuta dirimente, in molte altre occasioni, come con riferimento al Consiglio Nazionale Forense nell'esercizio delle sue competenze disciplinari (e neppure rispetto al rinvio operato da altri organi di autogoverno di ordini professionali) o con riferimento alle già esaminate funzioni svolte dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario (CG, 30 novembre 1995, in C-55/94; CG, 9 agosto 1994, in C-447/93, *Nicolas Dreessen*; CG, 16 ottobre 1997, in causa da C-69/96 a C-79/96, *Garofalo*, punti 21 e ss.).

¹⁹² CG, 31 gennaio 2013, in C-394/11, *Valeri Hariev Belov*.

le differenze evidenziate *supra*) e revocabili (sia pur senza necessità di previo accordo), sicché tali elementi non risultano dirimenti.

Un’indicazione ben precisa nel senso di escludere che l’ANAC sia soggetto legittimato a sollevare questioni pregiudiziali si ricava invece da una recente pronuncia in cui la Corte ha dichiarato ammissibile il rinvio operato dal *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*¹⁹³. La controversia riguardava un “organo di ricorso” spagnolo, di pacifica natura amministrativa, cui il sistema nazionale consente di rivolgersi prima dell’introduzione di un contenzioso giurisdizionale in materia di affidamento di contratti pubblici¹⁹⁴.

La questione della legittimazione del *Tribunal Català*, deferita alla Grand Chambre per la sua complessità, è stata approfondita dall’Avvocato Generale Niilo Jääskinen nelle sue conclusioni¹⁹⁵ con specifico riferimento al requisito della obbligatorietà.

Detto requisito, secondo gli approdi della giurisprudenza più recente, dipende non tanto dal fatto che l’istanza sia l’unico mezzo di ricorso disponibile (essendo ammissibile la natura facoltativa del rimedio rispetto a quello giurisdizionale)¹⁹⁶, quanto piuttosto dall’“obbligatorietà” delle decisioni assunte. Tale ultimo elemento si ricava, a sua volta, dalla circostanza che il vincolo abbia un fondamento nella legge e non nell’accordo delle parti¹⁹⁷, sicché il rimedio è “obbligatorio” quando la scelta

¹⁹³ CG, 6 ottobre 2015, in C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, in cui la Corte ha chiarito che il fondamento legale dell’organo di rinvio, il suo carattere permanente, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e la sua indipendenza e terzietà rispetto all’autorità che ha adottato la decisione contestata, consentono di ritenere ammissibile il rinvio pregiudiziale.

¹⁹⁴ Per completezza merita rilevare che, sebbene nella generalità dei casi la proposizione del ricorso preliminare al *Tribunal* è facoltativo, riguardo ai settori speciali sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali il ricorso speciale è condizione necessaria per rivolgersi agli organi giurisdizionali. Tuttavia, nella specie, è che la controversia non riguardava il campo dei settori speciali.

¹⁹⁵ Cfr. Conclusioni Niilo Jääskinen del 7 luglio 2015 in C-203/2014, cit.

¹⁹⁶ La Corte ha considerato come organo giurisdizionale ex art. 267 TFUE l’autorità designata per statuire in secondo grado sulle decisioni del registro dei marchi, che divideva tale competenza con un tribunale ordinario, e la cui consultazione dipendeva dal ricorrente, che poteva scegliere dinanzi a quale tribunale proporre il suo ricorso in ragione dell’effetto vincolante delle decisioni (CG, in C-259/04, Emanuel). Parimenti la Corte ha definito «obbligatoria» la giurisdizione del *Tribunal Arbitral Tributário* (Portogallo) che si presentava come un mezzo cui il ricorrente poteva facoltativamente rivolgersi per risolvere una controversia fiscale (CG, in C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punto 29).

¹⁹⁷ Secondo la giurisprudenza, pertanto, mentre un collegio arbitrale convenzionale

dell'istante di adire l'organo non giurisdizionale “vincola l'amministrazione, che non la può modificare”¹⁹⁸. In altri termini, il fatto che la decisione dell'organo del rinvio abbia effetto vincolante è effettivamente un criterio necessario affinché tale organo possa essere considerato come un “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” ai sensi dell'articolo 267 TFUE, ma non è di per sé sufficiente a definire la giurisdizione di tale organo “obbligatoria” ai fini del rinvio pregiudiziale. A tale riguardo, è altresì essenziale che l'organo in questione sia un organo previsto dalla legge e che la relativa competenza non necessiti dell'accordo delle parti¹⁹⁹, ben potendo trovare fondamento nella scelta del solo ricorrente. La legittimazione dell'ANAC ex art. 267 TFUE è pertanto da escludere in ragione del carattere consensuale del rimedio²⁰⁰.

In conclusione, sebbene, quando le parti decidono di riconoscerle carattere vincolante, la pronuncia dell'ANAC sugli atti emanati durante lo svolgimento delle procedure di gara possa essere assimilata, sul piano funzionale, a quella assunta dalle *Vergabekammern* nell'ordinamento tedesco, per ciò che entrambe sono dirette a risolvere una controversia sorta tra le parti all'esito di un procedimento contenzioso di tipo giustiziale, le differenze tra i due istituti prevalgono sulle somiglianze.

L'analisi condotta nelle pagine che precedono ha consentito di evidenziare tutte le ragioni per cui, mentre le *Vergabekammern* configurano

non costituisce una giurisdizione ex art. 267 TFUE, per contro, la Corte ha ammesso la ricevibilità delle questioni pregiudiziali presentatele da un collegio arbitrale avente un fondamento legale, le cui decisioni erano vincolanti per le parti e la cui competenza non dipendeva dall'accordo delle suddette (CG, in C-109/88, *Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark*, punti da 7 a 9; Id., in C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punti 28 e 29 e Id. ord. in C-555/13, *Merck Canada*, punti 18 e 19).

¹⁹⁸ Cfr. Conclusioni Niilo Jääskinen, in C-203/2014, cit., pt. 35.

¹⁹⁹ Cfr. Conclusioni cit., pt. 45.

²⁰⁰ Appaiono particolarmente eloquenti sul punto, le già citate previsioni del Regolamento che precisano che l'istanza di parere precontenzioso debba essere corredata da una espressa “manifestazione di volontà” delle parti di attenersi a quanto stabilito nel parere (cfr. art. 3 c. 3 e art. 4 c. 1). La precisazione, ritenuta superflua dal Consiglio di Stato, ha l'effetto di escludere recisamente il carattere “obbligatorio” dell'organo (cfr. Cons. St., parere n. 1920/2016, in cui la Commissione speciale auspicava l'eliminazione della subordinazione dell'efficacia vincolante del parere al previo consenso delle parti in quanto, una volta sancita l'impugnabilità del parere, “non sembra più necessario subordinare l'efficacia vincolante al previo consenso delle parti. Nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad Autorità indipendenti, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti (si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso), ma tale soluzione – come si ricorderà tra breve – non è perseguibile de iure condito”).

dei veri e propri “organi di ricorso” ai sensi delle direttive UE, l’istituto del precontenzioso innanzi all’ANAC rappresenta piuttosto una forma di tutela aggiuntiva a quella giurisdizionale, più propriamente assimilabile a un ricorso amministrativo previo e facoltativo. L’esperienza tedesca dimostra peraltro l’importanza che i rimedi non giurisdizionali possono giocare nel settore dei contratti pubblici anche prima della fase esecutiva.

Il ruolo che il precontenzioso potrà effettivamente rivestire nell’ordinamento italiano, anche in un’ottica deflattiva del contenzioso, sembra affidato, da una parte, alla solerzia della risposta dell’Autorità e all’affidabilità (in termini di percezione di giustizia) delle relative pronunce, dall’altro, all’ampliamento del ventaglio di effetti che si vorranno connettere, in via legislativa, alle pronunce *de quibus*²⁰¹.

²⁰¹ Ciò, ad esempio, riconoscendo effetto sospensivo sul termine per ricorrere in via giurisdizionale al procedimento precontenzioso non interpretativo avviato su istanza congiunta (e dunque destinato a dar luogo a un parere vincolante) nonché, eventualmente, riconoscendo carattere non solo dichiarativo ai pareri qualificabili come decisioni.

LA VALUTAZIONE DEL RISCHIO
DA RICERCA UNIVERSITARIA ALL'ESTERO:
UN «PROBLEMA» IN CERCA DI REGOLE

SOMMARIO: 1. Il contesto di riferimento. – 2. Un primo livello di indagine: silenzio del legislatore e suo possibile superamento. – 3. Il secondo livello: modello a geometria unitaria e necessità di una responsabilizzazione degli organi accademici sul piano del controllo. – 4. (*segue*)... la disciplina procedurale dell'autorizzazione allo svolgimento di attività di ricerca all'estero. – 5. Inquadramento *ex post* ed idea di un "ciclo" di trattazione giuridica del rischio da ricerca universitaria all'estero: autorizzazione conformativa e suo "monitoraggio". – 6. (*segue*) ... ed approccio improntato al principio di precauzione. – 7. Conclusioni.

1. *Il contesto di riferimento*

Le più recenti vicende che hanno riguardato la conduzione di attività di ricerca in contesti caratterizzati da una spiccata "fragilità" a livello politico-sociale pongono all'ordine del giorno la questione relativa alla necessità di apprestare efficaci strumenti di controllo e tutela di carattere preventivo per attenuare quello che potrebbe definirsi in termini di rischio da ricerca universitaria all'estero¹. Attraverso quest'ultima espressione, della quale non è ancora possibile trovare riferimenti specifici nella letteratura giuridica, si intende fare riferimento alla particolare condizione in cui possono versare quei soggetti che svolgono attività di ricerca

¹ Sulle speciali esigenze di sicurezza connesse alla considerazione del contesto socio-politico che caratterizza alcuni "fragile States" si rinvia a A. WARE, *Beyond the usual suspects: complexity of fragility and analytical framework*, in ID. (directed by), *Development in difficult sociopolitical contexts. Fragile, failed, pariah*, Palgrave Macmillan UK (e-book), spec. 3 ss.; con specifico riguardo all'attività di ricerca condotta all'estero in aree a rischio F. STRAZZARI, *Securitization of research? New practices and new challenges*, Relazione alla Giornata di Studi sul tema "La ricerca accademica sul campo: rischi e responsabilità", svoltasi presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa in data 24 maggio 2016, cui si rinvia per l'utilizzo dell'espressione "political fragile contexts".

“sul campo” con riguardo ai richiamati contesti. Questi ultimi, per la particolarità delle tensioni socio-politiche ed istituzionali che li caratterizzano, rappresentano una fonte di possibile esposizione della persona a fattori di rischio che sono strettamente connessi al tipo di ricerca che viene condotta *in loco* ed alla sua attitudine ad intercettare interessi pubblici sensibili.

Il punto logico di partenza per un’indagine in merito alle risposte che il diritto amministrativo può offrire al problema della valutazione della particolare fattispecie così individuata è rappresentato dall’affermazione per la quale il rischio costituisce un “fattore costante ed immanente alle società avanzate del capitalismo maturo”, essendo compito del giurista “quello di cercare di individuare i percorsi e gli strumenti in virtù dei quali siano più agevoli” operazioni volte al controllo ed alla gestione di siffatta situazione². In tale contesto, la definizione di una “strategia strutturata di gestione del rischio”³ non sembra poter prescindere dal riferimento al modello di azione procedimentalizzata all’interno del quale una tale valutazione deve necessariamente essere ricondotta. Da questo punto di vista il modello procedimentale assume il valore e la portata tipica di un “luogo geometrico” ideale per la riconduzione in forma unitaria della pluralità degli interessi rilevanti nell’ambito di un’unica vicenda decisionale⁴. La riconduzione della valutazione del rischio entro lo spettro della tutela procedimentale consente di inquadrare il riferimento a quest’ultima per effetto del richia-

² Così, nell’ambito di una trattazione relativa alla materia ambientale, sulla base di una riflessione di carattere più ampio che presuppone un approccio generale al problema del rischio, R. FERRARA, *La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir e soc.*, 2006, spec. 511, 512. Sul tema altresì J.B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque*, in Conseil d’État, *Rapport public 2005*, Paris, 2005, 351 ss.; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, spec. 57 e ss.

³ Richiamando in questa sede il concetto di “collaborative and structured approach to risk management” riferito al contesto dell’impresa ed alla cd. catena di fornitura (*supply chain*), da D. WATERS, *Supply chain risk management: vulnerability and resilience in logistics*, London, 2011, 180-181, che intende tale strategia strutturata in termini di efficace strumento per gestire il rischio che impedisce il perseguimento degli obiettivi propri di un processo produttivo. In termini analoghi con riferimento al contesto giuridico-ambientale R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari 2014, spec. 262 ss.

⁴ Potendosi al proposito affermare – sulla base di una analogia rispetto ad una immagine tratta dagli studi di diritto parlamentare (in tal senso A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna 2003) – che il procedimento assuma in tale ottica la qualificazione di luogo geometrico del pluralismo degli interessi pubblici e privati ricondotti entro la forma “istituzionale” di svolgimento dell’azione amministrativa.

mo ad una duplice dimensione connotata in base alla soggettività od oggettività dell'angolo visuale che si voglia assumere.

Da un primo punto di vista – valutato in base ad un approccio soggettivo legato alla tipologia e natura degli interessi coinvolti – ad assumere rilevanza è la tradizionale logica del perseguimento dell'interesse pubblico primario affidato alla cura dell'amministrazione realizzato attraverso un'adeguata forma di ponderazione rispetto agli interessi secondari pubblici e privati dedotti nell'ambito del procedimento⁵. Per effetto di tale impostazione quest'ultimo viene a configurarsi, oltre che in chiave di modello entro cui ricondurre in forma dinamica l'idea della doverosità della funzione⁶, anche in termini di momento di valutazione circa il tipo di incisione degli interessi intercettati dall'esercizio del potere amministrativo.

Al contrario, in una seconda prospettiva di inquadramento, che assume come proprio un angolo visuale di tipo oggettivo, viene in evidenza una attività di valutazione adeguata alla “concreta” situazione di fatto dedotta nell'ambito del procedimento che ha come parametro di riferimento le circostanze esterne (di contesto) rispetto alle quali l'amministrazione stessa è chiamata a adottare la propria decisione⁷. In questa seconda ottica

⁵ Sulla base della nota ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano 1939, spec. 77 ss., ove l'Autore riconosce una componente di necessità nella discrezionalità, derivante dalla esigenza che “nella cura di ciascun interesse pubblico, l'autorità competente possa tener conto degli interessi che con quello concorrono o che a quello accedono”. Infatti “solo col lasciare un margine libero all'autorità si rende possibile la *ponderazione stessa dell'interesse che a quella è affidato come cura*, una volta che tale interesse, per una nota legge sociologica, in tanto esiste, in quanto ci sono altri interessi cui ordinarlo” (corsivi nostri). Analogamente, riprendendo l'idea gianniniana, F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss., osserva come “la stessa distinzione tra *interesse pubblico primario e interessi pubblici secondari* (...), rispecchia il modo di operare di ciascun organo amministrativo isolatamente considerato; che, avendo in cura taluni interessi pubblici, tende a massimizzare la soddisfazione di questi, assumendo come secondari altri interessi pubblici, che possono non essere affatto subordinati o recessivi rispetto all'interesse primario” (corsivi nostri).

⁶ Sul punto G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss., il quale si riferisce alla “*scelta discrezionale*” dell'amministrazione affermando che essa “*deve essere diretta al perseguimento dell'interesse pubblico primario*” (corsivi nostri).

⁷ In tema si rinvia a F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 11 ss., il quale, sia pure con riguardo al profilo specifico della partecipazione procedimentale, osserva come essa debba leggersi nell'ottica di “agevolare l'amministrazione nell'adozione della modalità di perseguimento dell'interesse pubblico primario più *adeguata alla situazione di fatto*”, potendosi da questo punto

la valutazione procedimentale assume connotati del tutto particolari che conducono a configurare l'azione amministrativa come caratterizzata da una vera e propria "concretezza", nel senso di aderenza al dato fattuale cui deve essere conformata la decisione per non incorrere nella censura derivante dalla violazione del principio di logicità e congruità⁸. Lo stesso modello procedimentale assume per tale motivo la configurazione di luogo giuridico di "emersione materiale di regole e regolarità fattuali", con ciò facendosi riferimento ad un insieme di "fattualità mutevoli della prassi" e di "comportamenti oggettivamente materiali"⁹ che vengono assunti a parametro della valutazione che deve essere effettuata da una determinata amministrazione in una specifica fattispecie.

