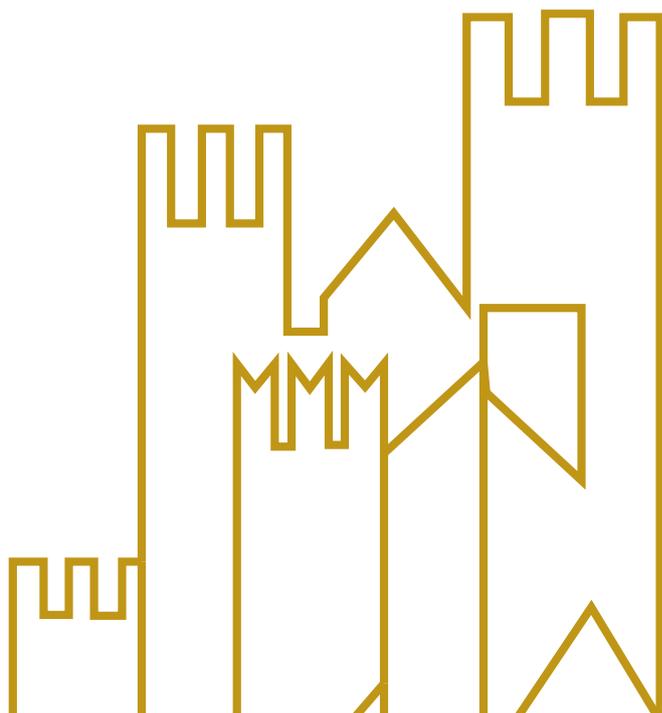


quadrimestrale di diritto ed economia

Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni



1/2023

Gennaio-Aprile



Rivista
di Diritto
ed Economia
dei Comuni



Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Registrazione al Tribunale di Roma n. 136/2022 del 30.11.2022

Gennaio-Aprile n. 1/2023

Direttore Scientifico: **Harald Bonura**

Direzione Scientifica: **Luigi Caso, Marcello Clarich,
Michele Corradino, Margherita Interlandi, Bernardo Giorgio Mattarella,
Guido Meloni, Veronica Nicotra**

Comitato Scientifico: **Vincenzo Antonelli, Antonio Barone, Daniela Bolognino,
Carlo Buonauro, Elisa D'Alterio, Fabrizio Dall'Acqua, Giuliano Fonderico, Felice Giuffrè,
Mario Gorlani, Nicola Lupo, Luciano Monti, Pasquale Passalacqua, Aldo Sandulli,
Giovanni Valotti, Antonio Viscomi**

Redazione: **Annalisa D'Amato, Maria Rosaria Di Cecca**

Collaboratori di redazione: **Gianluca Briganti, Gianvito Campeggio,
Elisa Galloppa, Lavinia Ialongo, Anna Laura Rum, Renata Stancanelli, Federica Zaccarelli**

Editore: **Comunicare - ANCI comunicazione ed eventi srl unipersonale
Via dei Prefetti, 46 - 00186 Roma**

Direttore Responsabile: **Stefania Dota**

Progetto grafico e cura dell'impaginato: **Francesco Botteri**

Stampa: **Tipografia Facciotti srl
Vicolo Pian due Torri, 74- 00146 - Roma**

www.rivistagiuridicadeicomuni.eu



<https://www.linkedin.com/company/93206826/admin/>



<https://twitter.com/home>

INDICE GENERALE

Editoriale	9
DI HARALD BONURA	
Prospettive	
Rapporti fra centro e periferia: spunti su questi 30 anni di federalismo all'italiana.....	13
DI VERONICA NICOTRA	
Memorie	
Il Presidente Vincenzo Zingales.....	19
DI PANCRAZIO SAVASTA E SALVATORE GATTO COSTANTINO	
Saggi	
La (ri)codificazione dei contratti pubblici.....	23
DI ANDREA LUBERTI	
L'affidamento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni: equo compenso e vincoli procedurali alla prova del tempo.....	31
DI GIUSEPPE MELI	
L'affidamento in house al tempo della transizione.....	43
DI GIUSEPPE URBANO	
Note	
Il Consiglio di Stato e le concessioni demaniali marittime: la nuova proroga automatica della legge n. 14 del 2023 va disapplicata perché si pone in contrasto con la Direttiva Bolkenstein.....	77
DI GIANLUCA BRIGANTI	
Enti pubblici economici ed organismi di diritto pubblico, tra elementi formali e interpretazione funzionale. Il caso dell'Istituto per il Credito Sportivo.....	87
DI MAIRA CASULLI	
Gli effetti dell'istanza in sanatoria sull'ordine di demolizione, di acquisizione gratuita al patrimonio comunale e di rilievo paesaggistico dei volumi interrati e seminterrati.....	95
DI ANNA LAURA RUM	
L'ordine di rimozione dei rifiuti abbandonati e ripristino dello stato dei luoghi non può prescindere dall'accertamento di una condotta almeno colposa in capo al proprietario del fondo non responsabile dell'abbandono.....	101
DI ANNA LAURA RUM	
L'ingiunzione a demolire un immobile sequestrato: profili di validità ed esecutività dell'ordinanza.....	109
DI ANNA LAURA RUM	
Giurisprudenza e Controllo	117
Norme e Prassi	189

Demanio Marittimo	
Corte di Giustizia Europea, C-348/22 del 20 aprile 2023.....	169
Agricoltura e zootecnica	
Corte Costituzionale, 18 aprile 2023, n. 75.....	169
Fondo di solidarietà comunale	
Corte Costituzionale, 14 aprile 2023, n. 71.....	170
Mandato del Sindaco	
Corte Costituzionale, 6 aprile 2023, n. 60.....	170
Edilizia e Urbanistica	
Corte Costituzionale, 16 marzo 2023, n. 42.....	170
Usi civici	
Cassazione civile, Sezioni Unite, 10 maggio 2023, n. 12570.....	171
Barriere architettoniche	
Cassazione civile, sez. III, 5 aprile 2023, n. 9384.....	171
Custodia	
Cassazione civile, sez. III, 29 marzo 2023, n. 8879.....	172
Società in house	
Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 2023, n. 8794.....	172
Giurisdizione	
Cassazione civile, Sezioni Unite, 23 marzo 2023, n. 5668.....	173
Servizio integrato rifiuti	
Cassazione civile, sezione tributaria, ord. 22 febbraio 2023, n. 5568.....	173
Incarico dirigenziale	
Cassazione civile, sez. lav., 9 febbraio 2023, n. 3984.....	173
Licenziamento	
Cassazione civile, sez. lav., 1 febbraio 2023, n. 605.....	174
Risarcimento danno	
Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2023, n. 4523.....	174
Servizio idrico integrato	
Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2023, n. 2911.....	175
Tar Sicilia, Catania, sez. II, 5 aprile 2023, n. 1135.....	178
Pianificazione urbanistica	
Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 30 marzo 2023, n. 23.....	176
Consiglio di Stato, sez. VII, 21 marzo 2023, n. 2855.....	176

Abuso edilizio

Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2023, n. 4367.....	176
Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 marzo 2023, n. 696.....	178
Tar Lazio, Roma, sez. II stralcio, 15 marzo 2023, n. 4565.....	179

Accesso

Tar Veneto, Venezia, sez. I, 2 maggio 2023, n. 589.....	177
---	-----

Contratti pubblici

Tar Campania, Napoli, sez. II, 21 aprile 2023, n. 2430.....	177
Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 20 aprile 2023, n. 344.....	178

Imposta di soggiorno

Corte dei conti, prima sezione giurisdizionale centrale d'appello, 16 marzo 2023, n. 107.....	179
---	-----

Processo contabile

Corte dei conti, seconda sezione giurisdizionale centrale d'appello, 13 marzo 2023, n. 57.....	179
Corte dei conti, seconda sezione giurisdizionale centrale d'appello, 7 marzo 2023, n. 52.....	180
Corte dei conti, seconda sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 27 febbraio 2023, n. 135.....	183

Personale

Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 28 aprile 2023, n. 4.....	181
Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Sicilia, 15 febbraio 2023, n. 48.....	183

Mutui

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Veneto, 12 aprile 2023, n. 24.....	181
--	-----

Responsabilità danno erariale

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sicilia, 22 marzo 2023, n. 147.....	181
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 14 marzo 2023, n. 34.....	182
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, 9 marzo 2023, n. 149.....	182
Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per Molise, 6 marzo 2023, n. 6.....	182

Controllo

Corte dei conti, Collegio del controllo concomitante, 3 maggio 2023, n. 17.....	184
Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 10 febbraio 2023, n. 2.....	184
Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 23 novembre 2022, n. 19.....	185
Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 3 novembre 2022, n. 16.....	185

Ministero dell'Economia e delle Finanze

DECRETO 28 APRILE 2023

Misure incentivanti in favore degli enti locali che aderiscono alle riorganizzazioni e alle aggregazioni dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. (23A02591)..... 189

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il Ministro per la Pubblica Amministrazione

DIRETTIVA 24 MARZO 2023

Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano

Nazionale di Ripresa e Resilienza..... 195

Una Rivista, per i Comuni

DI HARALD BONURA

La Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni nasce a trent'anni da due “leggi-simbolo”: la legge 25 marzo 1993, n. 81, che ha introdotto l'elezione diretta dei primi cittadini, e il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che ha realizzato la c.d. “privatizzazione” del pubblico impiego e, cioè, la più profonda trasformazione della natura dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Non è un caso.

Lo “spazio locale” (giuridico, economico, fisico, sociale) è stato oggetto, proprio a partire dagli anni '90, di un'intensa azione riformatrice, accompagnata da una altrettanto robusta tensione retorica, lungo un'onda sinusoidale, di cui, però, si fa fatica a individuare il fuoco.

I poteri, i territori, le organizzazioni, le funzioni locali sono stati (con alterne fortune) al centro del dibattito politico, in quella che è stata recentemente definita una “rivincita” (sul piano solo teorico, si teme) delle istituzioni territoriali substatali, sostenuta da una potente narrazione sull'inarrestabile ascesa del policentrismo della “società aperta” o, a livello istituzionale, del fenomeno della *multilevel governance*, a sua volta fondata sui principi di sussidiarietà. Tale narrazione (contrastata – o integrata – da quella, parallela, sulla crisi del concetto politico-normativo di territorio, a fronte di complessi processi di sovra e internazionalizzazione, nonché di “globalizzazione”) è stata, però, utilizzata dal legislatore nazionale per lo più in funzione servente di più ampi processi: il riassetto federalista dello Stato (su cui, si vedano le riflessioni, in questa Rivista, di Veronica Nicotra); la riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni; la semplificazione delle procedure; la revisione delle politiche di bilancio, per citarne alcuni.