Sulla base di tale particolare chiave di lettura è necessario osservare come la valutazione fattuale cui è chiamata l'amministrazione – ove il contesto da ricostruire presenti profili di particolare criticità – venga ad assumere una valenza ulteriore. Tale è quella che conduce ad inquadrare il procedimento come struttura decisionale articolata mediante la quale è possibile individuare, qualificare e dettare delle regole per la gestione di un rischio idoneo ad incidere sulla persona, predisponendo così una "barriera" garantistica volta a minimizzare l'impatto di una certa situazione sulla sfera giuridica privata¹⁰. Siffatta distinta prospettiva di inquadramento del modello procedimentale deve essere accolta nell'affrontare il problema posto a fondamento di questo contributo, ove assume rilievo la questione del se (*an*) e come (*quomodo*) sia possibile costruire un procedimento adeguato a valutare e gestire situazioni di rischio per la persona derivanti dallo svolgimento di attività di ricerca universitaria nei già ricordati contesti caratterizzati da rilevanti tensioni politico-sociali¹¹.

L'indagine sarà sviluppata attraverso il richiamo a due distinte direttrici di riferimento, andando a valutare *in primis* quale sia il contesto

di vista estrapolare un significato "oggettivo" del contributo del privato nell'ottica del raggiungimento di "una migliore conoscenza della realtà e della complessa trama degli interessi coinvolti" (corsivi nostri).

⁸ Per l'idea di un processo di concretizzazione dell'interesse pubblico, affermata con riguardo al modello della partecipazione procedimentale la cui funzione è stata letta in chiave di strumentalità rispetto a tale obiettivo si rinvia a E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, 7 ss.

⁹ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 132.

¹⁰ R. FERRARA, *Introduzione*, cit. 131, nell'ambito di una riflessione di carattere generale sul rapporto tra cittadini ed amministrazioni ricorre all'immagine del procedimento come "barriera" che si interpone tra il forte ed il debole.

¹¹ Per una "mappatura" di tali contesti F. STRAZZARI, *Securitization of research? New practices and new challenges*, cit.

normativo nazionale entro il quale poter ricondurre la valutazione procedimentale del rischio da ricerca universitaria all'estero e, successivamente, quali possano essere le coordinate di fondo per la "costruzione" di un modello procedimentale adeguato alla complessità della fattispecie di cui si discute¹².

2. Un primo livello di indagine: silenzio del legislatore e suo possibile superamento

Nell'affrontare il problema relativo alla possibilità di rinvenire alcune coordinate normative di base in relazione alla disciplina della valutazione del rischio connesso allo svolgimento di attività di ricerca all'estero è necessario precisare come il quadro normativo attualmente vigente non consenta di trarre elementi utili per un inquadramento di tipo sistematico. Nel più ampio contesto di riforma del sistema universitario¹³, la mate-

¹² Sulla rilevanza di un tale tipo di valutazione, ove ricondotta all'ambito procedimentale, si rinvia a quanto osservato da F. DONDI, F. MOSER, *L'università e la ricerca nella società del rischio*, in *Ecoscienza*, 2013, 18 ss., la cui riflessione tende ad evidenziare come "la dicotomia tra aspetti positivistici e culturali deve trovare un punto di equilibrio in una «procedura»".

¹³ In un'ottica più generale, il tema della riforma del sistema universitario ha costituito oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. In questa sede si possono richiamare i contributi di F. MERLONI, *La «moralizzazione» delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 577 ss., che già prima della riforma Gelmini si è soffermato sulla questione dei vizi del sistema connessi al fenomeno dell'eccessivo localismo nel reclutamento; G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 202 ss.; A. GRAZIOSI, *L'università per tutti. Riforme e crisi del sistema universitario italiano*, Bologna 2010, *passim*, cui si rinvia per un'indagine finalizzata ad evidenziare la necessità di un miglioramento globale del sistema universitario italiano (anche sulla base del riferimento all'esperienza comparata) che passi dalla sua differenziazione sul piano interno e dalla emersione (o potenziamento) delle punte di eccellenza anche in prospettiva internazionale; C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Rivista Aic*, fasc. n. 3, 2011; A. BELLAVISTA, *Abilitazione scientifica nazionale e reclutamento dei professori nelle Università dopo la legge n. 240/2010*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 2012, 307 ss., per una valutazione circa l'impatto e lo scopo generale della riforma nella prospettiva di una responsabilizzazione di tutti gli attori del sistema; E. PICOZZA, *Governance e concorrenza nell'università. Riflessioni tecniche*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino 2013, 41 ss.; C. BARBATI, *Il governo del sistema universitario, ovvero una «riforma incompiuta»*, in *Astrid-online.it*, 2013, 1 ss., la quale riconduce il processo riformatore alla "prioritaria necessità" di incentivare la qualità e l'efficienza del sistema in questione; A. BANFI, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 361 ss., per una riflessione generale in merito all'intervento dello

ria in questione non ha costituito oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore, potendosi soltanto ricavare alcune indicazioni generali per un successivo sviluppo in sede regolamentare ad opera delle singole istituzioni universitarie¹⁴.

Il tema della ricerca universitaria all'estero è stato, infatti, oggetto di disciplina con riguardo allo specifico ambito dei dottorati di ricerca¹⁵, alla luce delle previsioni contenute nella l. n. 210/1998, come modificata per effetto della l. n. 240/2010 (cd. legge Gelmini)¹⁶. Nello specifico, quest'ultima ha modificato il comma 2 dell'art. 4 della legge del 1998

Stato ed agli strumenti di valutazione *ex ante* ed *ex post* finalizzati a realizzare un'efficace allocazione dei fondi destinati alla ricerca; con riguardo al nuovo sistema di reclutamento post-riforma *ex multis* C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 802 ss.

¹⁴ Non costituisce oggetto di attenzione nell'ambito di questo contributo la disciplina relativa al cd. anno sabbatico dei professori universitari. Al proposito è da osservare come lo svolgimento di attività di ricerca all'estero per quanto concerne questi ultimi sia stato oggetto di previsione ad opera del d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382 (in tema di riordinamento della docenza universitaria), il cui art. 17 ha disciplinato l'alternanza dei periodi di insegnamento e di ricerca e congedi dei professori ordinari per attività didattiche e scientifiche anche in Università o Istituti esteri o internazionali. La disposizione in oggetto ha individuato un procedimento autorizzatorio *ad hoc*, stabilendo che "il rettore può, con proprio decreto, autorizzare il professore universitario che abbia conseguito la nomina ad ordinario, ovvero la conferma in ruolo di professore associato, su sua domanda e sentito il consiglio della facoltà interessata, a dedicarsi periodicamente ad esclusive attività di ricerca scientifica in istituzioni di ricerca italiane, estere e internazionali complessivamente per non più di due anni accademici in un decennio". In giurisprudenza, con particolare riguardo alla tematica del trattamento economico dei docenti che usufruiscono dell'anno sabbatico all'estero si veda Tar Lazio, sez. III, 5 luglio 2011 n. 5918, in *Foro amm. (Tar)*, 2011, 2381 ss. ma già prima Tar Sardegna, 5 giugno 2003, n. 686, in *Foro amm. (Tar)*, 2003, 2099 ss.

¹⁵ Sulla rilevanza del dottorato quale strumento finalizzato ad una significativa integrazione cooperativa tra atenei anche di diversi Paesi si veda da ultimo G. TARLI BARBIERI, *La lingua nelle aule universitarie*, in P. CARETTI, G. MOBILIO (a cura di), *La lingua come fattore di integrazione sociale e politica*, Torino 2016, 207 ss., ove l'Autore richiama la giurisprudenza costituzionale che ha delineato l'idea di fondo sottesa a siffatto percorso formativo, orientato a "supportare autonome capacità di ricerca scientifica attraverso le quali evidenziare originalità creative e rigore metodologico" (in particolare il riferimento è a Corte cost. sent., n. 208/1996, in *Giurcost.it*).

¹⁶ Sul cui impatto si veda nello specifico, oltre ai contributi richiamati alla nota 13, anche la ricostruzione di S. BATTINI, *La nuova governance dell'Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 359 ss., cui si rinvia per una lettura critica della riforma che evidenzia la limitazione dell'autonomia delle università. In tema anche G.M. ESPOSITO, *Riforma dell'università e governance della conoscenza*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, cit., 96-97, ove si parla di omologazione "dall'alto" del modello organizzatorio, che produce "una specie di camicia di forza anche della stessa governance".

affermando che mediante decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca (su proposta dell'Anvur) sono definiti "i criteri e i parametri sulla base dei quali i soggetti accreditati disciplinano, con proprio regolamento, l'istituzione dei corsi di dottorato, le modalità di accesso e di conseguimento del titolo, gli obiettivi formativi e il relativo programma di studi"¹⁷. Il richiamo a siffatta base legislativa consente di osservare come il legislatore, non operando alcun riferimento alla materia della ricerca universitaria all'estero, abbia voluto individuare un modello di regolazione ad integrazione progressiva che, partendo dal livello primario, conduce ad una disciplina più specifica demandata in un primo momento ad un apposito decreto ministeriale e, successivamente, rimessa all'autonomia delle singole università¹⁸. In tale quadro di riferimento il momento intermedio rappresentato dal decreto ministeriale, assume la funzione di atto interposto tra legge e regolamenti delle università, mediante il quale vengono delineate le condizioni generali (la "cornice" normativa) per la concreta istituzione ed il funzionamento dei singoli corsi di dottorato demandata alla successiva autonomia universitaria¹⁹.

¹⁷ La disposizione in oggetto afferma che "i corsi di dottorato di ricerca sono istituiti, previo accreditamento da parte del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, su conforme parere dell'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR), dalle Università, dagli istituti di istruzione universitaria ad ordinamento speciale e da qualificate istituzioni italiane di formazione e ricerca avanzate" (...) "Le modalità di accreditamento delle sedi e dei corsi di dottorato, quale condizione necessaria ai fini dell'istituzione e dell'attivazione dei corsi, e le condizioni di eventuale revoca dell'accREDITAMENTO, nonché le modalità di individuazione delle qualificate istituzioni italiane di formazione e ricerca di cui al primo periodo, sono disciplinate con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, su proposta dell'ANVUR. Il medesimo decreto definisce altresì i criteri e i parametri sulla base dei quali i soggetti accreditati disciplinano, con proprio regolamento, l'istituzione dei corsi di dottorato, le modalità di accesso e di conseguimento del titolo, gli obiettivi formativi e il relativo programma di studi, la durata, il contributo per l'accesso e la frequenza, il numero, le modalità di conferimento e l'importo delle borse di studio di cui al comma 5, nonché le convenzioni di cui al comma 4".

¹⁸ In chiave più generale C. BARBATI, *Il governo del sistema universitario*, cit., 3 ss., evidenzia una tendenza tipica della riforma del sistema universitario, in forza della quale il "governo" di tale sistema appare sottrarsi "progressivamente alle scelte di un Ministero «debole», con conseguente «spostamento dell'asse di governo del settore» e rivalutazione del peculiare ruolo delle autonomie nell'ambito dei processi decisionali.

¹⁹ Sulla necessaria valorizzazione dell'autonomia universitaria, oltre alla già ricordata riflessione di C. BARBATI, *op. ult. cit.*, 3 ss., si veda anche A. GRAZIOSI, *L'università per tutti*, cit., 83 ss. che si riferisce alla necessità di "trovare una giusta combinazione" tra "approccio centralistico, che nel nostro Paese sembra irrinunciabile ma che va fondato su una valutazione rigorosa, e incentivi alla reale autonomia di atenei e dipartimenti, che li spinga ad agire in modo virtuoso" (corsivi nostri).

Su tale base il Miur è intervenuto mediante d.m. 8 febbraio 2013 n. 45, andando a dettare una disciplina *ad hoc* per quanto concerne le modalità di accreditamento delle singole sedi e dei corsi di dottorato ed individuando al contempo i criteri sulla base dei quali i soggetti abilitati all'attivazione di corsi di dottorato possano regolare l'istituzione ed il funzionamento dei corsi in questione²⁰. Nello specifico – limitatamente alla problematica oggetto di indagine in questa sede – è da osservare come il regolamento ministeriale non abbia dettato una disciplina (sia pure di carattere generale) relativa al tema della “gestione” della ricerca all'estero. Gli unici riferimenti alla tematica *de qua* sono da rinvenire in due disposizioni che devono essere lette congiuntamente al fine di ricavare una indicazione di massima cui poter fare riferimento in sede di elaborazione dei regolamenti delle singole università²¹.

In una prima prospettiva l'art. 6 del regolamento, nel recare la disciplina relativa alla istituzione, durata e funzionamento dei corsi di dottorato, dopo aver individuato nel collegio dei docenti e nel coordinatore i due organi del corso di dottorato di ricerca (comma 3), afferma che il primo “è preposto alla progettazione e alla realizzazione del corso di dottorato” (comma 4)²². Se da questa disposizione non è possibile ricavare altra e più puntuale indicazione in merito ai compiti effettivi del collegio, il successivo art. 9 in tema di borse di studio consente di meglio specifica-

²⁰ Sul punto G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 947 ss., il quale rileva come il d.m. 8 febbraio 2013, n. 45 costituisca, insieme ad altri interventi, l'espressione di specifici “dettati in via amministrativa” i quali “non sono precetti che si limitano a dare esecuzione alle norme di legge, ma contengono la disciplina di base di parti importanti dell'organizzazione e del funzionamento delle università”. Per un inquadramento della tematica in chiave comparata M. TIRABOSCHI, *Dottorati industriali, apprendistato per la ricerca, formazione in ambiente di lavoro. Il caso italiano nel contesto internazionale e comparato*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 73 ss.

²¹ Sul punto G. TARLI BARBIERI, *La lingua nelle aule universitarie*, cit., spec. 221 ss., cui si rinvia per un inquadramento della materia in questione nel contesto più ampio del d.m. n. 45/2013, con una specifica attenzione alla questione del *budget* aggiuntivo rispetto alla borsa di studio da destinare ad attività di ricerca in Italia e all'estero.

²² In tema si rinvia a F. CAPONETTI, *Il dottorato di ricerca: evoluzione e potenzialità attuali*, in E. PICOZZA, A. POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, cit., 259 ss., la quale sviluppa una riflessione più ampia sulla “contestualizzazione del dottorato di ricerca nell'ambito dell'istruzione superiore nazionale, europea ed internazionale” in considerazione del fatto che “il regolamento precisa che i corsi di dottorato sono attivati in coerenza con le linee guida condivise a livello europeo, da soggetti che sviluppano una specifica, ampia, originale, qualificata e continuata attività, sia di didattica che di ricerca, adeguatamente riconosciuta a livello internazionale nei settori di interesse per il dottorato”.

re il laconico riferimento alla funzione di “progettazione” del collegio docenti di cui all’art. 6, riconoscendo una precisa funzione provvedimentale all’organo in questione. Sia pure in forma indiretta ed in una disposizione avente ad oggetto profili di carattere finanziario, viene ricondotta in capo al collegio dei docenti una competenza al rilascio di atti di autorizzazione a svolgere attività di ricerca all’estero. Si afferma, infatti, che l’importo della borsa di studio del dottorando, può essere incrementato “nella misura massima del 50 per cento” e “per un periodo complessivamente non superiore a 18 mesi” ove il soggetto *de quo* sia “autorizzato dal collegio dei docenti a svolgere attività di ricerca all’estero”²³.

L’idea che sembra possibile desumere da queste linee essenziali a livello di disciplina è quella di una particolare sensibilità del legislatore con riguardo alla garanzia della sostenibilità finanziaria del periodo di ricerca all’estero²⁴, cui si associa una regolamentazione minima in tema di autorizzazione, la quale va a riempire di contenuto il disposto altrettanto generico in tema di competenze del collegio docenti. Da tale quadro emerge un profilo di criticità la cui rilevanza può essere apprezzata ove si ponga mente all’assenza di una specifica attenzione nei confronti di una diversa tipologia di sostenibilità, che esula da considerazioni di carattere finanziario e potrebbe essere qualificata alla luce del tipo di rischio che il dottorando è chiamato ad affrontare in rapporto al particolare contesto nell’ambito del quale la ricerca deve essere materialmente condotta²⁵.

²³ Al proposito è da rilevare come già prima dell’intervento ministeriale la l. 19 ottobre 1999, n. 370 (recante “Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica”) avesse previsto che “gli enti di ricerca possono determinare, con proprio regolamento emanato ai sensi dell’art. 8, comma 5, della legge 9 maggio 1989, n. 168, in sostituzione del trattamento di missione e comunque per importi non superiori al medesimo, uno specifico trattamento forfettario, che tiene conto delle differenze del costo della vita, da attribuire al personale inviato a svolgere *attività di ricerca all’estero* presso enti, centri e istituzioni straniere o internazionali per periodi continuativi superiori ad un mese. Sui regolamenti di cui al presente comma il Ministero dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica acquisisce, nel termine perentorio di trenta giorni, il parere del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica” (corsivo nostro).

²⁴ Tale idea, sviluppata in relazione ad un profilo particolare, è da ricondurre al più generale contesto di crisi in cui si inquadrano gli interventi normativi in materia di università successivi alla legge Gelmini (su cui E. PICOZZA, *Governance e concorrenza nell’università*, cit., spec. 55 ss.)

²⁵ In questo senso R. DUBINI, *Salute e sicurezza del lavoro all’estero: valutazione del rischio*, in *Puntosicuro* (Rivista della sicurezza sul lavoro, ambiente e security), 22 dicembre 2015, ha operato una “mappatura” dei diversi possibili fattori di pericolo e rischio (richiamando quelli ambientali, culturali, religiosi, logistici, socio-politici e connessi alla criminalità e delinquenza di un determinato contesto).

Tuttavia, pur non sembrando possibile ricorrere allo sviluppo di un siffatto tipo di approfondimento che arrivi al punto di delineare in forma compiuta il procedimento valutativo avente ad oggetto la sostenibilità del rischio da ricerca universitaria all'estero²⁶, un'utile indicazione, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere quella che conduce ad una circoscritta integrazione a livello regolamentare. In base a siffatta impostazione si ritiene la possibilità di operare, nella disposizione del decreto ministeriale dedicata alle funzioni del collegio dei docenti, una specificazione quanto a queste ultime che vada aldilà del mero riferimento alla "progettazione" e "realizzazione" del corso di dottorato. Ciò potrebbe avvenire – anche sulla base di una lettura in chiave evolutiva della giurisprudenza – attraverso il richiamo ad un compito di valutazione concernente l'andamento dell'intera attività di ricerca svolta dal dottorando, non soltanto dal punto di vista dei suoi risultati (*ex post*), ma anche del tipo di rischio (*in itinere*) al quale esso è esposto nel condurre siffatta ricerca²⁷. Accedendo ad una tale logica, verrebbe demandata ai successivi regolamenti delle singole università la disciplina procedimentale specifica del potere di autorizzazione del collegio docenti, sulla base di un approccio alla ricerca di tipo omnicomprensivo che guardi tanto ai prodotti attesi quanto (in via preliminare) alle condizioni di contesto entro le quali siffatti risultati dovrebbero essere maturati²⁸.

A partire da siffatto inquadramento di carattere preliminare, si tratta di valutare – sia pure in base ad un'indagine "a campione" – il tipo di "seguito" che la scarna disciplina desumibile dal combinato disposto

²⁶ E ciò a *fortiori* ove si abbia quale parametro di riferimento quello rappresentato da un regolamento ministeriale chiamato a dettare "criteri" e "modalità" generali di funzionamento dei corsi di dottorato.

²⁷ In quest'ottica potrebbe, ad esempio, ricondursi l'affermazione di quella giurisprudenza (cfr. al proposito Tar Lombardia, sez. IV, 1 marzo 2012, n. 683) che ha riconosciuto che "gli ammessi al dottorato di ricerca sono soggetti alla vigilanza di un collegio docenti e svolgono *attività di ricerca indirizzata, controllata e valutata* da apposito corpo docenti". Tale ultima affermazione consente di accedere ad un'idea ampia di controllo, come tale idonea a ricomprendere al suo interno anche una valutazione *in itinere* del rischio cui la persona che conduce la ricerca "sul campo" è esposta.

²⁸ In tale ottica si può fare riferimento al dato contestuale intendendolo in termini ampi, tali da ricomprendere non soltanto i già ricordati fattori socio-politici (che attengono al tipo di percezione del lavoratore straniero da parte delle comunità locali), culturali e religiosi, ma anche quelli "ambientali". In particolare questi ultimi – in quanto connessi ai primi – rappresentano un indicatore di riferimento per quanto concerne la presenza di obiettivi sensibili di diversa natura e di valenza variabile a seconda delle condizioni politiche e sociali locali (indicazione in tal senso si ritrovano ancora in R. DUBINI, *Salute e sicurezza del lavoro all'estero*, cit.).

tra legge e decreto ministeriale ha avuto a livello di regolamenti adottati in sede universitaria. Solo successivamente ad una tale operazione sarà possibile sviluppare una riflessione più generale in merito ad un modello procedimentale di valutazione del rischio di ricerca che possa costituire una base comune di riferimento per il sistema universitario nazionale.

3. *Il secondo livello: modello a geometria unitaria e necessità di una responsabilizzazione degli organi accademici sul piano del controllo*

La richiamata indagine relativa al tipo di “seguito” che le previsioni legislative e regolamentari hanno avuto in sede di disciplina demandata alle singole università, se da un lato – come anticipato – deve essere condotta “a campione”, dall’altro si propone di delineare alcuni schemi procedurali di carattere generale al fine di individuare un modello maggiormente garantistico per i soggetti che intendano svolgere attività di ricerca all'estero in contesti di tipo sensibile²⁹.

Al proposito è da rilevare come la disciplina procedurale dettata dalle singole università si sia attestata su un modello che potrebbe essere qualificato in termini di valutazione preliminare di carattere sommario senza sviluppo di alcuna forma di monitoraggio in chiave successiva rispetto all’atto di autorizzazione con cui si determina l’effetto di accoglimento della domanda presentata dall’interessato. Da questo punto vista si tratta di comprendere come la richiamata analisi “a campione” possa consentire di sviluppare una riflessione circa alcuni aspetti la cui rilevanza è da apprezzare nell’ottica della evoluzione in chiave autonomistica di un modello di base che potrebbe essere definito come a geometria tendenzialmente unitaria oltre che fondato su clausole ampie e non escludenti³⁰.

²⁹ Il campione preso in considerazione è costituito dai regolamenti in tema di dottorati di ricerca dei seguenti Atenei distribuiti su scala nazionale: Università degli Studi di Perugia (d.R. 2013), Università degli studi di Firenze (d.R. del 2013), Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari (d.R. 2013), Università degli Studi di Milano – Statale (d.R. 2014), Università di Napoli Federico II (d.R. 2014), Università di Roma “La Sapienza” (d.R. 2014), Università Bocconi di Milano (d.R. dicembre 2015), Università degli studi di Cagliari (d.R. 2015), Università degli Studi di Palermo (d.R. 2016), Università degli studi di Genova (d.r. 2013, come da ultimo modificato per effetto del d.R. 483 del 15 febbraio 2017).

³⁰ Tale rilievo si colloca nell’ambito di una più ampia riflessione che è stata condotta con riguardo alla questione dell’autonomia universitaria da F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss. con riguardo al problema della “continua tensione fra autonomia e «correzione» eteronoma che si riflette sull’agire quotidiano degli

Il dato appare di particolare evidenza ove si ponga attenzione alle funzioni ricondotte in capo agli organi dei corsi di dottorato (nello specifico, come già rilevato, coordinatore e collegio dei docenti). I termini utilizzati dai regolamenti universitari, in attuazione del generico riferimento contenuto nel d.m. n. 45/2013, consentono di qualificare una funzione di guida ed “indirizzo strategico” delle attività dei dottorandi, ma anche di “controllo annuale” sulla formazione e sull’attività, “valutazione annuale”, ed infine “organizzazione e coordinamento”. Dalle formule verbali utilizzate nelle singole fonti regolamentari di ateneo emerge un’idea di fondo in forza della quale è possibile accedere ad una interpretazione ampia di tali clausole. Tale è quella che va nel senso di una disciplina idonea a delineare una responsabilizzazione degli organi accademici di riferimento in due direzioni ben precise³¹.

In un primo senso tale interpretazione conduce verso una maggiore articolazione del riferimento alla funzione di “vigilanza”³², così da potervi ricomprendere valutazioni non soltanto posticipate (o anticipate, accedendo all’idea di un controllo procedurale *ex ante*), ma anche *in itinere*, circa la esposizione del dottorando a situazioni di rischio per la persona connesse all’attività di ricerca svolta in contesti “sensibili”³³. In

Atenei” e C. BARBATI, *L'autonomia universitaria «alla prova» della qualità dell'efficienza*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'Università*, Napoli 2013, volume III, spec. 527-528, ove si fa riferimento ad un “disegno” complessivo che “attrae il sistema universitario” nell’ambito di “relazioni essenzialmente verticali” prediligendo modelli organizzativi e di funzionamento tendenzialmente uniformi.

³¹ Sul punto A. BELLAVISTA, *Abilitazione scientifica nazionale*, cit., 307 ss., riconosce che lo scopo principale della riforma universitaria è quello di una effettiva responsabilizzazione di tutti “gli attori del sistema universitario nella direzione del *perseguimento delle molteplici missioni* oggi affidate e/o affidabili alle istituzioni accademiche, limitando le tendenze ad adottare comportamenti opportunistici dominati dai conflitti d’interesse e ad instaurare circoli viziosi” (corsivi nostri).

³² La particolare sensibilità nei confronti di una valutazione *in itinere* del percorso di ricerca all’estero condotto da dottorandi e studiosi in aree a rischio è emersa con una certa vivacità con riguardo al caso di Giulio Regeni, rispetto al quale è stato fatto notare (da M. CALLONI, *Caso Regeni e la sicurezza dei ricercatori*, lettera inviata al Corriere della sera in data 10 marzo 2016) che “un *processo continuo di valutazione del rischio* diventa fondamentale per chi svolge ricerche delicate e per chi le segue, prevedendo diverse strategie di uscita in casi problematici. Si tratta di un processo di consapevolizzazione e di allerta *prima della partenza e durante il soggiorno*, attraverso contatti costanti e un uso mirato del web” (corsivi nostri).

³³ Ed in questo senso viene ad assumere (come si dirà *infra* nel testo) un ruolo decisivo il riferimento ad una fase di “monitoraggio” rispetto all’autorizzazione rilasciata dagli organi dell’ateneo di appartenenza.

una seconda direzione appare possibile accedere ad una specifica qualificazione degli organi dei corsi di dottorato quanto al “tipo” di competenza esercitata, nel senso di demandare a questi ultimi non soltanto una valutazione ancorata al profilo scientifico e di ricerca, ma idonea ad estendersi andando così a ricomprendere un profilo di organizzazione in senso lato della ricerca stessa. A partire da un tale approccio sembrano poter assumere rilevanza anche le circostanze di contesto per poter condurre l'attività di ricerca – sulla base del richiamo più generale alla realizzazione di una tutela preventiva adeguata ed “ottimale” – in condizioni di sicurezza ed assenza, o comunque forte mitigazione, del rischio cui lo studioso è esposto³⁴. In tale ottica si inquadra il riferimento, contenuto in alcuni regolamenti di ateneo, alla “responsabilità organizzativa” del collegio dei docenti³⁵. Quest'ultima sembra poter assumere una funzione strumentale al fine della valorizzazione della funzione di un organo chiamato a sovrintendere la “messa in opera della ricerca” anche sul piano della sua “gestione materiale” in relazione alle peculiarità del profilo contestuale³⁶.

4. (segue)... la disciplina procedurale dell'autorizzazione allo svolgimento di attività di ricerca all'estero

Un secondo tipo di riflessione che può essere sviluppata in relazione all'attuazione che in sede di regolamentazione rimessa alle singole università è stata data alla scarna normativa posta a livello statale, è ricavabile dal riferimento ad un procedimento di autorizzazione allo svolgimento di

³⁴ Al proposito si richiama, in chiave più ampia, G. MORGANTE, *Spunti di riflessione su diritto penale e sicurezza del lavoro nelle recenti riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2010, 3319 ss., per la quale “la presenza di un *contesto rischioso* impone all'ente che intenda operare in tali condizioni di adottare «condizioni cautelari ottimali», innanzi tutto condividendo il know-how rilevante per la valutazione e prevenzione di rischi non ancora pienamente materializzati” (corsi nostri).

³⁵ L'espressione è ripresa dal regolamento in tema di corsi di dottorato di ricerca dell'Università statale di Milano.

³⁶ In giurisprudenza si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2010, n. 4318, in *Giustizia-amministrativa.it*, cui si rinvia per una lettura fondata sull'inquadramento della “natura stessa dell'attività di ricerca universitaria”, la quale “impone ai ricercatori di approfondire, sia pure sotto la supervisione dell'ordinario di cattedra, argomenti particolari”, precisandosi al contempo che siffatto controllo esterno contribuisce “all'accrecimento del livello di conoscenza scientifica complessivo del dipartimento e dell'intera facoltà”.

attività di ricerca all'estero delineato in forma sommaria. Da questo punto di vista un'indagine in merito alle previsioni contenute nei regolamenti universitari in tema di corsi di dottorato consente di evidenziare come per il soggiorno all'estero per motivi di ricerca del dottorando sia prevista *ex ante* l'acquisizione di una autorizzazione che deve essere rilasciata dal coordinatore del dottorato di appartenenza (ove il periodo sia inferiore ai sei mesi continuativi) oppure dallo stesso Collegio dei docenti (per periodi di formazione e studio all'estero superiori ai sei mesi continuativi). Peraltro, ove il periodo di ricerca superi il richiamato limite temporale, ad un diverso radicamento del potere autorizzatorio dal punto di vista soggettivo, non corrisponde una maggiore articolazione dal punto di vista oggettivo e funzionale³⁷. A ben vedere si tratta di un procedimento ad istanza di parte (che si attiva con la domanda presentata dal dottorando all'organo competente) il quale tuttavia si presenta, come anticipato, piuttosto "scarno" e non articolato in relazione alla sua fase istruttoria (che è piuttosto sommaria, non potendosi trarre dai singoli regolamenti universitari particolari riferimenti in merito a parametri ed indicatori che dovranno guidare la valutazione operata, a seconda dei casi, in un caso da un organo monocratico, nell'altro da un organo collegiale). Appare chiaro come sia proprio quest'ultima fase – in quanto vero e proprio "cuore" del procedimento decisionale – il momento su cui dover concentrare in questa sede l'attenzione, perché è nello stadio istruttorio che può "innersarsi" e trovare apposita *sedes* la valutazione del rischio connesso alla ricerca da svolgere nel contesto ambientale, politico e sociale prescelto dal dottorando³⁸.

³⁷ Da tale punto di vista si può osservare come da una consultazione avente ad oggetto alcuni moduli predisposti dalle università per il rilascio delle autorizzazioni di cui si discute (il dato è tratto dalle due Università di Ferrara e di Udine) emerge come, nel caso di soggiorno superiore ai sei mesi continuativi, vi sia una sorta di consequenzialità tra autorizzazione del collegio e autorizzazione del coordinatore, per cui la prima costituisce una sorta di momento prodromico rispetto alla seconda, la quale finisce per costituire l'espressione di un "ratifica" della volontà manifestata preliminarmente dal collegio in sede deliberativa (ed in tal senso il modello della "ratifica" del coordinatore, che firma da ultimo il modulo ed "accede" così ad un'autorizzazione del collegio, assume una *ratio* ben precisa che è da ravvisare nell'ampiezza del periodo di ricerca da svolgere fuori sede, con riguardo al tipo di incidenza che esso può avere sulla effettiva formazione del dottorando).