La considerazione della dimensione locale nell'ambito di tali processi è stata, tuttavia, caratterizzata da noti tratti di contraddittorietà (più funzioni e responsabilità, ma minori risorse e poteri; maggiore protagonismo, ma minore autonomia), sfiducia (revisione dei controlli esterni, ma moltiplicazione delle forme e delle fonti di responsabilità; tensione verso una dimensione sovra-comunale, se non direttamente regionale, di allocazione o di esercizio delle funzioni e dei servizi locali; creazione di un fitto reticolato di inconfiribilità, incompatibilità, divieti, limiti), incompletezza (autonomia fiscale; riforma delle province) e opacità (cattiva qualità normativa; difficoltà applicative; *deficit* formativi).

Il tutto, aggravato dalla necessità, crescente, di realizzare riforme a costi invariati ovvero di realizzarle al solo scopo di ridurre i costi dell'apparato pubblico (con la conseguenza che il parametro valutativo diventa quello del contenimento dei costi e non dell'efficienza del sistema).

In altri termini, più che un'idea strategica dello “spazio locale” – e delle sue relazioni con quello “centrale” –, si è avuto un uso – materiale o funzionale, ma per lo più occasionale – dello stesso.

Gli effetti (in molti casi, i guasti) sono evidenti e ampiamente indagati.

L'ultimo, in ordine di tempo, è quello legato alle misure di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza-PNRR e alle polemiche intorno alle difficoltà di portare utilmente a compimento, a livello locale, le procedure e gli obiettivi di spesa.

In questo contesto, trova implicita risposta la domanda sulle ragioni della nascita di questa Rivista che, senza enfasi – e grazie all'appassionato e qualificato contributo degli autorevoli componenti la Direzione Scientifica e il Comitato Scientifico – si pone il solo scopo di offrire un terreno curioso, autonomo e aperto di riflessione scientifica e di confronto tra studiosi e operatori specializzati intorno ai temi “del diritto e dell'economia dei comuni”. Di quelle realtà, cioè, la cui fondazione è alla base di tutti gli ordini politici.

Il tentativo è quello di sollecitare un ribaltamento di prospettiva. Abbandonare l'idea dei comuni come una delle tante “parti” da adattare indistintamente al cambiamento e all'applicazione delle regole dettate dal legislatore (statale o regionale). E, piuttosto, interpretare e creare tali regole intorno a una visione autonoma, moderna, consapevole e razionale degli spazi locali, delle loro istituzioni, dei loro bisogni, delle loro regole.

Per noi, sarà motivo di soddisfazione anche solo richiamare l'attenzione sulla necessità di tale cambio di approccio.

Più un metodo, dunque, che un “programma”, nella consapevolezza che la mutevolezza dei tempi e la complessità dei contenuti sconsigliano formule rigide che rischierebbero di invecchiare poco dopo la nascita. Tanto più per questa Rivista, che ha scelto di fare della interdisciplinarietà una delle sue cifre distintive.

Il primo numero giustifica il ringraziamento, non formale, all'Editore, al Direttore Responsabile, alla Redazione, agli Autori e a tutti coloro che hanno contribuito e contribuiranno alla riuscita (per quel che potremo) di questa piccola, ma grintosa iniziativa scientifica.

P.S.: Appena chiuso il numero, un componente il nostro Comitato Scientifico, il cons. Carlo Buonauro, uno dei più brillanti magistrati amministrativi italiani (già magistrato del TAR, oggi consigliere di Stato), è stato vittima, nella sua qualità di sindaco di Nola, di un vile atto intimidatorio (hanno dato intenzionalmente fuoco alla sua vettura, provocando ingenti danni all'abitazione personale). Siamo certi che lo Stato saprà prontamente e rigorosamente reagire. A lui – cui va tutta la nostra solidarietà e vicinanza –, e ai tanti amministratori locali che ogni giorno si battono per l'affermazione della legalità dedichiamo, quindi, questo primo numero.

Rapporti fra centro e periferia: spunti su questi 30 anni di federalismo all'italiana

DI VERONICA NICOTRA

ABSTRACT: L'intervento esamina le criticità e i nodi irrisolti del percorso che dagli anni '90 in poi ha portato alla riforma dell'assetto istituzionale del nostro Paese in senso federalista e traccia le prospettive di evoluzione.

La crisi politica degli anni '90 ha portato una forte spinta al cambiamento e una forte attenzione ai temi dell'autonomia e della responsabilità: a livello locale, il grande lascito di quegli anni è la conquista, con l'elezione diretta dei sindaci, di governi locali stabili per l'intero mandato, mentre a livello nazionale si è affermata una forte spinta alla "leaderizzazione" ma non si è giunti ad uno stesso livello di stabilità e governabilità.

Gli anni '90 sono anche gli anni delle riforme di decentramento amministrativo, culminate nella riforma costituzionale del 2001, ancora oggi non compiutamente definita: in mancanza di una guida unificante del legislatore statale, l'assetto dei rapporti fra i livelli istituzionali è ancora alla ricerca di un nuovo equilibrio.

Per superare le disfunzioni e arrivare ad un assetto istituzionale più avanzato, occorre un bilancio condiviso e un'analisi dei problemi veri che frenano lo sviluppo del Paese, elevando il profilo riformatore dell'iniziativa politica. In questa fase, il PNRR, segnando un cambio di metodo e di sostanza dell'azione politica, può rappresentare un fattore di discontinuità e spinta: per il superamento della crisi istituzionale serve uno Stato forte, capace di coordinare e unificare le politiche e servono istituzioni della Repubblica autorevoli, in un quadro di regole chiare e responsabilità definite, alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio fra Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni.

ABSTRACT: *The paper examines the critical points and unresolved issues of the path that has led, since the 1990s, to the reform of our country's institutional structure in a federalist sense, and outlines the prospects for evolution.*

The political crisis of the 1990s brought a strong push for change and a strong focus on the issues of autonomy and responsibility: at the local level, the great legacy of those years was the achievement, with the direct election of mayors, of stable local governments for the entire term, while at the national level there was a strong push for the personalization of political leadership, but without reaching the same level of stability and governability.

The 1990s were also the years of administrative decentralization reforms, culminating in the constitutional reform of 2001, which is still not fully defined: in the absence of unifying guidance from the state legislature, the structure of relations among the institutional levels is still searching for a new balance.

In order to overcome dysfunctions and reach a more advanced institutional structure, there is a need for a shared assessment and analysis of the real problems that are holding back the country's development, raising the reform profile of the political initiative. In this phase, by marking a change in method and substance of political action, the PNRR can represent a factor of discontinuity and drive: to overcome the institutional crisis, a strong State is needed, capable of coordinating and unifying policies, and authoritative institutions of the Republic are needed, within a framework of clear rules and well-defined responsibilities, in the search for a new balance between State, Regions, Provinces, Metropolitan Cities and Municipalities.

Se guardiamo indietro, agli anni '90, lo sguardo restituisce un'immagine lontana e dai contorni sfuocati, ma alcuni elementi ci appaiono definiti: la crisi inedita, complessiva e radicale del sistema politico, una spinta al cambiamento e un'attenzione crescente verso la dimensione locale e i temi dell'autonomia e della responsabilità.

E' a tutti noto che una delle risposte al terremoto politico dei primi anni '90, fu rappresentata dal sistema di elezione diretta dei sindaci, letta sia come reazione alla debolezza dei partiti e tentativo di superarla, sia come ricerca di governabilità e di stabilità, sia come prima sperimentazione dei processi di "leaderizzazione".

La crisi della forza egemonica del partito "Principe" sulle Istituzioni, della capacità dei partiti di operare, innervando un sistema istituzionale fragile, quale principale elemento di coesione delle strutture parlamentari e governative, la crisi del modello classico della democrazia rappresentativa agevolò la scelta dell'elezione diretta.

Altri fattori si aggiungono a connotare quegli anni: si abbattano barriere politiche ed economiche fra gli Stati; crollano i muri che separano culture, esistenze ed individui; si fa un passo avanti nella costruzione dell'Unione europea, obbligando gli Stati ad adottare politiche di risanamento finanziario; arretra l'intervento pubblico nel sistema economico; si afferma la Lega; prevalgono forme diverse e inedite di comunicazione politica. E non va dimenticato l'ampio dibattito, apertosi con il referendum per la preferenza unica, sulla capacità del sistema elettorale di curare le degenerazioni della partitocrazia e di modificare il funzionamento del quadro politico, favorendone la semplificazione con il fine di una democrazia fondata sull'alternanza.

L'elettore, desideroso in quegli anni di rinegoziare la delega ai partiti, sembra subito apprezzare il rapporto diretto con l'eletto e ciò spinge a consolidare anche a livello nazionale il ruolo trainante del leader for premier.

Di quegli anni senza dubbio rimane oggi la conquista irreversibile, salutare ed emblematica di governi locali stabili per l'intero mandato, spesso confermati, cosa che, in un Paese come il nostro con una sessantina di governi nazionali in più di mezzo secolo, poteva sembrare impensabile e rimane tuttora un miraggio, considerato solo i numerosi governi che si sono succeduti nella legislatura da poco conclusa.

Un dato è giusto segnalare: se a livello nazionale, con sistemi elettorali diversi e cangianti, si è nel tempo riprodotta ed affermata l'esigenza dell'immagine del leader e la personalizzazione della competizione per la conquista del governo, non si è però determinata la medesima stabilità e governabilità.

Come se il quadro instabile o inadeguato di regole entro cui si è mossa o si muove la vicenda politica non consentisse il medesimo risultato e spingesse una porzione ampia, sempre più ampia, ontologicamente mobile, dell'elettorato a ricercare sempre una soluzione diversa dalla precedente.

E il "trasformismo" e la volatilità del voto che si riflette e ribalta in un trasformismo esasperato dell'eletto e del politico che vediamo crescere nel tempo.

Gli anni 90' avviano anche la fase delle riforme di decentramento amministrativo, quale risposta ulteriore alla crisi, e più in generale di esplicita messa in discussione della forma di Stato, una discussione ancora oggi aperta, che ha prodotto risultati ancora non definitivi e che per tale ragione ha reso ancor più problematico il funzionamento del sistema istituzionale e politico.