³⁸ Per una lettura di questo tipo del momento istruttorio procedimentale si rinvia in dottrina a M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss. Analogamente, con riguardo al "ri-

Il modello procedimentale così sommariamente delineato nelle diverse fonti di riferimento sembra poter essere maggiormente articolato dal punto di vista istruttorio mediante un potenziamento della valutazione da parte dell'organo decidente osservata nelle due prospettive rappresentate dalla dimensione consultiva e dalla dimensione partecipativa³⁹. Il riferimento a questi due momenti essenziali dell'istruttoria procedimentale appare funzionale ad una migliore e più adeguata valutazione da parte degli organi accademici, investendo così anche la questione relativa al tipo di rischio derivante dallo svolgimento di attività di ricerca in contesti sensibili. In tal modo sembra potersi fare riferimento ad un nuovo e più articolato procedimento di valutazione da inquadrare in base ad un approccio di tipo omnicomprensivo dell'amministrazione universitaria rispetto al tema della ricerca all'estero⁴⁰, che sia tale da superare l'ancoraggio ai soli parametri della produttività scientifica per aprirsi verso un'indagine relativa anche al contesto in cui la ricerca è condotta⁴¹.

Nella prima delle prospettive indicate alcune esperienze regolamentari⁴² hanno inteso operare una valorizzazione, nell'ambito del procedi-

schio che la semplificazione porti ad attendere al pieno dispiegarsi delle attività istruttorie, ovvero il cuore del procedimento amministrativo” M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm.* (Cds), 2006, 1057 ss.; con specifico riguardo ai procedimenti autorizzatori in materia ambientale l'espressione è stata richiamata da A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura, funzioni, rilevanza*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 945 ss. che si riferisce alla valutazione di conformità dell'istanza privata all'interesse pubblico ambientale come “cuore” del procedimento di autorizzazione.

³⁹ In tema E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano 2011, 182 ss., osserva che “se l'istruttoria è il cuore del procedimento, il principio di verità ne costituisce l'intima struttura”, traducendosi “in un dovere di adeguatezza e completezza istruttoria in capo alla pubblica amministrazione” (corsivi nostri).

⁴⁰ Per un riferimento di questo tipo aperto verso un *proactive approach* dell'amministrazione in dottrina D.C. DRAGOS, B. NEAMTU, *Alternative dispute resolution in European administrative law*, Berlin, 2014, spec. 576-577. Il richiamo ad un atteggiamento proattivo è altresì presente, con riguardo ad alcuni contesti specifici, in A. ANTONIADIS, *The European Union and Wto law, a nexus of reactive, coercive and proactive approaches*, in *World trad. rev.*, 2007, 82 ss.; G. SGUEO, *Proactive strategies in the global legality review*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 21 ss.

⁴¹ Riconducendosi siffatta prospettiva di possibile sviluppo di un modello alla necessità di rispondere a “nuove esigenze” connesse con “l'intento di incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario”, muovendo dall'ampiezza degli obiettivi posti a fondamento della l. n. 240/2010 (cfr. in questi termini C. BARBATI, *L'autonomia universitaria*, cit., 522 ss.)

⁴² Nell'ambito del campione preso in esame una tale impostazione è rinvenibile, ad esempio, nel regolamento in materia di dottorati di ricerca dell'Università di Napoli Federico II del 2014 i cui articoli 15 e 17, in tema di diritti e doveri dei dottorandi, discipli-

mento valutativo, del ruolo del *tutor* del dottorando il quale è chiamato a rilasciare in via preventiva un parere favorevole che entra a far parte del materiale istruttorio di cui, a seconda dei casi, il collegio docenti o il coordinatore del corso di dottorato, dispone ai fini della emanazione dell'atto di autorizzazione⁴³. In presenza di una maggiore articolazione dell'istruttoria rispetto al modello generale, non è possibile, tuttavia, arrestare l'attenzione a questo sia pur significativo riconoscimento di un ruolo istruttorio preliminare ed imprescindibile del *tutor*.⁴⁴

A partire da questo primo sviluppo “al rialzo” rispetto al modello tradizionale, si tratta di fornire, sia pure in chiave generale, alcuni elementi (o indicatori) cui poter fare riferimento in sede di valutazione sia da parte dello stesso *tutor* al momento della formulazione del parere che, successivamente, in sede di giudizio (monocratico) o collegiale. Un'indicazione utile a tal fine sembra potersi trarre da un regolamento in materia di dottorato che offre, sia pure riferendosi ad un diverso tipo di attività del dottorando, un modello di riferimento potenzialmente applicabile con riguardo all'autorizzazione allo svolgimento di periodi di studio all'estero⁴⁵. Il richiamo è, nello specifico, ai due parametri rispetto ai quali deve essere rapportata la valutazione preliminare al rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento di un tirocinio professionale, di un'attività lavorativa retribuita o di uno *stage*.⁴⁶ Il contesto, come detto, è diverso, ma il procedimento in questione è, allo stesso modo di quello volto ad autorizzare i

nando i periodi di ricerca all'estero, si riferiscono ad una autorizzazione che deve essere rilasciata dall'organo competente “previo parere favorevole del tutore”.

⁴³ Per una tale valorizzazione si veda Y. MÉNY, *Introduzione*, nell'ambito della Giornata di Studi sul tema “*La ricerca accademica sul campo: rischi e responsabilità*”, cit.

⁴⁴ Per un inquadramento del quale G. CONTI, M. GRANIERI, A. PICCALUGA, *La gestione del trasferimento tecnologico. Strategie, modelli e strumenti*, Milano 2012, spec. 183 ss., ove la riflessione è condotta con specifico riguardo al caso dello svolgimento da parte del dottorando di attività (retribuita o non) a favore di una *spin-off*, evidenziando come il parere del tutor *entri* a far parte dell'istruttoria di un procedimento che si conclude con l'autorizzazione del collegio dei docenti del dottorato.

⁴⁵ Il riferimento è al regolamento dell'Università Bocconi di Milano il cui art. 11 richiama espressamente la problematica della “compatibilità” della carriera accademica con altre attività.

⁴⁶ In questa prospettiva l'elemento idoneo ad accomunare le attività in questione rispetto a quella di ricerca condotta all'estero è rappresentato dalla finalità di “addestramento” del dottorando in vista di una sua più completa formazione (così, a titolo di esempio, con specifico riguardo al periodo all'estero, si esprimono i regolamenti delle Università degli Studi di Palermo, Aldo Moro di Bari ove si fa riferimento in generale ad esigenze relative alla ricerca, nonché da ultimo il regolamento dell'Università degli studi di Genova del 2013 come modificato ed integrato nel febbraio 2017).

soggiorni per motivi di ricerca all'estero, ad istanza di parte e gli indicatori fissati in sede regolamentare sembrano poter essere utilizzati anche con riguardo a quest'ultimo, sia pure con un'ulteriore articolazione. Nello specifico – spostando il ragionamento sul piano del procedimento che qui interessa e considerandolo in parallelo con quello relativo a tirocini e *stage* – vengono in considerazione da un lato la “condizione di compatibilità”⁴⁷ e dall'altro la “condizione di coerenza”. Quest'ultima costituisce un indicatore di natura intrinseca, idoneo a misurare l'*an* ed il *quantum* l'attività di ricerca svolta all'estero possa essere conforme, in generale, alle tematiche obiettivamente riconducibili ad un determinato dottorato e, nello specifico, corrispondenti al percorso formativo concordato con il singolo dottorando. A queste due condizioni sembra potersene aggiungere una terza che assume particolare rilevanza in relazione alla fattispecie della ricerca all'estero, ossia quella che potrebbe definirsi – accogliendo un principio di *duty of care* riferito anche all'amministrazione universitaria autorizzante⁴⁸ – in termini di condizione “di sicurezza”. Quest'ultima verrebbe a costituire, con riguardo alla peculiare materia della ricerca all'estero, l'espressione di un parametro di tipo estrinseco e di carattere contestuale, che attiene alle condizioni ambientali (politico-sociali) nell'ambito delle quali la ricerca è svolta e che è idoneo a misurare (in via preliminare al rilascio dell'autorizzazione) il tipo di esposizione al rischio del dottorando, valutando nello specifico come l'attività di ricerca da svolgere *in loco* possa essere fonte di pericolo per la persona che la conduce.

Nella seconda delle prospettive indicate, invece, assume rilevanza il profilo partecipativo⁴⁹, in corrispondenza dell'idea per la quale la prevenzione – *sub specie* di protezione della persona contro il possibile verificar-

⁴⁷ La quale è finalizzata a valutare la non ostatività di un'attività rispetto alla frequenza del dottorato con continuità e partecipazione (trattandosi di fatto di un indicatore non così rilevante in relazione alla fattispecie che in questa sede costituisce oggetto di specifica indagine).

⁴⁸ Su tale principio in generale A. JAFFEY, *The duty of care*, Aldershot, Dartmouth, 1992; e, con specifico riguardo al contesto universitario, A. DE GUTTRY, *The «duty of care» towards the staff sent in high risk area: recent trends in the jurisprudence of International Tribunals and its relevance for the Universities*, Relazione alla Giornata di Studi sul tema “La ricerca accademica sul campo: rischi e responsabilità”, cit.

⁴⁹ In chiave più ampia L. AMMANNATI, *Quis custodiet ipsos custodes? Qualche osservazione sul disegno della valutazione*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Finanziamento, competizione e accountability nel governo dell'Università*, cit., vol. III, 41 ss., cui si rinvia per l'affermazione della necessità di valorizzare il modello partecipativo nell'ambito del sistema universitario anche oltre il momento della valutazione.

si di un danno derivante da esposizione ad attività in senso lato pericolose a causa del tipo di contesto politico-sociale in cui sono prestate – si attua sulla base di una strategia di “azione congiunta”⁵⁰. Quest’ultima rifiuta un modello unilaterale di esercizio della funzione di controllo *ex ante* da parte dell’amministrazione, a favore di un modello aperto alla partecipazione degli interessati. In tal senso la garanzia del “giusto procedimento” – nella forma dell’*audi alteram partem* nel procedimento volto ad autorizzare un periodo di ricerca all’estero – diviene strumento fondamentale per realizzare la ragionevolezza del percorso decisionale, nel senso di razionalità e completezza del quadro istruttorio entro il quale il decisore pubblico dovrà pervenire al rilascio dell’autorizzazione. Ed è in tale contesto che l’idea della *procedural fairness*,⁵¹ si sgancia dalla funzione meramente difensiva per assumere i connotati di principio volto a realizzare una partecipazione di tipo informativo e collaborativo in vista della adeguatezza della decisione adottata all’esito del procedimento al tipo di contesto entro il quale essa dovrà produrre i propri effetti. *Fair* non sarà, quindi in questo contesto, soltanto un procedimento caratterizzato dalla possibilità per gli interessati di far sentire la propria “voce” in funzione di contraddittorio rispetto all’azione condotta dal soggetto decidente⁵²; più nello specifico l’espressione, proprio in virtù della peculiarità della materia, starà ad indicare un percorso decisionale in cui la partecipazione del dottorando al processo di determinazione della volontà dell’amministrazione universitaria è da leggersi in funzione di ripianamento di una “asimmetria informativa”⁵³. Tale è quella che si osserva in relazione al tipo di contesto entro cui il soggetto dovrà condurre la sua

⁵⁰ Sul punto in chiave più ampia S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss., ove l’Autore afferma che “la tecnica dell’agire congiunto rende porosi gli ordinamenti nazionali”, “li disaggrega, nel senso che si perde il paradigma dello Stato come unità”, “penetra negli ordinamenti nazionali, che perdono la loro impermeabilità o esclusività e sono tenuti a cooperare con il livello superiore”, “li aggira, nel senso che *si indirizza direttamente a cittadini, organizzazioni e imprese nazionali*, che divengono destinatari delle decisioni globali” (corsivi nostri).

⁵¹ Su tale nozione S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; L. LOUGHLIN, *Procedural fairness: a study of the crisis of administrative procedures*, in *University of Toronto law journal*, 1978, 251 ss.; H.W. WADE, *Administrative Law*, trad. it., *Diritto amministrativo inglese*, Milano 1969, 225 ss.

⁵² In tema M. D’ALBERTI, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.

⁵³ Sul tema più in generale R. FERRARA, *Introduzione*, cit., 132 ss.

ricerca⁵⁴, con particolare riguardo al rischio cui sarà esposto, la cui valutazione potrà essere rimessa ad un “dialogo” tra organo che autorizza e soggetto da autorizzare, entrambi idonei a portare elementi chiarificatori utili al “dibattito procedimentale”⁵⁵. Ed in questo tipo di approccio si può ritrovare, in definitiva, il significato e l'applicazione *in action* dell'idea (non più destinata a rimanere *in the books*) della strategia strutturata di “trattazione del rischio”, la quale passa *in primis* dalla sua individuazione, qualificazione-misurazione e delimitazione operata in base a parametri specifici che consentano di apprezzarne il possibile impatto sulla condizione personale del soggetto che materialmente andrà a svolgere una certa attività di ricerca in un contesto geopolitico sensibile⁵⁶.

5. *Inquadramento ex post ed idea di un “ciclo” di trattazione giuridica del rischio da ricerca universitaria all'estero: autorizzazione conformativa e suo “monitoraggio”*

La riflessione che è stata sviluppata fino a questo punto ha consentito di ricondurre l'analisi a quella parte della strategia strutturata di trattazione del rischio definibile attraverso il ricorso al suo carattere preliminare (*ex ante*), in quanto fondata su una valutazione “a monte” del tipo di impatto che tale rischio possa avere sulla condizione personale del dottorando. Su tale base appare necessario sviluppare un'ulteriore indagine che attiene alla individuazione della seconda dimensione della ricordata

⁵⁴ Rispetto al quale l'amministrazione “deve accettare di assumere decisioni in condizioni di parziale incertezza” (M. DE BENEDETTO, *Qualche considerazione di analisi economica sul procedimento amministrativo*, in *Studi parl. e di pol. cost.*, 2012, 15 ss.) la quale è mitigata dalla configurazione di un percorso partecipativo con finalità essenzialmente informative.

⁵⁵ Nozione sulla quale si rinvia per tutti a R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 232 ss.

⁵⁶ In giurisprudenza per un inquadramento di siffatto modello di trattazione del rischio si veda Tribunale I grado, UE, sez. III, 9 settembre 2011, n. 257, in *Foro amm. (Cds)*, 2011, 2631 ss., ove si afferma – con riguardo al tema della sicurezza alimentare – che “nell'ambito del procedimento che porta all'adozione da parte di un'istituzione di misure appropriate al fine di prevenire determinati rischi potenziali per la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente” è possibile “distinguere tre fasi: l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi che derivano da un dato fenomeno; la valutazione dei rischi per la salute pubblica, la sicurezza e l'ambiente legati a tale fenomeno; la *gestione del rischio* per mezzo dell'adozione di adeguate misure di protezione, qualora i potenziali rischi identificati oltrepassino il limite accettabile per la società”.

strategia. Essa ha ad oggetto non tanto la previsione e misurazione in astratto, quanto piuttosto la “gestione” in concreto di una situazione di rischio la cui portata emerge in forma più diretta *ex post*, una volta che il soggetto sia stato autorizzato ed abbia iniziato a svolgere la sua attività nel contesto sensibile.

L'idea che sottende una siffatta indagine sembra potersi inquadrare attraverso il ricorso all'immagine di un “ciclo” di trattazione giuridica del rischio⁵⁷ con riguardo alla fattispecie della ricerca universitaria in contesti sensibili. Tale idea consente di articolare la strategia strutturata per la gestione (in senso lato) di un tale rischio conferendo al modello procedimentale una posizione prioritaria, in quanto ricondotto al livello iniziale coincidente con la prima valutazione in merito alla sua rilevanza e potenziale incidenza. Pertanto, in una prima direzione, ad assumere rilevanza è la *dimensione astratta* del rischio, che coincide con la sua individuazione, valutazione e “misurazione” in sede di procedimento autorizzatorio in base agli elementi a disposizione dell'amministrazione procedente e sul presupposto di una adeguata fase istruttoria in cui dovrebbe assumere, come detto, un ruolo centrale anche il momento partecipativo. A tale primo livello di attenzione è possibile far seguire un secondo momento qualificabile alla stregua di una *dimensione intermedia* nell'approccio al rischio precedentemente inquadrato. Esso coincide con la “gestione” *in loco* del rischio sulla base del richiamo, pur sempre in un'ottica di tutela preventiva rispetto al verificarsi dell'evento (anche se successiva rispetto al rilascio dell'atto autorizzatorio), a due modalità di trattazione dello stesso che assumono rilevanza per l'amministrazione pubblica *illo tempore* autorizzante e adesso vigilante. La prima modalità coincide con il controllo successivo rispetto alla “tenuta” dell'atto autorizzatorio rilasciato al dottorando. Essa costituirà oggetto di riflessione nel presente paragrafo, mentre la seconda modalità di gestione sarà affrontata nel paragrafo successivo avendo ad oggetto il cd. approccio precauzionale⁵⁸.

⁵⁷ Sul tema, da ultimo, L. SELLERI, *Viaggio nel mondo del rischio*, Bari 2015, spec. 85 ss. ove si riprende il modello strutturato in fasi successive che muove dalla “identificazione” del rischio per arrivare alla sua “valutazione”, cui segue la “pianificazione delle risposte” e la fase di “monitoraggio e controllo” (volta a verificare se le azioni per fronteggiare il rischio decise *ex ante* siano di fatto state mantenute ed implementate).

⁵⁸ In questa sede non ci occuperemo, invece, del terzo gradino della scala ideale del rischio, quello che coincide con una dimensione concreta di quest'ultimo, ossia quella che viene definita la “concretizzazione” del rischio nel danno per effetto del compimento del percorso causale generativo del danno stesso (giacché tale profilo, collocato in ottica successiva esula dalla trattazione relativa agli strumenti di tutela di tipo preventivo). In

Come anticipato, il primo strumento di “gestione” in concreto del rischio è quello del controllo *ex post* sull'atto autorizzatorio rilasciato al dottorando, che in questo senso ben può assumere una portata spiccatamente conformativa rispetto alla condotta del suo destinatario⁵⁹. In tale ottica il provvedimento di autorizzazione allo svolgimento del periodo di ricerca all'estero non costituisce soltanto espressione di un semplice (ed incondizionato) assenso rispetto a tale attività, ma al contrario viene a contenere delle precise “condizioni”, intese quali regole di conformazione del comportamento del dottorando. La funzione di tali prescrizioni diviene quella di mitigare l'incidenza del rischio in cui incorre la persona per il fatto di operare la ricerca nel contesto sensibile. Ed in questa prospettiva può assumere rilevanza la previsione di obblighi di comunicazione periodica aventi ad oggetto non solo l'avanzamento della ricerca, ma anche una visione “realistica”, in quanto aderente alla situazione fattuale in cui versa il dottorando, del tipo di esposizione al rischio⁶⁰.

In tale contesto sembra possibile valorizzare la figura della cd. autorizzazione condizionata⁶¹, rispetto alla quale (come avviene, ad esempio, in materia ambientale)⁶² assume una rilevanza centrale il momento del cd. monitoraggio, da intendersi quale espressione di un costante e continuo controllo da parte dell'amministrazione in merito alla concreta “tenuta” dell'autorizzazione in corrispondenza del radicalizzarsi del rischio. Da questo punto di vista il significato di un monitoraggio rispetto all'autorizzazione così rilasciata è quello di uno strumento volto a “seguire” nel tempo l'atto abilitativo, alla stessa stregua di quanto avviene nel campo delle autorizzazioni ambientali. Nel momento in cui il provvedimento di autorizzazione allo svolgimento del periodo di ricerca all'estero con-

ogni caso, a tal proposito, recentemente Cass. pen., sez. IV 25 febbraio 2016 n. 11641, ove ci si riferisce all'evento prodottosi inquadrato in termini di “concretizzazione di un rischio” che una regola cautelare intende evitare.

⁵⁹ Dato, questo, che non sembra emergere da alcuno dei regolamenti universitari in materia di corsi di dottorato di ricerca facenti parte dell'indagine “a campione” condotta in questa sede.

⁶⁰ Tale impostazione sembra peraltro trovare conferma nella già ricordata presa di posizione di M. CALLONI, *Caso Regeni e la sicurezza dei ricercatori*, cit.

⁶¹ Su tale nozione G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 163 ss., spec. 164, il quale si riferisce ad una autorizzazione di carattere prescrittivo idonea a costituire un rapporto di durata tra amministrazione autorizzante e soggetto autorizzato.

⁶² Sul punto R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente*, cit., 512 ss., ma anche F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari 2008, 250 ss.

tenga ogni opportuna indicazione per l'attività così assentita, l'assolvimento degli obblighi posti in capo al dottorando ed il controllo operato periodicamente dall'ente autorizzante costituiscono strumenti finalizzati a garantire la corrispondenza dell'autorizzazione stessa alla situazione di fatto rispetto alla quale è rilasciata. E l'individuazione di un eventuale aggravamento del rischio può consentire "all'autorità competente di essere in grado di adottare le opportune misure correttive"⁶³. In questa direzione il monitoraggio appare finalizzato a tenere sotto controllo il livello di graduazione del rischio rispetto al momento di rilevazione coincidente con il periodo del rilascio dell'autorizzazione. L'amministrazione universitaria in tal modo è posta in condizione di non perdere di vista le peculiarità del contesto in cui la ricerca è svolta e, soprattutto, il livello di esposizione del proprio dottorando quando la ricerca progredisca venendo a confrontarsi con situazioni critiche ed interessi caratterizzati da spiccata sensibilità (per le implicazioni politico-sociali ad essi collegate).

6. *(segue) ... ed approccio improntato al principio di precauzione*

Alla luce di quanto è stato affermato nel precedente paragrafo, si può osservare che un'eventuale variazione del livello di esposizione al rischio del dottorando, rispetto a quando sia stata rilasciata l'autorizzazione, impone all'amministrazione universitaria un'azione più penetrante rispetto a quella del semplice monitoraggio. È in questa fase che emerge la necessità per l'amministrazione controllante, al radicalizzarsi del rischio in coincidenza con il "mutamento della situazione di fatto" rispetto a quella sussistente all'atto del rilascio del titolo abilitativo⁶⁴, di conformarsi ad un approccio precauzionale che impone un dovere di azione anche in

⁶³ Il modello qui richiamato, che postula un obbligo per l'amministrazione universitaria di appartenenza di procedere ad un costante e continuo monitoraggio circa le condizioni che potrebbero essere "apposte" all'autorizzazione (intese, come detto nel testo, quali speciali regole di comportamento che sono rivolte al dottorando e consentono di qualificare siffatta autorizzazione come "conformativa"), di fatto finisce per "mimare" la disciplina della valutazione di impatto ambientale. Non a caso le espressioni "virgolettate" nel testo sono riprese dall'art. 28 del d.lgs. n. 152/2006 (cd. codice dell'ambiente e s.m.i.) che si riferisce al "monitoraggio" rispetto al provvedimento di valutazione di impatto ambientale.

⁶⁴ Richiamando in questa sede un'espressione tipica del modello della revoca del provvedimento di cui alla legge italiana sul procedimento amministrativo (art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 e s.m.i.).

assenza di un nesso causale certo⁶⁵. Quali siano i “contorni” di questo dovere di azione dell'amministrazione controllante in relazione alla ricerca condotta *in loco* dal dottorando è dato che si ricava dalla teoria generale del principio di precauzione, così come sviluppatosi, ad esempio, nel diritto amministrativo dell'ambiente e successivamente divenuto criterio di comune applicazione nell'ottica di una vera e propria amministrazione precauzionale⁶⁶. Tanto il principio n. 15 della Conferenza di Rio de Janeiro, quanto le teorizzazioni e precisazioni successive, contengono un riferimento alla necessità di adottare *illico et immediate* “misure adeguate ed effettive” a fronteggiare il rischio di danno, evitandone la concretizzazione⁶⁷. E la stessa giurisprudenza, non solo nazionale ma soprattutto europea⁶⁸, è chiara in tal senso, sviluppando un modello generale di rife-

⁶⁵ Sul punto G. WALKER, *Dal pensare globale all'agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, 913 ss., cui si rinvia per una osservazione della circostanza in forza della quale l'amministrazione è chiamata ad una speciale e rafforzata cautela “nei casi in cui la scienza non è in grado di predire con sicurezza gli effetti di una determinata attività”, osservandosi al contempo come il principio di precauzione favorisca “una propensione decisionale che assicuri non solo l'inviolabilità della soglia della sicurezza ambientale ma anche addirittura l'inavvicinabilità”.

⁶⁶ Il tema della precauzione è stato ampiamente trattato dalla dottrina. Tra i vari contributi in materia si possono richiamare in questa sede F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, 221 ss.; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la «precauzione inutile»?», in Riv. giur. edilizia*, 2012, 61 ss., ove l'Autore si richiama alla Comunicazione della Commissione europea del febbraio 2000 in merito al principio di cui si discute, che “si risolve in una «strategia strutturata di controllo del rischio» (e della sua gestione e comunicazione, ovviamente); sicché esso viene, abbastanza coerentemente, introdotto nel sistema di valori, di regole e «principi istituzionali» del diritto originario dell'Unione europea alla stregua di un *modello cognitivo caratterizzato da opportuna flessibilità* in vista della messa in sicurezza degli obiettivi di tutela non rinunciabili, ossia come uno strumento relazionale di *flexsecurity*” (corsivi nostri); F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano 2005, *passim*; M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 761 ss., per un'affermazione in forza della quale “il principio di precauzione è presidio importante a protezione del diritto alla salvaguardia dell'ambiente e del diritto alla salute”; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.; C. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'ambiente come motore della trasformazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 393 ss.; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in *Giustamm.it*.

⁶⁷ In tema G. WALKER, *Dal pensare globale*, cit. 913 ss.; G. FULLEM, *The Precautionary Principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty*, in *Willamette law rev.*, 1995, 495 ss.

⁶⁸ Si vedano per tutti Corte EDU, 5 dicembre 2013, caso *Vilnes et a.* contro Norvegia; Corte giust. UE 10 aprile 2014, n. 269 e da ultimo Tribunale I grado UE, 17 marzo 2016 n. 817.

rimento potenzialmente idoneo ad essere applicato anche alla trattazione del rischio da ricerca svolta all'estero in contesti geopolitici sensibili.

L'idea è quella per cui l'approccio precauzionale impone all'amministrazione pubblica – e per quanto qui interessa agli organi accademici preposti al controllo sull'attività svolta dal soggetto che effettua ricerca in contesti particolarmente sensibili – un obbligo di *agere*, che comprende non solo una identificazione e valutazione (*ex ante*, e quindi in chiave procedimentale anticipata) del rischio derivante dallo svolgimento di un'attività, ma anche una sua “gestione” (*ex post*, che va oltre il semplice monitoraggio)⁶⁹. Ed è qui che si collocano misure di carattere più forte, giacché si giunge al limite della inibitoria, non consentendo ad un soggetto di svolgere un'attività per la quale “non vi siano elementi per escludere la sussistenza di rischi troppo elevati”⁷⁰. Pertanto, l'assunzione dell'approccio che è sotteso alla attuazione del principio di precauzione conduce ad affermare che “quando sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone” l'amministrazione non potrà sottrarsi all'adozione di “misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi”⁷¹. Un principio, dunque, che deve essere letto su due livelli, a seconda del punto di vista che si assuma: dal lato dell'amministrazione esso impone un dovere di azione immediata e senza indugio volta, sempre in ottica preventiva rispetto al danno, ad evitare il prodursi del danno medesimo (nel senso di “concretizzazione” di effetti nocivi per la salute della persona); dal lato del cittadino, esso guarda alle misure in concreto adottate per fronteggiare la situazione critica, le quali, potendo assumere carattere “repressivo”, sono comunque “giustificate” in base alla gravità ed irreversibilità del rischio e devono qualificarsi come “appropriate”, “obiettive” e non discriminatorie⁷².

L'intera questione ruota intorno al richiamo alla adeguatezza, tempestività ed effettività delle misure di carattere inibitorio che l'amministrazione universitaria è chiamata ad adottare in costanza dell'aggravarsi del rischio. Peraltro, il riferimento ad un tale potere di inibizione deve

⁶⁹ Cfr. Corte EDU, 5 dicembre 2013, *Vilnes*, cit.

⁷⁰ Si veda al proposito M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 586 ss.

⁷¹ Corte giust. UE, 10 aprile 2014, n. 269; a livello nazionale *ex multis* si vedano Cons. Stato, sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495 e Tar Lazio, sez. III, 22 settembre 2015, n. 11328.

⁷² Così Tribunale I grado UE, 17 marzo 2016, n. 817, cit.

essere ben compreso e calibrato in tale contesto, soprattutto per quel che concerne il “tipo” di scelta cui è chiamato il soggetto controllante, entrando in gioco una valutazione fondata sul principio di proporzionalità, inteso quale vera e propria “misura” del potere in concreto esercitato (e della statuizione che ne deriva)⁷³. Guardando alla specificità del contesto che ci interessa, sembra possibile ipotizzare un modello di intervento fondato sulla graduazione delle opzioni⁷⁴ ed articolato in due momenti cronologicamente disposti: sospensione dell'autorizzazione o, in ottica più radicale, revoca della stessa per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento del rilascio dell'atto abilitativo allo svolgimento di attività di ricerca nel contesto politico-sociale prescelto dall'interessato⁷⁵. Per quanto concerne la sospensione è da osservare come si tratti di istituto che è già stato disciplinato nell'ambito dei regolamenti accademici in tema di dottorati di ricerca, sia pure in chiave del tutto particolare: si tratta infatti di un atto rilasciato dagli organi accademici su istanza del dottorando in relazione a contesti particolari. Riprendendo il modello di fondo ed applicandolo alla specialità del contesto rappresentato dalla ricerca all'estero in contesti sensibili, si può ipotizzare l'avvio di un procedimento di secondo grado di sospensione dell'autorizzazione a svolgere la ricerca in questione attivato *ex officio* dall'amministrazione universitaria e, come tale, fondato sulla necessità di un'azione improntata all'approccio precauzionale, in quanto volta a sottrarre il ricercatore alla concretizzazione del rischio in un effettivo danno alla persona⁷⁶. A tale

⁷³ Recentemente sul punto S. PUDDU, *Amministrazione precauzionale e principio di proporzionalità*, in *Dir e proc. amm.*, 2015, 1155 ss.

⁷⁴ In proposito F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss., per una riflessione sul ruolo dell'analisi economica come “componente per determinare la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale”, osservandosi al contempo come il principio di proporzionalità “può essere misurato meno empiricamente con strumenti di analisi economica del diritto”; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 269 ss., sulla rilevanza dell'analisi costi/benefici, la quale, nell'ambito dell'azione precauzionale, può “sospingere a privilegiare la cd. opzione zero”; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 142-143, sulle opzioni strategiche dell'amministrazione; M. DE BENEDETTO, *Qualche considerazione di analisi economica*, cit., spec. 17 ss.

⁷⁵ Dando in questo modo corso ad un procedimento di revisione che appare in linea con le più recenti riforme del procedimento amministrativo e, segnatamente, la l. Madia n. 124/2015 che ha modificato, tra l'altro, lo stesso art. 21-*quinquies* della l. 241/1990.

⁷⁶ Più in generale M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2011, spec. 324, ove si afferma che mediante la sospensione “viene temporaneamente sospesa, per motivi cautelari, l'efficacia di un provvedimento amministrativo” (corsivi nostri).

forma di intervento, per sua natura limitata ad un periodo prestabilito a livello di provvedimento sospensivo, dovrebbe seguire, ove le condizioni di contesto (e di rischio ad esso connesso) non vengano a mutare, e nella richiamata ottica di un intervento gradualistico, la revoca della stessa autorizzazione originariamente rilasciata.

7. Conclusioni

Alle osservazioni che sono state sviluppate fino a questo punto è possibile aggiungere, in conclusione, un'ulteriore considerazione circa l'obbligo di intervento immediato da parte dell'amministrazione universitaria controllante. Da questo punto di vista sembra emerge la possibilità di configurare uno spazio di intersezione tra diritto pubblico e diritto privato in ordine al dovere di azione tempestiva e non differibile da parte dell'amministrazione mediante misure adeguate ed idonee a preservare il "lavoratore" dalla concretizzazione del rischio. L'idea è quella, desumibile da un orientamento della giurisprudenza in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, che porta, in ipotesi, a guardare alla suddetta categoria di "lavoratore" in termini ampi, ricomprendendovi anche i soggetti che svolgono attività di ricerca in contesti sensibili.