E', infatti, a metà degli anni '90 che giunge a completa maturazione l'idea che la valorizzazione dei soggetti istituzionali più vicini ai cittadini, secondo una filosofia che predilige la liberazione di poteri e compiti dal centro verso la periferia, possa migliorare e rendere più efficiente il governo del Paese. Ricordiamo la riforma del sistema delle Conferenze del '97, ove trova massima espansione e dilatazione la governance a quadro costituzionale vigente, che fissa un significativo punto di arrivo di un percorso decennale di elaborazione ed applicazione del principio di leale e reciproca collabo-

razione tra i livelli istituzionali. Traguardo che poi la riforma costituzionale del 2001 renderà immediatamente superato, aprendo una nuova fase.

Cosa è stata ed è la riforma costituzionale del 2001: un traguardo raggiunto, un equilibrio sempre instabile, un azzardo da correggere?

Oggi appare un argomento da ridiscutere, una trama da completare .

Sono, infatti, la riforma costituzionale del 2001, con la fissazione di un nuovo assetto dei rapporti fra i livelli di governo, le questioni che lascia inevase e le aspettative che essa crea che fanno paradossalmente e progressivamente entrare in crisi il sistema di relazioni istituzionali, o meglio determinare un sistema alla continua ricerca di un punto di coesione.

Ricerca ancora in corso.

E' il contesto costituzionale, come rileva dalla semplice e rapida lettura del combinato disposto degli articoli 114, 117, 118 e 119 della Costituzione, che fa avanzare e al contempo mette in fibrillazione il sistema istituzionale, almeno per la parte relativa alle articolazioni territoriali del potere pubblico.

L'articolo 114 trasforma la forma di Stato in senso federale e autonomista: equior-dinazione, pari dignità; si tratta di una norma che obbliga all'adozione di regole e criteri relazionali nuovi. Livelli di governo, con poteri e funzioni peculiari e differenziate, tutti contraddistinti dalla rappresentanza generale degli interessi della comunità di riferimento, dotati perciò del carattere proprio della politicità ed equiparati sul piano costituzionale. E' una norma che dà un'avanzata ed inedita riproduzione strutturale del principio di leale collaborazione.

L'articolo 117, con l'inversione del criterio di riparto della competenza legislativa fra Stato e Regioni, obbliga il legislatore statale, il Parlamento e il Governo, nella veste di legislatore delegato, a ripensare l'ambito e l'esercizio della propria funzione legisla-tiva.

L'articolo 118 travolge, definitivamente dopo lo scardinamento compiuto dalle ri-forme cd. Bassanini, lo storico principio del parallelismo fra legislazione e ammini-strazione, riconoscendo la titolarità delle generalità delle funzioni amministrative in capo ai Comuni.

La riscrittura integrale dell'articolo 119 basato su un sistema di finanziamento de-gli enti territoriali che vuole superare il meccanismo dei trasferimenti annuali da parte dello Stato, attraverso l'ampliamento della loro capacità finanziaria e la possibilità di azionare autonomamente la leva fiscale con la sottrazione alla discrezionalità dello Stato di quote consistenti del gettito tributario .

Come si dice, una straordinaria metamorfosi, non corredata da adeguati meccani-smi di raccordo e soprattutto non bilanciata da una parallela revisione delle regole di funzionamento dello Stato per rafforzarne la sua funzione unificante ed evitare che il pluralismo non si alteri in frammentazione, in conflitto, in caos.

Da quella riforma, l'assetto dei rapporti fra i livelli istituzionali è tutt'ora alla ricerca affannosa di un nuovo equilibrio. Nelle legislature che si sono susseguite sono stati compiuti tanti tentativi dall'esito infruttuoso e con un discreto dispendio di energie, di tempo, di fiducia, di ricerca di attuazione, ma anche ricordiamoci di riforma profonda di alcune parti dello stesso titolo V, oltre che di altri capitoli fondamentali della nostra Carta costituzionale.

Sono stati anni in cui i fattori di divaricazione e di conflittualità sono spesso pre-valsu su quelli di collaborazione. E' così mancata la capacità delle forze politiche, al-ternatesi ora come maggioranza ora come opposizione, di affermare uno spirito co-struttivo, prevalendo una pregiudiziale ad azzerare il lavoro fatto da chi stava prima, come effetto sommamente perverso della regola, invece salutare, dell'alternanza. E poi è forse mancata con alcune eccezioni di rilievo – si pensi alla riforma del Governo

Renzi – una sincera convinzione sulla reale necessità per il Paese di rivedere le regole del gioco e di funzionamento delle Istituzioni. Come se il “guardo” della politica non avesse il coraggio di progettare oltre un quinquennio o anche meno, per ridotta fiducia in sé stesso o per paura di pregiudicare un facile e più immediato consenso o ancora negando a priori a sé stesso la forza e l’aspettativa di esserci oltre quel tempo.

Sono stati, quindi, compiuti errori la cui responsabilità può essere distribuita equamente fra tutti.

È mancata una visione d’insieme. E’ mancata una guida del legislatore statale, che più di altri avrebbe dovuto interpretare e farsi carico di definire un punto di equilibrio accettabile fra le diverse spinte in gioco. Un compromesso utile a dare coerenza e compattezza a un sistema plurisoggettivo, ma che soprattutto convincesse sufficientemente tutti i diversi soggetti in gioco del vantaggio complessivo per l’intero sistema di operare in modo coerente, coordinato e ben strutturato.

Sono emerse ed emergono spinte di controriforma, in assenza di un bilancio condiviso su ciò che serve modificare dell’assetto istituzionale attuale per una navigazione che porti verso un sistema più avanzato e soprattutto capace di superare le disfunzioni strutturali che affliggono il Paese.

Può essere questa la legislatura giusta? Può essere questo il contesto fertile su cui avviare un ragionamento?

Certamente almeno i due anni che abbiamo alle spalle, ma anche le dinamiche attuali hanno mutato profondamente le priorità e ancor più rafforzato la dipendenza delle politiche nazionali dalla dimensione internazionale ed europea.

La pandemia, la guerra in Europa, il tema della crisi energetica coniugato con l’emergenza ambientale, la fragilità sociale ed economica, hanno reso le questioni di carattere istituzionale meno rilevanti nell’agenda politica.

La nuova legislatura, però, ha messo in cantiere due grandi temi, quello relativo all’attuazione del regionalismo differenziato ed in prospettiva una revisione della Forma di governo.

Cosa servirebbe prima di accingersi a toccare gangli vitali dell’ordinamento? Servirebbe un’analisi franca dei veri problemi che frenano lo sviluppo del Paese, il funzionamento di una democrazia matura, l’efficienza della pubblica amministrazione, un fisco equo e non ostile al cittadino e via discorrendo e su questa base una concordia di obiettivi e fini.

La strada giusta sarebbe elevare il profilo riformatore dell’iniziativa politica, riaffermare il primato della politica, per superare le tre crisi che da decenni affliggono il Paese: la crisi politica, la crisi istituzionale, la crisi di sistema.

Crisi del sistema politico, crisi del sistema istituzionale, crisi di sistema.

Si tratta di comprendere a fondo il nesso che sussiste fra questi tre piani e individuare ciò che li unisce, nel bene e nel male.

La crisi del sistema politico ha visto una prima fase caratterizzata dalla scelta compiuta dalle principali forze politiche di unificare movimenti e partiti prima distinti, indirizzo che però non ha prodotto, almeno sin qui, quella democrazia dell’alternanza che si auspicava, né quella convergenza su alcuni temi generali, necessari per stabilizzare il sistema istituzionale nel suo complesso.

Tale crisi potrebbe forse sanarsi grazie alla definizione di un assetto stabile e rinnovato del quadro istituzionale, traendo credibilità anche da questo e introducendo nuove regole di funzionamento delle istituzioni capaci di strutturare un rapporto aggiornato fra esecutivo e legislativo e un equilibrio fra i livelli di governo, e così definendo un sistema elettorale nazionale che sia duraturo nel tempo.

La crisi del sistema istituzionale ha progressivamente accentuato la crisi dello Stato, acuendo la fragilità del quadro politico e la difficoltà di governo delle maggioranze.

Essa tocca l'essenza dello Stato, il suo valore unificante, il suo essere massima espressione dell'autorità pubblica, la sua attitudine a fare sintesi fra la molteplicità in nome dell'interesse generale.

Ed è una crisi, come abbiamo visto, aggravata dal federalismo all'italiana, tecnica e modello in sé giusti e ambiziosi di organizzazione dei poteri pubblici, la cui capacità di promuovere un riassetto virtuoso ed efficiente del sistema istituzionale ed amministrativo dipende però, ampiamente, dalla forza e autorevolezza dello Stato, quale soggetto che deve liberare responsabilità e compiti. E' difficile che attecchisca un federalismo ed un modello autonomista fecondo, se questo è solo una risposta alla debolezza dello Stato oppure la rivendicazione di ruolo da parte dei singoli livelli di governo in contrapposizione fra loro.

Ricordiamo che la nostra "Repubblica delle Autonomie" nasce non per unire ciò che è diviso, non per "federare", ma per dividere, "decentrare" ciò che è unito e nasce -abbiamo detto- come possibile soluzione alla fragilità del sistema politico ed istituzionale centrale e come argine alle spinte separatiste dei primi anni '90. Nasce, quindi, in un contesto debole, e come possibile risposta a tale debolezza, affrontando uno dei temi dominanti di questo e quel secolo in una fase però della storia politica ed istituzionale del nostro Paese in cui, alla debolezza dello Stato e delle Istituzioni, si aggiunge, quale causa o effetto, la messa in discussione del quadro politico.

In questo contesto, il ruolo dello Stato si è affermato ed è stato orientato prevalentemente, almeno sino a qualche anno fa, ad un'opera di limitazione e freno dell'autonomia politica e soprattutto finanziaria degli altri livelli di governo, con una cospicua e massiva produzione normativa improntata al contenimento della finanza pubblica. È possibile ed auspicabile che siamo ad un tornante decisivo anche in ordine a questa fase.

Indubbiamente il PNRR rappresenta un elemento di straordinaria discontinuità non solo nella qualità del rapporto fra Unione europea e Stati membri, ma anche per il nostro Paese un cambio radicale di metodo e di sostanza dell'azione politica.

Serve uno Stato forte e capace di coordinare ed unificare le politiche e servono istituzioni della Repubblica autorevoli ed in grado di svolgere i propri compiti.