Ammettendo la possibilità di un ragionamento in parallelo tra diritto pubblico e diritto privato quanto a tutela delle condizioni di lavoro, si giunge in tal modo ad affermare che l'art. 2087 c.c. – statuendo che "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro" – costituisce una "norma di chiusura"⁷⁷. Quest'ultima risulta "estensibile a situazioni ed ipotesi non ancora espressamente considerate e valutate dal legislatore al momento della sua formulazione, ed impone all'imprenditore l'obbligo di tutelare l'integrità fisiopsichica dei dipendenti con l'adozione – ed il mantenimento perfettamente funzionale – non solo di misure di tipo igienico-sanitario o antinfortunistico, ma an-

⁷⁷ Così, ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 19 febbraio 2016 n. 3291, per la quale "ai sensi dell'art. 2087 c.c., *norma di chiusura del sistema antinfortunistico* e suscettibile di *interpretazione estensiva* in ragione sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute, sia dei principi di correttezza e buona fede cui deve ispirarsi lo svolgimento del rapporto di lavoro, il datore è tenuto ad astenersi da iniziative che possano ledere i diritti fondamentali del dipendente" (corsivo nostro).

che di misure atte, secondo le comuni tecniche di sicurezza, a preservare il lavoratore dalla sua lesione nell'ambiente od in costanza di lavoro in relazione ad eventi pur se allo stesso non collegati direttamente, come le aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi, in relazione (...) alla probabilità in tempi sempre più ravvicinati di concretizzazione del conseguente rischio"⁷⁸. Quella richiamata rappresenta, pertanto, un'interpretazione ampia e flessibile dell'art. 2087 c.c., la quale sembra poter ricomprendere nel suo campo di applicazione (quale vera e propria "norma fondante")⁷⁹ anche l'attività del soggetto svolgente attività di ricerca in contesti ad elevato rischio, rappresentando quest'ultima un'ipotesi – come si è rilevato in questo contributo – nella quale ancora fa difetto "la previsione normativa di una specifica misura preventiva"⁸⁰. Siffatto speciale dovere di prevenzione direttamente ricondotto alla disposizione codicistica richiamata viene, pertanto, ad imporre non soltanto una diligenza *ex ante*⁸¹, ma anche un controllo e monitoraggio successivo cui si associa l'intervento *ex post* mediante misure più penetranti, adeguate ed effettive volte ad evitare la concretizzazione del rischio di un danno da valutare anche in termini di "aggressione" conseguente ad "attività criminosa di terzi".

È chiaro come tutto ciò comporti un vero e proprio cambiamento di angolo visuale nell'approccio alla figura del rischio da ricerca universitaria all'estero, valutando come ad una dimensione tradizionale rappresentata da una tipologia di rischio legata al "progetto di ricerca"⁸² si possa aggiungere una nuova prospettiva. Tale è quella che, pur mantenendo

⁷⁸ È questa la conclusione cui è pervenuta Cass. civ., sez. lavoro, 11 aprile 2013, n. 8855.

⁷⁹ Cfr. M. CORRIAS, *Questioni sul danno alla persona del lavoratore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1710 ss., il quale si richiama alla disposizione *de qua* quale "norma fondante" che è considerata "altresì norma di chiusura del sistema di protezione dei lavoratori in quanto la si ritiene operante sia in assenza che in presenza delle norme speciali (quali, ad esempio, la normativa antinfortunistica)".

⁸⁰ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2011 n. 365, ove si afferma che l'art. 2087 c.c., rappresentando come già anticipato una norma di chiusura del sistema infortunistico, imponga al datore di lavoro un insieme di misure di tutela finalizzate a "preservare i lavoratori dalla lesione del bene alla salute nell'ambiente e in costanza di lavoro *anche quando faccia difetto la previsione normativa di una specifica misura preventiva* o risultino insufficienti o inadeguate le misure previste dalla normativa speciale" (corsivi nostri).

⁸¹ Nel senso di adottare tutte le misure idonee a consentire l'espletamento dell'attività di ricerca in condizioni di sicurezza per la persona, cosa che la valutazione anticipata operata in sede procedimentale dovrebbe comunque garantire

⁸² Il riferimento è a N. LUHMANN, *Soziologie des risikos*, Berlin, 1991, trad. it. Milano

fermo il riferimento al parametro del “percorso” formativo del soggetto che svolge tale attività, al contempo sposta l’attenzione su un fattore che non può ritenersi esclusivamente intrinseco ad un tale rischio. In conclusione, ad assumere rilevanza non sarà soltanto il fatto di aver “centrato o mancato la verità”⁸³, ma anche un approccio idoneo a rapportare il rischio stesso ad un fattore estrinseco, che coincide con il poter svolgere la ricerca in un contesto spaziale ed “ambientale” adeguato a garantire *in primis* la sicurezza e la salute della persona direttamente interessata.

1996, spec. su tale tema 230 ss., ove l’Autore si riferisce al rischio rappresentato dal fatto che “le ipotesi di base si dimostrino errate”.

⁸³ N. LUHMANN, *Soziologie*, cit. 231.

ATTUALITÀ

La mera abrogazione con decreto legge di disciplina oggetto di referendum abrogativo

Vincenzo Cocozza

SOMMARIO. 1. Lavoro accessorio e lavoro occasionale. – 2. Caratteri della disciplina oggetto del quesito referendario nella sentenza n. 28/2017. – 3. La mera abrogazione legislativa in pendenza di referendum abrogativo. – 4. Referendum vs legislatore e decreto legge meramente abrogativo di norme oggetto di quesito referendario.

1. Lavoro accessorio e lavoro occasionale. – La disciplina del lavoro accessorio, meritevole di osservazione per molteplici ragioni, si arricchisce di ulteriori motivi di interesse derivanti dallo sviluppo che si è registrato dopo la dichiarazione di ammissibilità, da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 28/2017, del richiesto referendum.

Si delinea, in tal modo, un quadro complessivo dei problemi afferenti al rapporto tra referendum, legislatore e organi di controllo che consente di riflettere su quanto sia difficile trasferire nel concreto quella «interpretazione unitaria della trama costituzionale», nella quale va inserito l'art. 75 Cost. ed i valori che esprime, per ottenere la «prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale», che la Corte Costituzionale ha indicato nella nota sentenza n. 199 del 2012¹.

Partendo dalle caratteristiche della disciplina legislativa, oggetto del quesito referendario, ne va sottolineata preliminarmente la maniera disordinata di formazione nel tempo.

Per cogliere tale elemento può essere sufficiente soffermare l'attenzione sui

¹ L'affermazione è contenuta al par. 5.2.2 del considerato in diritto della sent. n. 199/2012. La decisione è stata molto commentata. Si vedano, ad esempio, M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 26 settembre 2012; 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 www.federalismi.it, 26 settembre 2012; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte cost. 20 luglio 2012, n. 199)*, in www.federalismi.it, 5 dicembre 2012; A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in www.forumcostituzionale.it, 3 gennaio 2013.

contenuti iniziali e su quelli, per così dire, finali, sui quali il referendum viene richiesto.

I primi possono essere così sintetizzati.

Il d.lgs. n. 276 del 2003, nell'art. 70, comma 1, fissava l'elemento caratterizzante il profilo oggettivo. Si tratta di prestazioni occasionali di tipo accessorio, e cioè «attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito: a) dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa l'assistenza domiciliare a bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap; b) dell'insegnamento privato supplementare; c) dei piccoli lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; d) della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; e) della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà». In definitiva un campo delimitato di attività che era completato dalla dimensione temporale, in quanto il comma 2 dello stesso art. 70 disponeva che la durata di tali attività lavorative non dovesse superare trenta giorni nel corso dell'anno solare, e da quella economica, giacché attraverso esse non si potevano ottenere nello stesso anno solare compensi superiori a 3 mila euro. A ciò si aggiungevano le caratteristiche soggettive dei prestatori di lavoro accessorio indicate dall'art. 71. Tali lavoratori dovevano essere: i disoccupati da oltre un anno, le casalinghe, gli studenti e pensionati, i disabili e i soggetti in comunità di recupero, i lavoratori extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

Infine, venivano specificate le caratteristiche del rapporto economico in quanto l'art. 72 introduceva innovative modalità di pagamento, prevedendo un carnet di buoni per prestazioni di lavoro accessorio del valore nominale di 7,50 euro, con un onere contributivo a fini previdenziali pari a 1 euro da versare alla Gestione separata Inps di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), e di 0,50 euro all'Inail per fini assicurativi contro gli infortuni sul lavoro, con l'esenzione fiscale del compenso corrisposto al lavoratore e la sua non incidenza sullo stato di disoccupato o inoccupato del lavoratore medesimo. La disciplina si concludeva con l'art. 73 che dettava disposizioni in tema di coordinamento informativo ai fini previdenziali, prevedendo modalità per la verifica dell'andamento delle prestazioni di carattere previdenziale e delle relative entrate contributive, «conseguenti allo sviluppo delle attività di lavoro accessorio»².

² Sui caratteri di tale disciplina si veda M. PEDONI, *La riforma del sistema pensionistico*, in *Aggiornamenti sociali*, 1995, fasc. 11, 683 ss.; si vedano altresì G. CANAVESI, *L'omogeneizzazione dei trattamenti pensionistici nella riforma previdenziale*, in *Riv. giur. del lavoro e della previdenza sociale*, 1995, fasc. 4, 347 ss.; O. CASTELLINO, *La previdenza sociale dalla riforma Amato alla riforma Dini*, in *Riv. internaz. di scienze sociali*, 1995, fasc. 3, 457 ss.; A. FLORES, *Il nuovo sistema pensionistico*, in *Riv.*

Dopo molte modifiche intervenute nel tempo, l'art. 55, comma 1, lett. d) del D.lgs. 81/2015 abroga espressamente tali artt. 70, 71, 71, 73; viene contestualmente, introdotta una nuova disciplina con gli articoli 48, 49, 50.

L'intervento è sostanziale giacché l'art. 48, recante definizione e campo di applicazione, di fatto elimina i confini, in precedenza stabiliti dall'art. 70 D.lgs. 276/2003, per delimitare l'ambito oggettivo, affidandosi soprattutto all'entità del compenso ammissibile per ciascun anno. È contemplato, poi, il divieto di prestazione di lavoro accessorio nell'esecuzione di appalti di opere o servizi, fatte, comunque, salve le ipotesi individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

L'art. 49 regola le modalità di pagamento, attraverso *carnet* di buoni orario, per committenti imprenditori e professionisti, in uno con gli aspetti previdenziali da rispettare.

L'art. 50 reca, infine, soltanto la disciplina di coordinamento informativo a fini previdenziali³.

La trasformazione è netta. Si può giustamente dire che non è più lavoro occasionale di particolari soggetti, bensì lavoro accessorio che, essendo contemplato a maglie larghe di utilizzazione, reca con sé inevitabili elusioni. Sotto questo aspetto, senza nutrire soverchie illusioni, essendo inevitabile che la richiesta di referendum presenti una ragion d'essere di tipo politico-contrappositivo, si può anche cogliere nell'istituto di democrazia diretta un impulso perché sia eliminata la disciplina vigente, al fine di impedire la degenerazione che essa consente, e si elabori una regolamentazione riferibile effettivamente al solo lavoro occasionale.

2. *Caratteri della disciplina oggetto del quesito referendario nella sentenza n. 28/2017.* – In questa direzione non può essere del tutto trascurata la suggestione proveniente dalla difesa statale nel corso del giudizio di ammissibilità, quando essa, per escludere il referendum, ha utilizzato l'argomento che la legge sottoposta al quesito referendario è costituzionalmente necessaria, con un'eccezione fondata sul rilievo che il lavoro occasionale deve trovare obbligatoriamente una disciplina normativa. Può essere interessante osservare che la Corte non accoglie tale impostazione, ma non la esclude del tutto, nel momento in cui motiva il rigetto della tesi, prospettata dall'Avvocatura dello Stato, sulla base del rilievo che quanto è oggetto del quesito referendario non presenta le caratteristiche

giur. della Scuola, 1996, fasc. 1, 33 ss.; F. ROMANELLI, P. ROMANELLI, *Aspetti della riforma pensionistica. Dai primi assetti previdenziali ad un sistema di sicurezza sociale*, in *Nuova rassegna di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 1997, fasc. 4, 450 ss.

³ Cfr. V. PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *Lavoro e diritto*, 2015, 4, 679 ss.; E. BALLETTI, *Le prestazioni di lavoro accessorio alla luce del "Job's Act"*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 3/2015, 473 ss. e *ivi* altresì G. DI CORRADO, *La flessibilità nel mercato del lavoro: lavoro intermittente e lavoro accessorio*, 615 ss.

dell'occasionalità. Ed infatti, a ben vedere è, soprattutto, il venir meno del carattere occasionale, circoscritto nel modo prima indicato dal d.lgs. 276/2003, ad orientare le conclusioni conseguite dal Giudice costituzionale, che sottolinea due diversi elementi.

Il primo è di tipo formale. A ribadire la forte torsione subita dall'istituto, nota la Corte, vale anche il rilievo della modifica del Titolo da parte della legge in cui la disciplina viene inserita. Mentre nel d.lgs. 276/2003 le norme erano nella rubrica del Capo II recante «Prestazioni occasionali di tipo accessorio reso da particolari soggetti», nel d.lgs. 81/2015 sono confluite nel Capo IV «Lavoro accessorio».

Il secondo è di tipo sostanziale. Non si tratta più di uno strumento volto a dare risposta «ad esigenze marginali e residuali del mercato del lavoro», bensì, come già sottolineato, dell'introduzione di una forma di lavoro accessorio accanto ad altri istituti del diritto del lavoro.

Un argomentare che induce la Corte Costituzionale ad utilizzare espressioni che, opportunamente raccordate, indicano un percorso chiaro: l'intento referendario è quello di abrogare «nella sua interezza» l'«attuale» disciplina del lavoro accessorio e va ravvisata una «finalità autenticamente abrogativa», in quanto si vuole ottenere l'eliminazione dall'ordinamento della disciplina.

Tenendo conto di ciò che precede, si può considerare quanto è maturato a livello giurisprudenziale, sul vincolo, derivante dalla pendenza di un procedimento referendario, nei confronti di eventuali interventi normativi che intendano disciplinare le materie oggetto di referendum.

Come è noto, il rapporto fra diritti dei referendari e potere legislativo è stato delineato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dell'Ufficio Centrale, superando il contenuto originario dell'articolo 39 della legge n. 352/1970, laddove vi era una previsione tesa a vanificare i diritti di coloro che avevano promosso e sottoscritto il referendum. La Corte Costituzionale, intervenendo nel 1978 con la sentenza n. 68, con un accoglimento parziale in funzione additiva, ha inteso ripristinare l'equilibrio fra potere (legislativo) e diritti (dei referendari), assumendo come fondamento, per la decisione, la necessità del pieno rispetto della sovranità popolare. E ha perseguito tale obiettivo fissando molti punti importanti.

Il principio, al quale il Giudice delle leggi si è ispirato, è che la legislazione ordinaria non rimane paralizzata o limitata nel corso del procedimento referendario, in quanto la funzione legislativa, ai sensi dell'art. 70 Cost., è potenzialmente inesauribile, né vi può essere eccezione al principio di continuità della funzione e del potere legislativo. Ciò discende altresì dall'esigenza di rispondere a nuovi bisogni o problemi con una legislazione adeguata e tempestiva che, pertanto, non si può interrompere, in pendenza di un procedimento referendario. Se è vero che un tale principio, intrinsecamente connaturato alla funzione legislativa, deve essere preservato, è anche necessario, tuttavia, controbilanciarlo col

rispetto della volontà popolare manifestata attraverso la proposizione del quesito referendario. Pertanto, qualora l'intenzione legislativa sia sostanzialmente confermativa della precedente scelta, pur con la introduzione della nuova regola, non è possibile bloccare la richiesta referendaria onde evitare che la sovranità del popolo sia mera apparenza.

Proprio per tale ragione, e per fornire un quadro completo, la Corte Costituzionale, già nella sentenza n. 68 del 1978, ha distinto fra la richiesta abrogativa riferita ad una legge o atto equiparato alla legge o un organico insieme di disposizioni nella sua interezza, altrimenti individuate dal legislatore, e quella rivolta, invece, a disposizioni specifiche.

L'operata distinzione è funzionale all'accertamento da compiere. Nell'una ipotesi, la valutazione deve verificare le affinità o le divergenze fra le singole previsioni della precedente e della nuova legislazione, con un raffronto fra i principi ai quali sono collegate, nel loro complesso, l'una o l'altra disciplina. Soltanto, se da una tale indagine risulta che vi è stato un diverso proporsi dei principi, vi può essere il blocco delle relative operazioni referendarie, seppure si rinvercano, nella nuova disciplina dell'intera materia, contenuti normativi preesistenti. La Corte Costituzionale precisa anche che la modificazione di singole previsioni legislative può determinare l'interruzione del procedimento con riguardo a tali previsioni, laddove i principi informativi delle medesime non siano più quelli della complessiva disciplina originaria.

Nell'altra ipotesi, il Giudice costituzionale ha ritenuto decisivo il confronto fra i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, senza necessità di indagare sui principi dell'intera disciplina nella quale essi sono inseriti. Questo perché i promotori ed i sottoscrittori delle richieste di referendum non intendevano ottenere l'abrogazione di tutto il complesso regolativo considerato nella sua ragione d'intervento⁴.

⁴ Testualmente, la Corte così si esprime: «Per meglio chiarire a quali condizioni il referendum debba essere effettuato sulla nuova disciplina legislativa, al di fuori delle attuali prescrizioni dell'art. 39 della legge n. 352 del 1970, conviene però mantenere distinta l'ipotesi in cui la richiesta riguardasse nella loro interezza una legge od un atto equiparato (od anche un organico insieme di disposizioni, altrimenti individuate dal legislatore) da quella in cui fosse stata proposta soltanto l'abrogazione di disposizioni specifiche. Nel primo caso, questa Corte ritiene che l'indagine non possa limitarsi alle affinità od alle divergenze riscontrabili fra le singole previsioni della precedente e della nuova legislazione, ma si debba estendere ai raffronti fra i principi cui s'informino nel loro complesso l'una o l'altra disciplina; sicché il mutamento dei principi stessi può dare adito al blocco delle relative operazioni referendarie, quand'anche sopravvivano – entro il nuovo ordinamento dell'intera materia – contenuti normativi già presenti nell'ordinamento precedente; mentre la modificazione di singole previsioni legislative giustifica l'interruzione del procedimento nella parte concernente le previsioni medesime, solo quando si possa riscontrare che i loro principi informativi non sono più riconducibili a quelli della complessiva disciplina originaria. Nel secondo caso, invece, decisivo è il confronto fra i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, senza che occorra aver riguardo ai principi dell'intero ordinamento in cui questi si ritrovino inseriti: appunto perché i promotori ed i sottoscrittori delle richieste di referendum non avevano di mira l'abrogazione di quell'ordinamento considerato nella sua interezza» (Corte cost. sent. n. 68/1978, par. 3, considerato in diritto).

Alla stregua di una tale struttura della decisione della Corte costituzionale, l'Ufficio centrale per il referendum ha indicato quale contenuto essenziale, da valutare nella nuova disciplina, che accompagna l'abrogazione della precedente, la avvenuta, o meno, modifica dei principi ispiratori della complessiva regolamentazione preesistente e i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti.

L'Ufficio centrale ha modo di esplicitare che quanto ha caratterizzato la decisione e la struttura argomentativa del Giudice costituzionale rappresenta "un metodo dell'interpretazione", che impone di analizzare, nel testo, la lettera delle disposizioni, la struttura ordinante ed i principi informatori.

Soltanto così, si può individuare il complesso assetto regolativo, gli obiettivi e la portata cogente. Per compiere una corretta valutazione nell'analisi del singolo caso, è importante operare un confronto fra intenzione dei referendari e intenzione del legislatore che interviene nella procedura referendaria aperta.

In buona sostanza occorre, sulla scorta di una indagine invero complessa e articolata, riscontrare che si sia realizzata un'abrogazione "reale", perché solo essa può impedire lo svolgimento delle operazioni referendarie. In tale indagine svolge un ruolo di particolare rilevanza il fine abrogativo nel modo in cui è stato indicato dalla Corte Costituzionale nel giudizio di ammissibilità⁵.

Applicando le conclusioni di cui sopra alla fattispecie in esame, si può ragionevolmente ritenere che l'impostazione della Corte non esclude ma, probabilmente, sottintende la utilità di una disciplina del lavoro occasionale, purché davvero sia mantenuta in quei limiti che la rendano coerente con la qualificazione. Ciò si può trarre dalla complessiva impostazione e dal modo in cui è strutturata la risposta fornita dalla Corte all'eccezione dell'Avvocatura, di cui si è detto in precedenza.

Il quesito referendario, pur con la forte connotazione politica che lo ha contraddistinto, mostra la sua potenzialità anche di impulso. Naturalmente è astretto nel suo insuperabile carattere di fonte con esclusivi effetti caducatori, ma mostra in questo caso, come in tanti altri, uno dei suoi aspetti, e cioè che non tende a eliminare sempre la disciplina di un ambito materiale, ma *quella* disciplina, come disegnata effettivamente dal legislatore.

⁵ Quando l'Ufficio centrale con la pronuncia del 3/6/2011 ha dovuto valutare le disposizioni concernenti la localizzazione e costruzione di nuove centrali nel territorio nazionale italiano per la produzione di energia nucleare, introdotte dal d.l. 31 marzo 2011, n. 34, convertito nella l. 26 maggio 2011, n. 75, che abrogava espressamente le norme interessate dalla richiesta di referendum, ha evidenziato che «Le direttrici economiciste riferite alla competitività e al mercato, la riduzione della sostenibilità ambientale unicamente focalizzata sulla riduzione della emissione di gas ad effetto serra evidentemente legata alle centrali termiche a combustione tradizionale (si legge nell'art. 5 co. 8 più volte richiamato il miglioramento della competitività del sistema energetico nazionale e lo sviluppo delle infrastrutture nella prospettiva del mercato interno europeo..., la sostenibilità ambientale nella produzione e negli usi dell'energia, anche ai fini della riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, la valorizzazione e lo sviluppo di filiere industriali nazionali) evidenziano la reiterazione di una opzione legislativa nuclearista incompatibile con gli obbiettivi del referendum indetto».

Proprio una tale osservazione porta ora a considerare da vicino quanto è accaduto nella pendenza del procedimento referendario in esame.

3. *La mera abrogazione legislativa in pendenza di referendum abrogativo.* – Si sa che il d.l. 17 marzo 2017, n. 25 recante “Disposizioni urgenti per l’abrogazione delle disposizioni in materia di lavoro accessorio nonché per la modifica delle disposizioni sulla responsabilità solidale in materia di appalti”, ha disposto l’abrogazione, tra l’altro, degli artt. 48, 49, 50 del d.lgs. 81/2015, indicando nell’epigrafe che l’intervento si basa sulla straordinaria necessità e urgenza di superare l’istituto del lavoro accessorio al fine di contrastare pratiche elusive⁶.

Si tratta, pertanto, di un intervento di mera abrogazione⁷.

Osservando esclusivamente il profilo della forza, alla stregua del ragionamento che è stato condotto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 16/1978, per costruire la capacità abrogativa del referendum, non vi è dubbio che vi è coincidenza fra legge meramente abrogativa e referendum ex art. 75 Cost.⁸. Ma riflettendo sulla ragion d’essere di una mera abrogazione legislativa, non può essere trascurato che essa è espressione dello stesso potere normativo che, normalmente, si manifesta con regole nuove per disciplinare un certo ambito materiale, nel senso che l’esercizio della funzione legislativa si sostanzia principalmente nel porre delle disposizioni normative⁹. Da questa osservazione se ne potrebbe desumere che, qualora il legislatore ordinario opti per la mera abrogazione senza contestualmente prevedere una disciplina anche sostitutiva di quella innanzi vigente, Egli intenda semplicemente delimitare nel tempo l’efficacia sostanziale delle norme abrogate, postulando l’assunto secondo cui la materia non necessita di alcuna disciplina: né di quella appena abrogata, né di altra che la sostituisca. Pertanto, nella misura in cui dispone di un *quantum* di discrezionalità consu-

⁶ È dato leggere, nel preambolo: «Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di superare l’istituto del lavoro accessorio al fine di contrastare pratiche elusive, nonché di modificare la disciplina della responsabilità solidale negli appalti al fine di elevare ulteriormente l’efficacia delle tutele in favore dei lavoratori, in coerenza con la recente evoluzione della disciplina in materia di contratti pubblici...»

⁷ Sul punto, non si possono non richiamare i classici lavori di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1976, 168; F. SORRENTINO, *L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, n. 8; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. Giur.*, 1990; M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *E.d.D.*, XIII, pp. 994 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Abrogazione*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Cesare Donati, Perugia 1980, 11 ss.; M. S. GIANNINI, *Problemi relativi all’abrogazione delle leggi*, estr. *Annali Fac. Giur. Univ. Perugia*, 1942, 26-27; A. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in «*Ius*», 1951, 356 ss.; S. PUGLIATTI, *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc.dir.* I, Milano 1958, 141 ss.

⁸ In part. F. SORRENTINO, *Effetti dell’abrogazione legislativa delle norme sottoposte a referendum*, in «*Studi parlamentari*», 1971, 31 ss; ID., *L’abrogazione*, cit., 10 ss., in part. 16, nota 47.

⁹ Sul punto le diverse posizioni di F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*, 14, e V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 169.

stanziale all'esercizio della propria funzione, il legislatore può decidere se integrare, modificare, sostituire una disciplina normativa oppure abrogarla meramente, nella convinzione che non sia opportuno o utile normare un determinato ambito materiale.

Sul piano teorico generale, dunque, a un identico fondamento del potere abrogativo corrisponde una diversità di scelta di politica legislativa nel caso in cui il legislatore decida di limitare il proprio intervento alla mera abrogazione, proprio in virtù della rilevata inutilità o inopportunità di una disciplina normativa in un determinato ambito.

A fronte di una simile ricostruzione dell'abrogazione di origine legislativa, è stata rilevata in dottrina la diversità tipologica dell'abrogazione referendaria, promanando quest'ultima da un differente circuito decisionale¹⁰. Invero, quando il corpo elettorale si pronuncia attraverso il referendum abrogativo svolge, di fatto, una valutazione sulla *opportunità* di una certa disciplina legislativa e sulla *condivisibilità* degli esiti normativi del consenso raggiunto attraverso il confronto parlamentare, presupponendo un giudizio negativo sulla legge come momento di composizione politica. Qualora, poi, oggetto del referendum sia un atto avente forza di legge, il giudizio di disvalore espresso dalla pronuncia del corpo elettorale si svolge sulla sintesi politica comunque conseguita.

Naturalmente la volontà popolare che si può esprimere soltanto in termini di eliminazione limita la possibilità di interpretare in maniera compiuta quanto è sotteso al voto di ciascun elettore. Se l'elemento non dubitabile è la volontà di espungere una certa disciplina, in essa può esservi una funzione di stimolo, perché sia sostituita una regolamentazione, ormai non più corrispondente alle esigenze attuali, ovvero perché vi sia un esito normativo differente, rispetto a quello ottenuto dall'incontro delle volontà in sede parlamentare ovvero, ancora, perché si intende non disciplinare una certa materia.

Sotto questo punto di vista, la mera abrogazione da legge e la mera abrogazione da referendum non sono sovrapponibili o, meglio, lo sono nel momento in cui esprimono l'esigenza di non disciplinare in un certo modo un fenomeno. Ma il referendum può sottendere altro. Si può in un certo senso dire che la legge meramente abrogativa è monodirezionale, mentre il referendum è pluridirezionale. Ne discende che il secondo comprende l'effetto della prima, risultando del tutto superfluo l'intervento di quest'ultima, pendente il primo.

Per rispettare pienamente i diritti dei referendari, però, l'intervento meramente abrogativo prima dello svolgimento del referendum va equiparato, quanto a conseguenze, all'abrogazione referendaria e la successiva, eventuale, mera

¹⁰ Sul punto V. COCOZZA, *Potere abrogativo referendario e potere abrogativo del Parlamento*, in *Pol. Dir.*, 1981, 495 ss.; V. MARCENÒ, *Il concetto di abrogazione parziale. Raffronto tra l'abrogazione legislativa e l'abrogazione referendaria*, in *www.astrid-online.it*. e, più in generale, ID., *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino, 2013.

riproposizione della disciplina nei modi non consentiti va apprezzata in termini di illegittimità costituzionale.

Anche alla luce di tali elementi si può ragionare sulla mera abrogazione da legge o da decreto legge.

Come detto, il dato di sistema, che si ricava dalla sentenza n. 68 del 1978, è che il legislatore conserva integralmente il suo potere di intervento, anche a procedimento referendario aperto, e questo impedisce di riproporre l'idea, pure sostenuta, che, una volta avviata la procedura referendaria, vi sia una indisponibilità della materia da parte del legislatore per rispettare nella maniera più piena l'art. 75 Cost. e i valori che ne sono alla base. Anche se, bisogna aggiungere, quando il procedimento si è concluso con l'esperimento di tutte le fasi di controllo, si viene a determinare una aspettativa di esercizio del diritto molto forte che qualche ombra proietta sulla absolutezza della conclusione. Ragionando, dunque, secondo gli schemi consegnati dal Giudice costituzionale, una legge meramente abrogativa che, eventualmente, preceda un intervento conformativo non sembra sanzionabile, ma non sfugge che essa reca in sé un *vulnus* al diritto dell'elettore di manifestare la propria volontà, soprattutto una volta perfezionato il procedimento in tutte le sue fasi.

Se, pertanto, anche una legge meramente abrogativa pone dubbi di compatibilità con il sistema, gli stessi si mostrano insuperabili per il decreto legge.

Come sappiamo, il decreto legge non ha la possibilità di bloccare il referendum. Al riguardo, l'Ufficio Centrale per il referendum ha chiarito che la natura provvisoria del decreto legge, e la decadenza *ex tunc* in caso di mancata conversione in legge, non consentono di produrre un effetto definitivo quale è l'interruzione del procedimento referendario¹¹.

Ebbene, anche tenendo conto di ciò, non vi è bisogno di spendere molte parole per evidenziare che i presupposti costituzionali per l'adozione del decreto legge in esame sono inesistenti. Basta considerare le date per quanto in analisi: il decreto legge è del 17 marzo e, dovendosi attendere la legge di conversione entro 60 giorni, si ricade nel periodo utile per lo svolgimento del referendum che, ai sensi dell'art. 34 legge 352/1970, è una domenica tra il 15 aprile e il 15 giugno. Come è agevole dedurre, l'intervento del decreto legge meramente abrogativo è stato esclusivamente funzionale ad evitare una soccombenza della linea politica del Governo nella tornata referendaria e "prendere tempo" per una successiva nuova regolamentazione della materia.

4. *Referendum vs legislatore e decreto legge meramente abrogativo di norme oggetto di quesito referendario.* – Lo scenario delineato porta ad interrogarsi su

¹¹ Sul punto, da ultimo, P. CARNEVALE, *Decreto-legge su lavoro accessorio e responsabilità solidale in materia di appalti e referendum in itinere: prove di aggiramento?*, in *Federalismi.it*, n. 11/2017.

alcuni punti del rapporto referendum-legislatore che l'esperienza ha mostrato nei suoi contrasti anche molto forti¹².

C'è un elemento non dubitabile. In una logica non di integrazione ma di contrapposizione quale purtroppo gli eventi hanno consegnato, l'intervento di disciplina successivo al referendum corrisponde in misura maggiore agli interessi del legislatore di godere di uno spazio di manovra più ampio, rispetto a quello che può utilizzare con una disciplina precedente il voto referendario.