Poi, il superamento della crisi istituzionale potrebbe aiutare a recuperare il rapporto di fiducia con i cittadini e la società e ad affrontare così la crisi complessiva di sistema.

In particolare sulla crisi istituzionale: la ricerca difficile di un punto di equilibrio fra Stato, Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni, enti distinti ed autonomi, che devono poter svolgere il proprio ruolo e compiti, in un quadro di regole chiare, responsabilità definite e separate e senza prevaricazioni.

E per quanto ci riguarda più strettamente nel rapporto fra autonomie territoriali, la definizione di un modello cooperativo che vede le Regioni svolgere un ruolo squisitamente legislativo e non di intermediazione e gestione e gli enti locali un ruolo di amministrazione, superando quella antinomia riassumibile in una domanda: un sistema nazionale delle autonomie locali o venti sistemi regionali delle autonomie locali?

A questa domanda se ne può collegare immediatamente un'altra: esiste una via mediana? E' possibile far attecchire nel nostro ordinamento un innesto originale che consenta di trovare una mediazione fra questi due modelli? Un innesto che sia da un lato aderente ad un'evoluzione del sistema in senso decentrato e federale e dall'altro sia rispettoso della storia italiana, dell'eredità della nostra tradizione nazionale caratterizzata essenzialmente da un rapporto fecondo fra Stato e Comuni.

Ci sarà la Repubblica del ventunesimo secolo?

Forse, chissà.

Il Presidente Vincenzo Zingales

DI PANCRAZIO SAVASTA E SALVATORE GATTO COSTANTINO

Il Presidente Vincenzo Zingales (23.03.1936-27.11.2018) ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza nel 1959, con il massimo dei voti.

Entrato nella Magistratura amministrativa a seguito di concorso pubblico, è stato in servizio presso il T.A.R. Catania dal 10 ottobre del 1977, sino al 30 settembre 2010, divenendo Presidente di Sezione il 9.2.1993 e, successivamente, del Tribunale in data 8.3.2005.

Nel corso dei 33 anni della sua carriera, si è distinto per l'approfondimento scientifico degli istituti sia sostanziali che, soprattutto, processuali, sempre con rigore dogmatico unito a una non comune attenzione alle fattispecie concrete.

Ci ha lasciato il senso di un percorso ermeneutico in cui l'elaborazione dogmatica e la casistica giurisprudenziale si devono armonicamente amalgamare, generando una pratica processuale della giustizia amministrativa volta ad ampliare sempre di più gli spazi di una tutela effettiva del cittadino e delle imprese di fronte all'Autorità della Pubblica Amministrazione, nella consapevolezza che la fisiologia di quest'ultima debba rientrare entro il disegno costituzionale che ne vuole esaltare la missione di servizio per lo sviluppo e l'affermazione di una società più giusta ed efficiente.

Questa lucida consapevolezza, frutto di una maturazione profonda del senso, oltre che della lettera, della legge, ha attraversato, mettendone in luce le peculiarità, una lunga e costante attività giurisprudenziale che gli ha consentito di interpretare e valorizzare, come pochi altri, l'evoluzione pretoria degli istituti processuali nel diritto amministrativo, consentendo una tutela processuale sostanziale dei cittadini, avviando, così, il percorso verso l'avvicinamento della Giustizia amministrativa alla necessità di una risposta ad horas alle esigenze cautelari, che costituisce oggi una delle caratteristiche più pregnanti del Giudice amministrativo.

La legge TAR offriva al tempo strumenti minimi ed essenziali, che, però, nel sapiente utilizzo di categorie generali del diritto, specie quelle di matrice processual-civilistica e di diritto comune, consentiva all'interprete una duttilità e una capacità di adattamento alle fattispecie in evoluzione che il Presidente Zingales seppe così ben utilizzare, all'insegna della sempre maggiore attuazione del giusto processo e della parità effettiva delle parti.

La garanzia della parità delle parti, sentita, prima ancora che praticata nel processo, era per il Presidente Zingales un vero e proprio "marchio di fabbrica", un tratto distintivo che qualificava il modo, oltre che l'esito, della celebrazione della causa e della disamina della controversia; tratto che veniva riconosciuto da tutti e che lo distingueva con onore e dignità fino a che oggi, nel ricordarlo, è assurdo certamente a una delle caratteristiche che più lo definiscono come Uomo, prima ancora che come giurista.

Invero, il Presidente Zingales ha anticipato molte di quelle che poi sarebbero state tra le più importanti novità delle riforme culminate nel codice del processo amministrativo, in special modo le ordinanze propulsive e la tutela monocratica presidenziale, divenuta, quest'ultima, spesso il simbolo proprio dell'efficienza del Giudice amministrativo, ma processualmente sconosciuta prima delle Sue profetiche intuizioni.

Se ha un senso l'apertura di questa nuova rivista con il Suo ricordo, questo senso va

ricercato nel monito che la sua memoria, in quanti lo hanno conosciuto, costituisce come un lascito.

Il monito è che le parti del processo, in primo luogo i giudici, ma anche gli avvocati, sono chiamati a non abbandonare o trascurare il ruolo loro affidato dalla società: la loro funzione di essere gli artefici della risoluzione pacifica di un conflitto mediante una sentenza, che deve, per essere giusta, possedere la forza che le proviene dal rigoroso e metodico accertamento del fatto, dal serio e costante approfondimento del diritto, dal sapiente utilizzo degli strumenti processuali e sostanziali, per affermare, in ogni caso concreto, le più elevate aspettative ed esigenze di stabilità sociale e di sviluppo di promozione dell'umanità.

Ed è all'Uomo, oltre che al Maestro, che rivolgiamo ancora oggi il nostro riconoscente pensiero, ricordandolo a chi lo ha conosciuto e lo ha apprezzato e additandolo alle nuove generazioni, quale modello del Magistrato e dell'Operatore del diritto cui ciascuno dovrebbe guardare.

Ci ha lasciato oltre che una Scuola di pensiero, un metodo di approccio alla risoluzione delle questioni di diritto, ma, soprattutto, il messaggio che un Tribunale, fatto di persone fallibili, è più sicuro, più equilibrato e più coraggioso nell'affrontare il difficile esercizio della Giustizia laddove è composto da Giudici che, prima di essere tali, sono Uomini con la sensibilità rivolta alle esigenze degli altri, per esserne al servizio, e fraternamente uniti tra di loro nella ricerca, spesso, difficile, della verità cui il giudizio aspira.

Hanno collaborato a questo numero

GIANLUCA BRIGANTI - Avvocato e dottorando di ricerca (Ph.D.) in “Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale” curriculum di “Diritto Pubblico dell’Economia” presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Nel corso della sua attività scientifica, ha contribuito alla redazione di commentari, saggi, articoli e altre pubblicazioni scientifiche.

MAIRA CASULLI - Ha svolto la professione forense ed è attualmente funzionaria specialista in attività amministrative e contabili di un ente locale. Formatrice in materia di anticorruzione, trasparenza degli enti pubblici e responsabilità amministrativa da reato. Specializzanda in Studi sull’Amministrazione Pubblica dell’Università di Bologna (SPISA).

SALVATORE GATTO COSTANTINO - Magistrato amministrativo presso il TAR di Roma, ha prestato servizio precedentemente presso il TAR di Catania ed il TAR di Reggio Calabria ed ha svolto attività nella magistratura associata. Prima dell’ingresso nella G.A. è stato avvocato e segretario comunale presso diversi Enti Locali. Ha curato pubblicazioni giuridiche.

ANDREA LUBERTI - Consigliere della Corte dei conti. Vice Capo del Settore legislativo del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare.

GIUSEPPE MELI - Avvocato. Collabora con la cattedra di diritto del lavoro presso l’Università degli studi di Catania, con l’incarico di cultore della materia. Ha conseguito un dottorato in Teoria e prassi della regolazione sociale nell’UE.

VERONICA NICOTRA - Segretaria generale dell’Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI).

ANNA LAURA RUM - Laureata con lode in giurisprudenza e avvocato. È coautrice di monografie in materia di diritto amministrativo e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale.

PANCRAZIO MARIA SAVASTA - Laureato in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Messina con il massimo dei voti e la lode, è Magistrato amministrativo presso il TAR di Catania dal 1° gennaio 1997. In data 13 gennaio 2017 ha assunto la funzione di Presidente di Sezione interna e il 24 novembre 2017 quella di Presidente del TAR Catania. Coautore del Manuale dell’Urbanistica, dell’Edilizia e dell’Espropriazione edito dal “Nel Diritto Editore”, è stato relatore in vari convegni concernenti tematiche di diritto amministrativo.

GIUSEPPE URBANO - Avvocato e studioso di diritto amministrativo, attualmente membro dell’Unità per la semplificazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri

CONTRATTI PUBBLICI

La (ri)codificazione dei contratti pubblici

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La regolazione di settore nell'ultimo ventennio. 3. Le problematiche. 4. La disciplina transitoria. 5. La riforma del *public procurement* nell'ambito del PNRR. 6. L'emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici.

DI ANDRFEA LUBERTI

ABSTRACT: Gli ultimi decenni hanno registrato la presenza di numerose e complesse fonti del diritto in materia di appalti, in un'ottica di recepimento del diritto europeo e di contrasto alla corruzione. Il nuovo codice dei contratti pubblici è stato pertanto emanato con l'intenzione, da anni dichiarata, di semplificare la regolazione della materia. L'analisi del testo normativo fa registrare qualche perplessità sull'effettivo raggiungimento dell'obiettivo, che dovrà essere valutato dopo un esame più approfondito sull'applicazione del nuovo atto normativo.

ABSTRACT: *The last decades have seen many sources of law in the field of public procurement, having, as main purposes, implementation of European law and fight against corruption. Therefore, the new code has been adopted in order to simplify regulation, which was an aim pursued since a long time. However, the effectiveness of the new code will be evaluated only through a deep analysis on his rules.*

1. Premessa.

La legge 21 giugno 2022, n. 78, aveva delegato il Governo a emanare un atto normativo di razionalizzazione della materia dei contratti pubblici, secondo i criteri direttivi e il procedimento che sarà di presso esaminato.

L'introduzione di una nuova disciplina in materia di *public procurement* rappresenta uno degli obiettivi del *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR), vale a dire del vasto e ambizioso programma di interventi finalizzato a neutralizzare le gravi conseguenze economiche della pandemia da SARS-CoV-2 (COVID - 19), hanno determinato, per restare all'Italia, una diminuzione percentuale del prodotto interno lordo pari all'8,9%⁽¹⁾.

La riforma si colloca, peraltro, in un contesto ordinamentale che già evidenziava la necessità di una complessiva rivisitazione sistemica.

2. La regolazione di settore nell'ultimo ventennio.

A partire dall'inizio del secolo in corso, il settore dei contratti pubblici ha attraversato infatti una complessa fase di regolazione, che aveva portato (circostanza abbastanza inconsueta nel panorama normativo nazionale) a una duplice codificazione nell'arco di poco più di un decennio.

1. V. il comunicato ufficiale dell'Istituto nazionale di statistica <https://www.istat.it/it/archivio/261362>.

La doverosa premessa è data dalla considerazione che, a partire dal 1994, la legislazione nazionale in materia di appalti aveva iniziato a passare da una disciplina sovente scarna e informale a una orientata al rispetto dei principi comunitari (*in nuce* già rientranti nel tessuto costituzionale). L'esternalità negativa era stata però rappresentata dall'ingresso nel corpo normativo di una serie di norme dal contenuto molto specifico, sovente elaborate senza il necessario apporto di tecnici del settore.

Il processo di codificazione (che, comunque, *ex post* non risulta aver ottemperato alle finalità cui era preordinato) è stato quindi indirizzato dal processo normativo (all'epoca indicato come comunitario) che aveva prodotto la sopravvenienza di atti normativi estremamente dettagliati, sovente elaborati in assenza dell'apporto tecnico di specialisti della materia. Il comparto degli appalti pubblici rappresenta infatti un'importante quota dell'economia dell'Unione europea⁽²⁾ e la garanzia di un'ineffettiva concorrenza in tale comparto rappresenta uno degli strumenti attuativi del mercato unico.

In verità, la *par condicio* nelle procedure di affidamento rappresenta un precipitato logico del perseguimento dell'interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione.

Infatti, quest'ultimo esige anche il minor dispendio economico possibile per i soggetti pubblici nelle proprie attività strumentali.

Si tratta di principi ben espressi dalle norme costituzionali di cui agli articoli 81 e 97, che pongono l'equilibrio finanziario tra gli elementi caratterizzanti l'operato dei pubblici poteri⁽³⁾.

Pertanto, già la disciplina contabilistica (legge di contabilità generale di cui al regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e regolamento di esecuzione di cui al regio decreto 23 maggio 1924, n. 827) perseguiva in prima battuta l'obiettivo di aggiudicare l'affidamento al miglior offerente, raggiungendo quindi in via indiretta il risultato concorrenziale (proprio per il principio dell'aggiudicazione all'offerente le migliori condizioni).

Nella mutata prospettiva, il primo atto normativo di razionalizzazione è stato rappresentato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*", che aveva portato al primo, vero tentativo di codificazione della materia⁽⁴⁾.

Come chiarito anche nell'intitolazione del provvedimento, l'*occasio legis* era stata determinata dall'attuazione di due direttive comunitarie, entrambe emanate in data 31 marzo 2004: la direttiva 2004/17/CE e la direttiva 2004/18/CE. Si trattava di provvedimenti, a loro volta, di sostanziale rifusione e codificazione di una serie di atti sovranazionali in materia di procedure di aggiudicazione che, nel corso deg

li anni, si erano stratificati, il primo in tema di appalti nei settori "speciali" (cioè di pertinenza di figure solo a volte riconducibili al settore pubblico: acqua, energia, servizi di trasporto e postali), il secondo per la generalità dei procedimenti.

Ovviamente, il doveroso recepimento non determinava *ex se* l'obbligo di una codificazione, che è stata piuttosto dettata dalle istanze di semplificazione presenti anche a livello nazionale.

2 Per l'affermazione secondo cui "Ogni anno le autorità pubbliche dei paesi dell'UE spendono in appalti pubblici circa il 14% del PIL, percentuale che corrisponde ad un valore di 1.900 miliardi di EUR" v., con stima relativa all'anno 2017, Commissione europea, Scheda tematica per il semestre europeo – Appalti pubblici, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-rocurement_it.pdf.

3 Per il rapporto tra la disciplina in materia di appalti e quella in tema di spesa pubblica v. il parere del Consiglio di Stato sul testo dello schema di decreto legislativo recante il *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione* (Commissione speciale, 1 aprile 2016 n. 855 - punto 1.a), reperibile sulla rivista telematica www.federalismi.it al link https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=sullo-schema-di-decreto-legislativo-recante-%2527Codice-degli-appalti-pubblici-e-dei-contratti-di-concessione%2527&content_auth=&Artid=31675.

4 Sul "primo" codice dei contratti pubblici v. R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 3, 253.

La codificazione del 2006 presentava una struttura normativa abbastanza tradizionale (e, va precisato almeno in via incidentale, altamente tecnica) essendo previsto, tra l'altro, ai fini della sua concreta attuazione l'emanazione di un atto regolamentare.

Al contempo, il decreto legislativo n. 163 del 2006 aveva avviato il processo di sostanziale delegificazione del settore, tramite la rivitalizzazione dell'*Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*.

Tale autorità era stata istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici) e in base all'atto normativo in commento veniva ad assumere la denominazione di *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (AVCP).

Nell'assetto della legge 109 del 1994 l'*authority* di settore presentava, infatti, un estremamente generico potere di vigilanza sul rispetto dei principi comminati da detto atto normativo, con una funzione referente (di proposta e segnalazione) nei confronti del Governo, del Parlamento, e del Ministero dei lavori pubblici.

Con il decreto legislativo n. 163 del 2006 l'AVCP (articolo 6, comma 5) aveva assunto un più specifico potere di vigilanza "*sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, nonché (...) sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture esclusi dall'ambito di applicazione del (...) codice*", rispetto alle funzioni in precedenza previsti dalla legge n. 109 del 1994.

Per di più, l'AVCP aveva acquisito un'autonomia finanziaria (tramite la possibilità di esazione di un contributo di vigilanza) e un potere sanzionatorio nei confronti dei soggetti vigilati. Tali aspetti avevano determinato l'attrazione dell'*Autorità* al novero delle autorità indipendenti.

Per l'esattezza, in un contesto ordinamentale contraddistinto dall'"erompere" delle autorità indipendenti⁽⁵⁾, l'AVCP era collocabile nell'ambito delle autorità di "regolazione" più che in quello delle autorità "di garanzia", siccome preposta alla disciplina di un settore economico, ancora oggetto di disciplina statutale, ma connotato dalla tendenziale riduzione dell'intervento del potere governativo e politico⁽⁶⁾.

Le caratteristiche di autorità indipendente dell'amministrazione preposta alla regolazione degli affidamenti pubblici risultarono viepiù ampliate dalla ulteriore codificazione del 2016, di cui occorre chiarire presupposti e ragioni. Nel testo pubblicato sulla Gazzetta ufficiale all'epoca dell'emanazione, infatti, l'intitolazione dell'atto normativo destinato a sostituire il codice dei contratti pubblici era quella di "[a]ttuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture": dunque, un testo di mero riordino, rispetto alla "codificazione" operata dal precedente codice.

Detto "riordino" risultava peraltro giustificato dall'opzione, operata a livello comunitario, di attrarre alla disciplina delle procedure di affidamento anche le concessioni⁽⁷⁾.

5 L'espressione è di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

6 Per una complessiva ricognizione del fenomeno v. S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 653; F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 642; M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, p. 3858; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti - un potere senza partito*, Bologna, 2003.

7 In relazione ai contigui provvedimenti ampliativi relativi a "ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili" v. l'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, di "[a]ttuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno".

La denominazione di “*codice dei contratti pubblici*”, infatti, fu introdotta solo con un successivo decreto correttivo (decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56).

In epoca coeva, si era comunque registrato un interessante epifenomeno normativo, di cui occorre dare conto.

Infatti, le competenze in precedenza, come riferito, di spettanza dell'AVCP, previo loro notevole ampliamento, da parte del nuovo “codice” (anche se, come osservato, detta denominazione fu attribuita solo in un momento successivo) furono attribuite ad un'altra autorità indipendente, vale a dire all'*Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC).

In particolare, occorre sottolineare che la nascita di tale autorità era stata originariamente indirizzata, come appare anche dal dato onomastico, dalla necessità di individuare un referente del sistema internazionale di prevenzione della corruzione⁽⁸⁾.

Tale compito fu, quindi, in prima battuta incardinato in capo alla preesistente *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (CIVIT) ad opera dell'articolo 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, come autorità anticorruzione ai soli fini dell'individuazione

Peraltro, l'attribuzione di detti poteri alla CIVIT si conciliava con la missione istituzionale di tale soggetto pubblico, essenzialmente orientato proprio alla garanzia della *performance* da parte dei pubblici dipendenti, al cui interno ben poteva essere collocato il rispetto di minimali standard etici.

In seguito, secondo un disegno non del tutto organico⁽⁹⁾, l'articolo 5 del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, soppresse la CIVIT, attribuendo le competenze, nonché le relative risorse umane e strumentali, alla rinnovata ANAC.

Pochi mesi dopo, il decreto - legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, all'articolo 19, attribuì a detta autorità le competenze dell'AVCP, nel frattempo soppressa, con l'eccezione delle funzioni in tema di *performance* ritenute dal Dipartimento della funzione pubblica.

3. Le problematiche.

In base al combinato disposto delle due previsioni, quindi, l'ANAC finiva per cumulare due diverse aree di intervento, solo apparentemente contigue: l'una, afferente alla prevenzione della corruzione (in senso lato) all'interno delle pubbliche amministrazioni; l'altra, più specifica, relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ammesso che un *minimo comun denominatore* di tali funzioni potesse essere individuato, esso consisteva nella volontà di prevenire i fenomeni corruttivi sottraendo la regolazione in tema di contratti pubblici (ritenuto l'ambito a maggior rischio) al settore politico, individuato come più sensibile ai fenomeni illeciti.

Oltre alla discutibile fondatezza di tale approccio panpenalistico, occorre per contro osservare che il potere di intervento dell'ANAC si presentava come estremamente pervasivo.

⁸ In particolare, l'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, siglata a Mérida il 31 ottobre 2003 e recepita nell'ordinamento nazionale dalla legge 3 agosto 2009, n. 116, prevede che “ciascuno Stato assicuri, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi incaricati di prevenire la corruzione cui garantire l'indipendenza necessaria affinché possa esercitare efficacemente le funzioni di accrescimento e di diffusione concernente la prevenzione della corruzione”.