È vero che, dopo l'abrogazione, infatti, secondo l'insegnamento del Giudice costituzionale, l'eventuale riproposizione della disciplina va valutata, seguendo lo schema disegnato nella sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1978, in termini di legittimità costituzionale. Ma si tratta di un giudizio eventuale, seppure con il grave, possibile, effetto di annullamento che va condotto, secondo quanto stabilito nella sentenza n. 199 del 2012, tenendo conto della possibilità che mutamenti del quadro politico o delle situazioni di fatto giustificino la riproposizione di normativa riproduttiva, in quanto avente contenuti non innovativi, di quella abrogata. L'eventuale giudizio del Giudice costituzionale appare, poi, l'unico vero e realistico controllo. Difatti si ritiene che non ci sia grande spazio per un intervento in sede di promulgazione da parte del Presidente della Repubblica. I vantaggi giustamente richiamati dalla dottrina, derivanti dal carattere necessario di tale verifica presidenziale che è preventiva rispetto all'entrata in vigore e vanta "prossimità temporale" rispetto all'approvazione della legge, sono indiscutibili. Così come condivisibile la particolare valenza politico-costituzionale del vizio eventualmente riscontrabile, perché segnala, come ben è stato detto, «lo scollamento conflittuale fra forme espressive della democrazia nella cui capacità integrativa risiede un fattore essenziale di coesione del sistema»¹³.

Ma, tenendo conto di quanto hanno affermato rispettivamente la Corte costituzionale e l'Ufficio centrale, il giudizio di legittimità, sotteso al rinvio presidenziale, risulterebbe particolarmente complesso e impegnativo. Di tal che, se non è da escludere, l'esercizio del potere di rinvio si mostra come *extrema ratio* e soprattutto collegabile alla sola circostanza che la legge approvata, dopo l'abrogazione, sia meramente riproduttiva di quella abrogata.

In un contesto del genere impedire l'intervento meramente abrogativo con decreto legge non si mostra irrilevante. Come si diceva, per un decreto legge che abbia un contenuto meramente abrogativo, mancano i presupposti costituzionali. Non si riesce, infatti, ad immaginare quale mai possa essere una situazione che giustifichi il ricorso allo strumento normativo dalla straordinaria urgenza.

¹² CARNEVALE, *op.ult.cit.*, ricorda che «la storia dei rapporti fra legislatore rappresentativo e referendum abrogativo è contrassegnata da episodi rivelatori di atteggiamenti ispirati ad una logica dell'elusione e del fraintendimento, piuttosto che a correttezza» (p. 9).

¹³ Sono espressioni di CARNEVALE, *Decreto-legge*, cit., 14.

Ove mai vi fosse, sarebbe talmente eccezionale da poter essere colta nella sua assoluta peculiarità.

Normalmente non è. In un caso del genere lo «scollamento conflittuale tra forme espressive della democrazie», di cui prima si è detto, è di notevole gravità ed evidenza. Ne consegue che un decreto legge di mera abrogazione sembra ontologicamente in contrasto con lo schema costituzionale di integrazione fra democrazia diretta e rappresentativa e un tale accertamento in sede di emanazione da parte del Presidente della Repubblica dovrebbe rientrare, *pleno iure*, nel giudizio affidato al Presidente e il diniego essere quasi un automatismo (salvo le eccezioni da ritenersi tanto rare da ritenersi caso di scuola).

L'emanazione troverebbe piena attuazione quale potere da collegare alla figura del Presidente della Repubblica come rappresentante dell'unità nazionale e di garante degli equilibri costituzionali¹⁴, per contribuire a ricomporre la trama referendum-rappresentanza, che di certo non ha bisogno di ulteriori strappi come quelli che, con tali interventi, sembrano accentuarsi.

Laddove un fenomeno del genere dovesse riproporsi, dare avvio a una prassi di questo tipo potrebbe costituire, nella rigorosa e doverosa applicazione della Carta, un modo per evitare una degenerazione ulteriore dei rapporti fra politica e diritti che in maniera così diffusa si è mostrata.

¹⁴ Sull'argomento M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Rass. parl.*, 2009. Si vedano, inoltre, i contributi sul tema apparsi sul numero monografico della rivista *Nomos*, 1/2017.

ABSTRACT

Filippo Patroni Griffi, *Autonomie locali e nuove forme di democrazia: ovvero, del recupero della partecipazione*

Lo scritto esamina il tema dei rapporti tra autonomie locali e l'attuazione di nuove forme di democrazia, con particolare riguardo ai profili costituzionali e di diritto amministrativo. Per quanto concerne i primi, il lavoro si sofferma sui temi del recupero della partecipazione e del sistema delle autonomie: analizza i molteplici fattori di crisi del sistema e cerca di individuare strumenti di recupero della partecipazione che integrino le esistenti forme di democrazia rappresentativa.

Con riferimento ai profili di diritto amministrativo, prende in esame i principi di partecipazione al procedimento amministrativo e di trasparenza.

Successivamente, l'Autore si sofferma sui concetti di democrazia partecipativa e deliberativa, individuandone i tratti salienti e i profili critici. In particolare, dubitando dell'effettiva utilità di una loro differenziazione, propone l'utilizzo di una formula di sintesi tratta dal procedimento amministrativo partecipato: "democrazia partecipata". In questa prospettiva, ricostruisce il quadro di riferimento positivo internazionale, nazionale e regionale.

In conclusione, il saggio evidenzia l'importanza di giungere ad una moderna democrazia partecipata che sappia modellarsi e adattarsi alle esigenze e ai mutamenti della società e che sappia individuare strumenti di coinvolgimento dei governati, non sudditi, a partire da e, soprattutto, sul terreno delle autonomie locali.

Local Autonomies and new forms of democracy: the recovery of the value of participation

The paper analyses the issue of the relationship between local autonomies and the execution of new forms of democracy, in particular regarding to constitutional and administrative law profiles. Firstly, it focuses on the themes of recovery of the value of participation and the system of autonomies: it analyzes the multiple factors of the system crisis and tries to identify participatory recovery instruments that integrate the existing forms of representative democracy.

According to the administrative law profiles, it examines the principles of participation and transparency in the administrative procedure.

Then, the Author focuses on the concepts of participatory and deliberative democracy, identifying their peculiar features and critical profiles. In particular, doubting the effective utility of their distinction, He proposes the use of an expression taken from the participated administrative procedure: “participated democracy”. In this perspective, He reconstructs the international, national and regional positive reference framework.

In conclusion, the essay underlines the importance of reaching a modern participated democracy that can shape and adapt to the needs and changes of the society and that can identify new instruments of citizen participation, but not as subjects, starting with and above all on the ground of local autonomies.

Marco Ragusa, *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani. O forse due? Sulla distanza di approccio tra il d.lgs. n. 169 del 2016 e il regolamento (Ue) n. 2017/352*

L'articolo descrive l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana alle trasformazioni dell'ordinamento portuale (e, in particolare, degli enti portuali) intervenute a far data dalla l. n. 84/1994. L'autore evidenzia come l'opinione prevalente – che ha qualificato le Autorità portuali italiane alla stregua di enti pubblici non economici, dotati di funzioni regolatorie – strida con l'inquadramento in termini di impresa dato agli enti gestori dei porti degli Stati membri, in una molteplicità di occasioni, dalle istituzioni europee. Questa biforcazione di letture (testimoniata anche dall'ultima stagione della legislazione italiana ed europea) non è giustificata dai tratti di specialità che le Autorità di sistema portuale italiane presentano rispetto al prototipo di autorità portuale preso in considerazione dall'Unione: nelle conclusioni dell'articolo si propone un inquadramento dei nuovi gestori dei porti italiani come enti pubblici economici, le cui funzioni sono essenzialmente imprenditoriali.

A New Juridical Appearance for the Managing Bodies of the Italian Ports. Or Maybe Two? On the Distance of Approach between the d.lgs. n. 169 del 2016 and the Regulation (EU) 2017/352

This paper describes how the Italian courts and scholars interpreted the legal transformations occurred to the seaports' organization (and notably to the port Authorities) since the law 84/1994. The author underlines that the prevailing opinion – that has qualified the Italian port Authorities as non-economic public bodies, exerting regulatory functions – clashes with the framing of the member States' ports managing bodies as undertakings, that the European institutions expressed on several occasions. This bifurcation of positions (also testi-

fied by the Italian and European legislation's last season) is not justified from the special aspects that the Italian Autorità di sistema portuale show in comparison to the prototype of port Authority that EU law conceives: in conclusion, the paper suggests framing the new Italian ports' managing bodies as economic entities, whose functions are essentially entrepreneurial.

Emiliano Frediani, *La valutazione del rischio da ricerca universitaria all'estero: un «problema» in cerca di regole.*

Il contributo analizza la figura del rischio da ricerca universitaria all'estero in contesti in cui è presente una elevata fragilità a livello istituzionale e politico-sociale. Questi ultimi, a causa delle particolari tensioni che li caratterizzano, rappresentano una fonte di possibile esposizione della persona a situazioni di pericolo strettamente collegate al tipo di ricerca che viene condotta sul campo ed alla sua attitudine ad intercettare interessi pubblici sensibili. La riflessione viene sviluppata con riguardo alla particolare condizione dei dottorandi, evidenziando un percorso che, dalla dimensione legislativa conduce ad un'indagine a campione in merito alla disciplina recata dalle singole università in tema di svolgimento di attività di ricerca all'estero. In questa prospettiva, lo studio delle risposte che il diritto amministrativo può offrire a questo problema si concentra sulla necessità di strutturare un procedimento di valutazione che, da un lato, sia idoneo ad individuare *ex ante* delle misure di mitigazione del richiamato rischio e dall'altro a monitorare *ex post* gli atti autorizzatori rilasciati dai competenti organi accademici.

The Risk Assessment of University Research in Foreign Countries: a "Problem" Looking for Rules

The paper analyzes the risk of university research in foreign countries referring to contexts where there is a high degree of "fragility" at institutional and socio-political level. Such contexts, for the particular tensions that characterize them, represent a source of possible exposure of the person to dangers closely related to the type of research that is conducted *in loco*, also because of its attitude to go to touch highly sensitive public affairs. The reflection is developed with regard to the particular condition of the PhD students, drawing a path that from the legislative dimension leads to a sample survey on the discipline of individual universities about research activity in foreign countries. From this perspective, the study of the answers that administrative law can give to this problem is focused on the need to structure an evaluation process that can, at the same time, identify *ex ante* risk mitigation measures and monitor *ex post* the authorizations issued by the relevant academic bodies.

Cristina Fraenkel-Haeberle e Flaminia Aperio Bella *Gli “organi di ricorso” sull’affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC.*

In materia di contratti pubblici il legislatore dell’Unione ha, ormai da anni, regolamentato in modo incisivo non solo le procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture (e poi di concessione), ma anche le relative procedure di ricorso. In tale ultimo ambito le direttive UE hanno sempre lasciato agli Stati membri la scelta se gli “*organi responsabili delle procedure di ricorso*” (breviter “organi di ricorso”), deputati ad assolvere il fondamentale compito di garantire il rispetto delle direttive sostanziali, dovessero o meno avere natura giurisdizionale.

Il saggio si propone di porre a confronto la soluzione prescelta dall’ordinamento tedesco, prestando particolare riguardo agli organi di ricorso specializzati in materia di appalti sopra la soglia comunitaria, competenti a giudicare in prima istanza (cc.dd. *Vergabekammern* o “Camere degli appalti”), con quella adottata dall’ordinamento italiano, che, a partire dal 2016, pur confermando la scelta di affidare alla giurisdizione amministrativa la tutela in tale ambito, ha riconosciuto all’ANAC un ruolo (sia pure facoltativo e accessorio) nel sistema delle tutele.

German and Italian “review bodies” on public procurement between EU law and national systems: the Vergabekammer and the pre-litigation advice of ANAC

In the field of public procurement EU law has deeply regulated not only the awarding procedures of public contracts of works, supplies or services (and since 2014 of concession contracts) but also the related review mechanisms. EU directives allow member states to decide upon the identification of the “bodies responsible for review procedures” (breviter “review bodies”) in charge of determining a possible breach of public procurement directives and whether such review bodies should or should not be judicial in character.

The essay focuses on the comparison between the implementation given to those rules by the German law, especially regarding the *Vergabekammern* (“Public procurement tribunals”), which are non-judicial review bodies in charge of first instance decisions, and by Italian law, where the new pre-litigation advice of ANAC (i.e. Italian Anti-Corruption Authority) has been introduced since 2016, in addition to the traditional judicial remedies, as an optional and ancillary non-judicial remedy.

Vincenzo Coccozza, *La mera abrogazione con decreto legge di disciplina oggetto di referendum abrogativo*

Il saggio affronta i problemi connessi all’intervento del decreto legge n. 25 del 2017 che ha proceduto alla mera abrogazione della disciplina oggetto

di referendum abrogativo sul lavoro accessorio, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza 28/2017. Viene, così, indagata la complessa tematica della mera abrogazione legislativa in rapporto con l'abrogazione referendaria: viene in rilievo, la frizione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta allorquando il legislatore interviene in costanza di un procedimento referendario abrogativo. L'analisi, in particolare, è riferita all'intervento del decreto legge per fare emergere le ulteriori criticità derivanti dall'utilizzo dell'atto straordinario di necessità e urgenza meramente abrogativo e al ruolo di garanzia da riconoscere al controllo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione.

The mere repeal by decree-law of a legislation under repealing referendum

The essay examines the problems about the Decree-Law no. 25 of 2017, which simply repeals a legislation concerning ancillary employment agreement already submitted to a referendum for the repealing of legislation, that the Constitutional Court declared admissible by the judgment 28/2017.

Thus come to light the differences between the mere legislative repeal and the referendum repeal, that means the hiatus between representative and direct democracy. The analysis, in particular, focuses on the intervention of the decree-law in order to highlight the additional problems arising from the use of an exceptional act of necessity and urgency for merely repealing a legislation. Finally, some considerations have been made about the role of guarantee and control played by the President of the Republic.

Gian Domenico Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*

Lo scritto analizza il problema della flessibilità nella gestione delle procedure contrattuali dopo la recezione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE and 2014/25/UE. La tesi di fondo è che, anche se il nuovo Codice dei contratti pubblici approvato con il d. lgs. 50/2016 introduce alcune novità significative nell'ottica dell'incentivazione dei poteri discrezionali delle stazioni appaltanti, l'eccesso di regole (e regolatori: come per esempio l'Anac con i relativi poteri di *soft regulation*) e di finalità da perseguire creano ancora incertezze operative e conseguenti stalli decisionali da parte degli uffici competenti. Rilevanti sono inoltre le ricadute del nuovo assetto disciplinare sulle forme di tutela processuali, che vanno riscoprendo antiche tendenze oggettivistiche. Sullo sfondo esiste il rischio di vedere riprodotto, anche contro le intenzioni, il culto formale del rito tipico della Burocrazia celeste che si affermò nella Cina imperiale della metà del '500: rischio per scongiurare il quale occorre una svolta culturale più che una ennesima riforma normativa.

The flexibility in public procurement: this stranger

The script analyzes the problem of flexibility in public procurement, after the reception of directives 2014/23/UE, 2014/24/UE and 2014/25/UE. The main argument is that, even if the new Italian Code of public contracts introduces some tools aimed at enhancing the use of discretionary powers by contracting stations, there are still too many rules from different actors (such as the new soft law regulation made by the National Anti-Corruption Authority) that create uncertainty and there is still a culture of constraint and suspicion that limit the full use of such tools. The risk is to see the birth of a system like the well known old Imperial Chinese examinations bureaucracy and, together, to accentuate the objective character of administrative jurisdiction.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FILIPPO PATRONI GRIFFI, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

GIAN DOMENICO COMPORTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Siena

MARCO RAGUSA, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Palermo

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, Professoressa (Apl. Professorin) di Diritto pubblico, comparato e scienza dell'amministrazione, Università di Speyer e Coordinatrice del programma di ricerca "Spazio europeo di amministrazione", Istituto di ricerca tedesco per la pubblica amministrazione di Speyer

FLAMINIO APERIO BELLA, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre

EMILIANO FREDIANI, Ricercatore di Diritto amministrativo, Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa

VINCENZO COCOZZA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in www.editorialescientifica.com, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Comporti, Ragusa, Fraenkel-Haeberle e Aperiò Bella, Frediani.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2017: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2017
da *La Buona Stampa* – Napoli