⁹ E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 757

Infatti, l'articolo 213, comma 2, dell'abrogando codice dei contratti pubblici dispone espressamente che “*L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche (...)*”.

L'ultimo periodo dell'articolo aggiungeva che “*resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*” anche se tale previsione, costituzionalmente obbligata, doveva essere verificata alla luce della natura sostanzialmente atipica del potere regolatorio dell'ANAC.

Nel complesso, il sistema di *governance* del mercato dei contratti pubblici fondato su strumenti di *soft regulation*, anche per il tramite dell'affidamento alla regolazione da parte di un'autorità indipendente, non sembra aver prodotto risultati particolarmente soddisfacenti.

Nello specifico, va sottolineato che l'attribuzione di un potere regolatorio (ivi comprese le funzioni abilitative o interdittive), destinato a esplicarsi anche nei confronti dei poteri espressivi delle autonomie locali, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, mal pareva conciliarsi con l'inverso fenomeno che ha drasticamente limitato i controlli preventivi proprio nei confronti delle regioni e degli enti locali.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di disciplinare, e indirettamente di condizionare, l'affidamento diretto *in house*⁽¹⁰⁾.

Inoltre, la variegata natura dei poteri riconosciuti in capo all'ANAC poneva forti dubbi di collocazione all'interno del sistema delle fonti.

Il riferimento è ad atti di dubbia natura giuridica, come quelli che, proprio in quanto qualificati come *linee guida*, erano chiaramente attratti nell'ambito di quelli di *soft regulation* ma che, in assenza di una espressa attribuzione legislativa, non presentavano carattere normativo⁽¹¹⁾.

Nel nostro ordinamento costituzionale, infatti, il sistema delle fonti non è solo “chiuso” ma anche tassativo o, per meglio dire, “nominativo”. Pertanto, fatta salva la possibilità di impugnazione degli atti in concreto lesivi, restava il problema derivante dal dato che la concreta individuazione della natura degli atti emessi dall'autorità di settore era rimessa, caso per caso, all'interprete⁽¹²⁾.

Analoga perplessità derivava dal sostanziale cumulo di poteri normativi e giudiziari, in virtù del potere di emanare pareri di “precontenzioso” sempre indirettamente vincolanti⁽¹³⁾.

4. La disciplina transitoria.

Le considerazioni critiche testé profuse sono state più volte ribadite anche, tra l'altro, da parte della giurisprudenza contabile, in sede di giudizio di purificazione del

10 Infatti, ai sensi dell'articolo 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici (ivi compresi le regioni e gli enti locali), al fine di provvedere ad affidamenti diretti, devono essere iscritte in elenco curato dall'ANAC “*secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto*”. Evidente, quindi, la sostanziale primazia degli atti (para) normativi dell'ANAC rispetto al sistema delle autonomie locali.

11 Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 26 gennaio 2018.

12 In relazione al caso peculiare dell'impugnazione di due “comunicati” del Presidente dell'ANAC e per i presupposti problemi in tema di disciplina del settore dei contratti pubblici, v. TAR LAZIO, sezione I, sentenza 7 marzo 2022, n. 2606, commentata in A. LUBERTI, *Verso un ritorno alla concezione formale delle fonti del diritto (anche) in tema di contratti pubblici?*, in *Azienditalia*, 2022, 6, p. 1079.

13 La norma attributiva del relativo potere è rappresentata dall'articolo 211, comma 1, del codice dei contratti pubblici, mentre la concreta attuazione della previsione è stata effettuata tramite il regolamento dell'ANAC del 10 gennaio 2019.

rendiconto dello Stato (relazione ai sensi dell'articolo 41 del regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214)⁽¹⁴⁾, anche accennando a un certo rallentamento, almeno nella fase immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 2016, dell'avvio di nuove procedure di affidamento.

Anche da parte della classe politica, non sono mancate frequenti richieste di emendare (addirittura in senso “sospensivo” o “abrogatorio”) la disciplina di attuazione della normativa europea, lasciando il settore regolato esclusivamente da quest'ultima⁽¹⁵⁾.

Più in generale, la contestazione più frequente mossa alla normazione di recepimento era infatti quella di avere concretizzato un fenomeno di *gold plating*.

Esso consiste nel “rivestimento” con una disciplina ulteriore in astratto consentita, ma in concreto determinante un livello di normazione eccessivo, di un atto dell'Unione europea, destinato ad essere recepito da una disciplina interna⁽¹⁶⁾.

Tale assunto pare essere confermato dai numerosi interventi registratisi, a partire dalla crisi pandemica del 2020, al fine di “semplificare” la materia (il virgolettato sarà chiarito), da un lato sospendendo o derogando ad alcune disposizioni del codice (in relazione essenzialmente alla durata dell'emergenza pandemica), dall'altro anche anticipando innovazioni destinate a essere recepite nella futura riforma degli affidamenti pubblici. Dette misure sono state poste in essere dal decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, le cui disposizioni sono poi state prorogate dal decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, con ulteriori modifiche poi introdotte dal decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito dalla legge 9 novembre 2021, n. 156; nonché, successivamente, dal decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233. Le deroghe hanno riguardato, tra l'altro, materie quali la disciplina dell'affidamento dei contratti sotto-soglia, rispetto alla disciplina contenuta negli articoli 36 comma 2 e 157, comma 2 del codice, e la procedura negoziata eccezionale rispetto a quelle previste dagli articoli 63 e 125 del codice.

La contestazione più radicale a tale *modus operandi* può essere fondato sul principio di non contraddizione nei termini che seguono. Infatti, o le norme sospese sono oggetto di una valutazione radicalmente negativa da parte del legislatore (e allora risulta inspiegabile il motivo per cui la caducazione sia solo temporanea); oppure la moratoria ha carattere solo sperimentale, e tale soluzione si presenta in radicale contrasto con il dichiarato obiettivo di semplificazione, visto che comporta il grave inconveniente di determinare la successione di tre diverse normative in un breve arco temporale (quella poi sospesa, quella temporanea più liberale e, da ultimo, quella reviviscente): a peggiorare la situazione, proprio il dato che detto arco temporale non sia nemmeno previamente determinabile, ma rimesso a estemporanee modificazioni in corso d'opera.

14 Per l'affermazione secondo cui “Nonostante la sua promulgazione non lontana nel tempo, il decreto legislativo 50/2016 deve considerarsi un provvedimento in continuo mutamento: le critiche ricevute, soprattutto sotto il profilo della chiarezza espositiva, ne hanno accompagnato la nascita e causato numerosi e continui interventi di modifica, anche al fine di tentare di garantire la certezza dei rapporti giuridici e la chiarezza del tessuto normativo” v. Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2020 - volume I, I conti dello Stato e le politiche di bilancio 2020 - tomo II*, Roma, 2021, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, reperibile al link <https://www.corteconti.it/Download?id=66f38304-95b3-4d9b-8033-39db44940d6f>, p. 100. In senso analogo *id.*, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2021 - volume I, I conti dello Stato e le politiche di bilancio 2021 - tomo II*, Roma, 2022, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, reperibile al link <https://www.corteconti.it/Download?id=fe5074a3-3086-4858-a13c-7b601409faa2>, *passim*.

15 Per una ricognizione “generalista” della tematica v. <https://www.thewatcherpost.it/innovazione/il-codice-appalti-tutti-i-nodi-da-sciogliere/>; <https://www.lavoce.info/archives/74735/interventi-mirati-sul-codice-degli-appalti/>.

16 L'articolo 32, comma 2, lettera c), della legge 24 dicembre 2012, n. 234, prevede al riguardo con disposizione ordinatoria il divieto di *gold plating* per la normativa di recepimento degli atti dell'Unione europea.

5. La riforma del *public procurement* nell'ambito del PNRR.

Al di là delle evidenti eccezionali fattispecie di deroghe o sospensione, come accennato, la riforma del settore dei contratti pubblici deriva (come accennato in massima parte, ma non *in toto*) dalle esigenze di riforma compulsate dal PNRR.

Il PNRR rappresenta, nel diritto interno, lo strumento per accedere al programma *NextGenerationUE*, diretto a risolleverare gli stati membri dell'Unione dalle gravi conseguenze economiche e sociali della crisi pandemica.

Esso è disciplinato dal Regolamento del Consiglio 2020/2093 del 17 dicembre 2020, di determinazione del complessivo quadro finanziario pluriennale per le annualità 2021-2027; dallo specifico Regolamento 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020, di istituzione di uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi Covid-19; nonché dal Regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, istitutivo di un dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Il complessivo intervento finanziario, effettuato sotto varie forme, ammonta a circa 2.020.00 miliardi di euro, erogati nell'arco temporale 2021-2023 e gravanti sul bilancio dell'Unione europea nel periodo 2021-2027. I fondi saranno, in parte, collocati nell'ambito del bilancio europeo dell'arco temporale interessato, in parte erogati dal *Recovery and Resilience Facility*.

L'Italia, che risulterà destinataria della maggior quota della contribuzione totale (il 20,9 per cento), beneficerà della somma di 65 miliardi di euro a fondo perduto oltre ai finanziamenti a tasso agevolato per ulteriori 127 miliardi di euro.

Nel PNRR, la *Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni* è collocato come *milestone* M1C1-71 - riforma 1.10.

Premesso che *“La complessità del vigente codice dei contratti pubblici ha causato diverse difficoltà attuative. La riforma prevista si concreta nel recepire le norme delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), integrandole esclusivamente nelle parti che non siano self executing e ordinandole in una nuova disciplina più snella rispetto a quella vigente, che riduca al massimo le regole che vanno oltre quelle richieste dalla normativa europea, anche sulla base di una comparazione con la normativa adottata in altri Stati membri dell'Unione europea (...)*” il PNRR prevede(va) la presentazione di un disegno di legge-delega entro il 31 dicembre 2021, e l'adozione delle misure attuative entro nove mesi. La relativa delega aveva una durata di sei mesi dalla data di entrata in vigore dalla legge e concerneva l'adozione di uno, o più decreti legislativi. Essi dovevano essere adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con i ministri competenti e previo parere del Consiglio di Stato, nonché delle commissioni parlamentari competenti. In concreto, la stesura dell'articolato è stata affidata al Consiglio di Stato, con l'avvalimento di componenti delle altre magistrature, di avvocati (del libero foro e dello Stato), nonché di esperti esterni. I criteri indicati nel PNRR come principi regolatori sono presenti, in buona sostanza, tra quelli contenuti nella legge-delega. Peraltro, il dibattito parlamentare ha portato alla valorizzazione di ben trentuno criteri, non del tutto conciliabili tra loro. Tale circostanza ha subito posto il dubbio se, al di là del rispetto formale dei tempi e degli obiettivi, le riforme preannunciate avrebbero perseguito gli obiettivi preannunciati, anche nella loro redazione finale. In prossimità della scadenza del termine il testo è stato inoltre semplificato da una commissione ristretta.

6. Emanazione del nuovo codice dei contratti pubblici.

La delega è stata alla fine esercitata con il decreto 31 marzo 2023, n. 36, recante il codice dei contratti pubblici.

Sul punto, possono essere registrate le seguenti impressioni.

L'obiettivo di una disciplina maggiormente snella non pare essere stato raggiunto *in toto*, considerando che l'articolato nel nuovo codice presenta un totale di duecentoventinove articoli, laddove il precedente ne conteneva duecentoventi. Per di più, a tale numero devono essere aggiunti i numerosi allegati, che contengono le definizioni applicabili all'articolato normativo, evidentemente al fine di non appesantire il suo testo.

Encomiabile appare, comunque, la scelta di fare precedere l'articolato normativo da una elencazione di principi specifici ma di carattere generale, che assumono portata ermeneutica. Essi sono: - il principio del risultato; - il principio della fiducia; - il principio dell'accesso al mercato.

Il previgente codice dei contratti pubblici, pur contenendo una serie di principi generali applicabili alle procedure contrattuali, ne illustrava dettagliatamente il contenuto, facendo perdere in qualche misura i vantaggi di una loro espressa menzione.

Può essere inoltre registrato un sostanziale ampliamento dei casi di affidamento diretto (nel rispetto della normativa europea nonché, comunque, dei principi dalla stessa derivati di concorrenza e non discriminazione che, come accennato, avevano essi stessi giustificato il mutamento di prospettiva della disciplina sugli affidamenti pubblici).

Al contempo, deve essere ricordato che con il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, il legislatore aveva provveduto al riordino della contigua materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sulla base del complesso dei due atti normativi, il ridimensionamento dei poteri regolatori dell'ANAC è *solo parziale*: l'articolo 222 del nuovo codice si presenta, anche sotto il versante della formulazione, contiguo al previgente articolo 213 e ripropone (al comma 16) quegli “*strumenti di regolazione flessibile*” la cui esatta delimitazione e portata giuridica comportava il descritto *gold plating* e che tanta incertezza pareva aver portato agli operatori del settore.

SERVIZI LEGALI

L'affidamento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni: equo compenso e vincoli procedurali alla prova del tempo

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il punto di osservazione. 3. Il compenso equo: discontinuità e continuità. 4. Il puzzle delle procedure di affidamento. 5. Riflessioni conclusive.

DI GIUSEPPE MELI

ABSTRACT: Il saggio affronta il tema delle regole e dei criteri per il conferimento degli incarichi legali da parte delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alle questioni controverse che investono, da un lato, il rapporto tra il principio di economicità e la disciplina sul c.d. equo compenso; e, dall'altro, le modalità di affidamento, specie in relazione ai dubbi interpretativi sull'obbligo di espletamento di una procedura comparativa per i servizi legali esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici. L'Autore, muovendo dalla multiformità delle interpretazioni sul tema, analizza gli orientamenti più recenti della giurisprudenza amministrativa, della magistratura contabile e dell'ANAC, gettando uno sguardo ai prossimi interventi legislativi in materia di equo compenso e appalti pubblici. Ciò, sviluppando una riflessione sulla possibilità di trarre delle conclusioni di sintesi, che possano valere per limitare le incertezze applicative, indicando una soluzione di bilanciamento che tenga conto della natura delle prestazioni intellettuali e dei profili inerenti la dimensione sociale della tutela del lavoro autonomo.

ABSTRACT: *The author analyses rules and criteria for legal assignment by public administrations, focusing in particular on the enforcement of the fair fee legislation and on the limits on the full application of the EU directive to public procurement for legal services. The paper starts from recent Italian judgments, the guide lines spread by the Italian Anticorruption Authority (ANAC) and upcoming Italian legislation, trying to make a summary of the applicable principles to accordance with the social aspects, also considering the upgrade of the social rights in the EU framework.*

1. Premessa.

Per lungo tempo, la materia del conferimento degli incarichi legali è assunta a epifenomeno di una strategia “punitiva” – del legislatore, della giurisprudenza e delle autorità di regolazione – finalizzata a limitare la discrezionalità e la spesa delle pubbliche amministrazioni, attraverso una congerie di vincoli e un approccio integralista al tema delle modalità di affidamento dei contratti, entrambi basati su un pregiudizio diffuso nei confronti della capacità degli organi di vertice politico-amministrativo di garantire il buono andamento e l'imparzialità al di fuori di un sistema rigidamente procedimentalizzato.

Per tale via, (anche) in questo ambito, si è dapprima assistito a una duplice tendenza

a ridimensionare, da un lato, i margini di fiduciarità degli affidamenti; e, dall'altro, anche per l'effetto della contrazione dei trasferimenti erariali e dell'irrigidimento dei obblighi di contabilità, a una *race to the bottom* del costo dei servizi legali, favorita dall'abolizione dei vincoli tariffari e dal *totem* del criterio del prezzo più basso.

Tale "radicalizzazione" ha, però, determinato - tra gli altri - sia, in generale, una cattiva pratica di c.d. *gold plating*, in grado di pregiudicare gli obiettivi di efficienza dell'azione amministrativa; sia, per ciò che riguarda specificamente il settore delle prestazioni intellettuali, una generalizzata trasfigurazione del lavoro autonomo in attività d'impresa, senza tener conto adeguatamente delle categorie giuridiche, dei principi costituzionali (in particolare, art. 35 Cost.) e della dimensione sociale.

Più recentemente, però, il progressivo superamento del paradigma neoliberale in favore di un modello *neowelfarista* in ambito eurounitario⁽¹⁾, viepiù sollecitato dalle contingenze ingenerate dall'emergenza pandemica, ha alimentato un embrionale "rigurgito" del modello economicista, che ha trovato concretamente riconoscimento - soltanto per citare alcuni esempi - nei correttivi apportati in materia di appalti pubblici dalla direttiva 2014/24/UE, nella timida evoluzione della giurisprudenza europea⁽²⁾ e, successivamente, nelle ulteriori semplificazioni rese necessarie dagli stringenti obiettivi fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Il tutto in un contesto in cui, in correlazione con i processi in atto di depauperamento delle classi medie nelle democrazie occidentali⁽³⁾, si è al contempo insinuata un'istanza di protezione del lavoro autonomo - di cui la legislazione sul c.d. equo compenso può reputarsi espressione - che finisce per intercettare il rinnovato dibattito giuslavorista sulla tutela del lavoro *sans phrase*, secondo le teorie del compianto Massimo D'Antona⁽⁴⁾.

In tale quadro, si è ingenerata una diffusa incertezza applicativa sul tema delle regole per il conferimento degli incarichi legali, alimentata dal pluralismo delle fonti e dal polimorfismo delle interpretazioni; per cui, seguendo le traiettorie del diritto vivente, può essere utile verificare la possibilità di tratteggiare una *summa* relativamente ai profili maggiormente controversi.

2. Il punto di osservazione.

Il nodo interpretativo riguarda, per un verso, la soluzione di bilanciamento tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica e i principi declinati dall'art.19-*quaterde-*

1 In breve, si fa riferimento al percorso di progressivo "assestamento" dell'equilibrio tra le libertà economiche e diritti sociali nell'ordinamento eurounitario, imputabile a un *mix* di trasformazioni istituzionali, normative e socio-culturali. In tal senso, come già segnalato in un precedente scritto (G. MELI, *Clausole sociali. "Fair-outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)*, in DLM, 3/2014, 719 ss.), le letture minimaliste della dimensione sociale dell'integrazione europea hanno trascurato che, viepiù dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, "all the ingredients are present in the current legal framework to improve the functioning and the broader picture of European labour law as a part of resocialisation of Europe. In particular, change can be brought by using a fundamental rights approach in a proactive and promotional way" (F. HENDRICKX, *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in N. CONTOURIS, M. FREDLAND, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013, 69).

2 In tal senso possono citarsi CGUE 18 settembre 2014, C-549/13 (*Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*) e CGUE 17 novembre 2015, C-115/14 (*RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*).

3 Già epoca pre-pandemica, I. TROVATO, nell'articolo *Avvocati e architetti alla guerra dei minimi*, in *Corriere della sera*, 12 maggio 2017, 41, fornisce una raccolta di dati dell'Adapp (associazione degli enti di previdenza professionali), in cui si dava conto del fatto che nell'area delle professioni giuridiche, in soli sei anni (dal 2009 al 2015) la flessione dei redditi era stata del 23,82%, mentre per gli ingegneri e gli architetti del 20,05%.

4 M. D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, G. GHEZZI (a cura di), Ediesse, Roma, 1996, 187 ss. M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro* (1995), ora in ID., *Opere*, a cura di B. CARUSO e S. SCIARRA, I, Milano, 2000, 218-219. Sul pensiero di Massimo D'Antona, di recente, v. B. CARUSO, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 464/2023. Nello stesso senso v. anche A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro sans phrase nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in QDLRI, 1998, n. 21, 73 ss.

cies del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, che – com'è noto – ha introdotto nella disciplina dell'ordinamento forense, di cui alla legge 31 dicembre 2012, n. 247, l'art. 13-*bis*, recante “Equo compenso e clausole vessatorie”, oltre a specifiche disposizioni applicabili alle pubbliche amministrazioni (commi 2-4); e, più precisamente, il grado di imperatività nei rapporti con le pp.aa. dei presidi posti a tutela della categoria (tra cui, in particolare, la configurazione di clausole tipicamente vessatorie sanzionate con la nullità parziale, ivi comprese quelle sul compenso ove inferiore ai parametri ministeriali⁽⁵⁾).

Per altro verso, le difficoltà operative hanno investito le modalità di affidamento e i vincoli procedurali in relazione ai dubbi sulla natura degli incarichi legali, stretti su un crinale labile tra *locatio operis* e appalto di servizi; con le conseguenti implicazioni in ordine alla normativa applicabile e al livello di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa.

Si è trattato di un terreno fertile per il conflitto tra valori fondamentali contrapposti (*in primis* tra diritti sociali e libertà economiche), che, a fronte di un quadro normativo “a maglie larghe”, è stato composto - per la verità, in modo multiforme - dalle esegesi della magistratura (amministrativa e contabile) e dell'ANAC.

Al fine di analizzare lo stato dell'arte può, quindi, assumersi quale iniziale punto di osservazione una delle più recenti decisioni del Consiglio di Stato sul tema (*i.e.*, Consiglio di Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084⁽⁶⁾), nella misura in cui essa appare emblematica delle tendenze dell'ordinamento, recentemente suggellate dalla dottrina del nuovo codice dei contratti pubblici⁽⁷⁾.

In estrema sintesi, nella fattispecie, dal comma 3 dell'art. 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017⁽⁸⁾, nonché da una lettura sistematica dei principi fondamentali dell'attività

5 Si fa ovviamente riferimento al decreto emanato, ai sensi dell'art. 13, c. 6, l. n. 247/2012, dal Ministro della giustizia, su proposta del Consiglio nazionale forense, per la determinazione dei compensi quando all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge. In attuazione dell'art. 13, c. 6, l. 247/2012 è stato, quindi, emanato il decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55.

6 Si tratta di un caso di affidamento di un incarico di patrocinio legale da parte di un Comune, dopo l'acquisizione di tre preventivi e l'aggiudicazione - secondo un criterio indicato soltanto *ex post* - al prezzo più basso. Il contenzioso era insorto a seguito dell'impugnazione del provvedimento di conferimento da parte di uno degli avvocati invitati, il quale, con un unico motivo di ricorso, aveva lamentato - in estrema sintesi - che: a) la determinazione in oggetto, essendo basata soltanto sul criterio della maggiore convenienza economica, aveva violato il principio dell'equo compenso per come declinato dall'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, avendo selezionato un'offerta economica inferiore ai valori previsti dal decreto ministeriale 10 marzo 2014, n. 55, che, per espresso rinvio normativo, avrebbe dovuto costituire il parametro per il giudizio di equità; b) il Comune avrebbe riconosciuto soltanto *a posteriori* di aver dato corso a una procedura comparativa, sulla scorta di un criterio (*i.e.*, quello del prezzo più basso) neppure preventivamente predeterminato, né comunicato ai “concorrenti”, in violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

In disparte i profili processuali, il TAR Brescia aveva rigettato il ricorso perché - in buona sostanza - “[...] nel caso in cui il professionista non sia costretto ad accettare supinamente il compenso predeterminato unilateralmente dall'amministrazione, ma contratti liberamente il proprio compenso su un piano paritetico con la committente, viene meno quella speciale esigenza di protezione del professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, su cui si fonda la ratio dell'istituto dell'equo compenso”; fermo restando che nei confronti della pubblica amministrazione il concetto di equo compenso, di cui all'art. 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247, troverebbe applicazione ma non entro i rigidi parametri fissati dal d.m. 55/2014, specie per le peculiari esigenze di contenimento della spesa pubblica. Per il resto, secondo il giudice di *prime cure*, l'amministrazione non aveva bandito una procedura concorsuale, essendosi limitata a condurre una indagine di mercato finalizzata a un affidamento diretto, sicché non era tenuta a esternare preventivamente il criterio in base al quale avrebbe operato la scelta tra i professionisti interpellati. A seguito di ricorso in appello da parte dell'avvocato soccombente la causa è giunta innanzi al Consiglio di Stato che, in riforma della sentenza di primo grado, ha accertato l'illegittimità del provvedimento impugnato.

7 Si tratta del testo del decreto legislativo 31.03.2023, n. 36, approvato dal Consiglio dei ministri in data 28.03.2023, in attuazione della delega conferita con l'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78; ed entrato in vigore con decorrenza dal 1° aprile 2023, con efficacia a far data dal 1° luglio 2023.

8 A mente del quale “La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

amministrativa, il Consiglio di Stato fa discendere l'enunciato secondo cui “[...] *ferma restando la possibilità che per la prestazione difensiva la pubblica amministrazione non preveda la corresponsione di alcun compenso - e che, per contro, laddove, come nella specie, lo stesso sia previsto, debba rispettare il criterio dell'equo compenso, quale normativamente determinato - la scelta del professionista cui affidare l'incarico non può che essere fondata su criteri predeterminati e resi noti agli offerenti*”. Pertanto, il provvedimento impugnato è stato considerato illegittimo perché (i) “*la scelta del professionista non è stata ancorata alla predeterminazione di alcun criterio, né preceduta da alcuna procedimentalizzazione*”; (ii) “[...] *in secondo luogo in quanto, pur essendo stata prevista la corresponsione di un compenso, la scelta del professionista è avvenuta avuto riguardo al criterio del prezzo più basso, senza previo accertamento del rispetto dell'equo compenso, atto a tutelare non sola la categoria forense da fenomeni anticoncorrenziali, ma anche ad assicurare la qualità della prestazione [...]*”.

3. Il compenso equo: continuità e discontinuità.

A fronte delle conclusioni raggiunte e dei principi enunciati dal Consiglio di Stato è, quindi, utile analizzarne le precomprensioni sottese e le implicazioni sistematiche, anche al fine di valutare i profili di continuità/discontinuità nonché il potenziale impatto regolatorio sia dal punto di vista dell'applicazione della regola dell'equo compenso, che da quello delle procedure di affidamento.

Sotto il primo profilo, l'arresto restituisce l'impressione di “prendere sul serio” la dimensione sociale degli artt. 13-bis, l. n. 147/2012 e 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017 e della copertura costituzionale dell'intervento protettivo, che trova fondamento nella tutela della dignità del lavoro “*in tutte le sue forme ed applicazioni*” (art. 35, comma 1, Cost.) e nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁹). D'altro canto, non casualmente, il legislatore, nel definire la nozione di equità, ha mutuato dall'art. 36 della Costituzione - relativo al lavoro salariato - la stessa formula, definendo tale il compenso quando “*risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto*” (art. 13-bis, comma 2, l. n. 147/2012).

Come già anticipato, per tale via la pronuncia giunge a intercettare il dibattito sulla trasformazione del lavoro nell'era della globalizzazione e nella società post-industriale, che ha consentito di rispolverare l'immaginario di uno statuto protettivo minimo del lavoro *sans phrase*¹⁰ e la prospettiva di un nuovo *universalismo delle tutele*¹¹, dalla quale - se “*Il paradigma del lavoro senza aggettivi [...] consiste nel compimento di un'opera o di un servizio destinato ad altri con attività esclusivamente o prevalentemente personale*”¹²) - non può escludersi l'afferenza del lavoro professionale al *genus* del la-

9 Nella sentenza, per l'appunto, si legge che “[...] *la disciplina sull'equo compenso ha completato e colmato quello scarto negativo che, nel tempo e a causa di svariati fattori, ha provocato nel settore delle libere professioni una deminutio di tutela per coloro che prestano attività professionale al di fuori degli schemi tipici del rapporto dipendente e della tutela costituzionale salariale e retributiva*” (§ 11.1.2).

10 Si tratta delle tesi giuslavoristiche che hanno teorizzato un tipo contrattuale destinato a governare qualsiasi prestazione di lavoro personale resa in favore di altri, caratterizzato da una tutela base comune per tutte le modalità di prestazione del lavoro e una modulazione progressivamente incrementale delle tutele tanto più divengono stringenti i vincoli organizzativi ed esecutivi dettati dal committente; su cui, tra gli altri, v. B. CARUSO - R. DEL PUNTA - T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in csdle.lex.unict.it; ma, soprattutto, in precedenza M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in RIDL, 1998, 49 ss.

11 Su cui v. T. TREU, *Il lavoro flessibile nelle transizioni ecologica e digitale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT - 465/2023.

12 U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati (la rilettura di)*, in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”*: una rilettura, Milano, Giuffrè, 2005, 135.

voro *tout court*⁽¹³⁾.

E ciò, nel quadro di un processo - politico, legislativo e giurisprudenziale - di assestamento dell'equilibrio tra le libertà economiche e i diritti sociali nello spazio eurounitario.

In tale contesto questo approccio è, quindi, sostenuto da una lettura proattiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che può essere richiamata - in discontinuità rispetto alla tradizionale funzione argomentativa *pro-market* - per rammentare l'astratta compatibilità delle tariffe minime con il diritto primario dell'UE (anche spostando il *focus* dalla finalità di protezione del lavoratore autonomo a quella di tutela della qualità dei servizi, quale motivo imperativo di interesse generale). Ciò, valorizzando il metodo "casistico" della Corte europea, in base al quale il valore sistematico degli orientamenti della stessa deve, comunque, essere apprezzato tenendo conto che la CGUE - posto che l'ordinamento multilivello, dal punto di vista giuridico-formale, è (divenuto) uno spazio giuridico "conteso" tra valori solidaristici e valori economici - fa applicazione della tecnica del bilanciamento, secondo il canone della proporzionalità, adottando un approccio necessariamente pragmatico, che si basa su specifiche condizioni normative e di contesto, cui consegue la parcellizzazione degli esiti del sindacato. Ed è per questo che l'analisi induttiva della giurisprudenza deve sempre considerare i fattori di tipicità - endogeni ed esogeni - delle singole fattispecie. Da tale prospettiva, dunque, la determinazione - anche in via orizzontale - di *tariffe minime imposte*, pur essendo idonea a restringere la concorrenza nel mercato interno, "*non ricade necessariamente sotto il divieto sancito dal combinato disposto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE*", ove ciò avvenga per perseguire obiettivi legittimi e nel rispetto del principio di proporzionalità⁽¹⁴⁾.

Il sistema valoriale presidiato dall'equo compenso può, inoltre, essere ampliato attraverso il collegamento con la tutela del buona andamento dell'azione amministrativa, posto che "*l'interesse ad assumere incarichi per l'Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall'adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense*"⁽¹⁵⁾; e il concetto di dignità professionale - secondo una teorica circolare - torna indietro alla tutela del lavoro autonomo, ove è stato tradizionalmente declinato nella forma del decoro, anche in relazione al limite di cui all'art. 2233, comma 2, c.c., che - anche secondo la giurisprudenza di legittimità - impedisce di liquidare "*somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione*"⁽¹⁶⁾.

Tale impostazione sembra, dunque, poter superare sommessamente le letture "minimaliste", che, al fine di depotenziare la portata precettiva dell'equo compenso, hanno

13 Come ricorda G. COLAVITI, "Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale, in Rivista AIC, 1/2018, 35, "A ben vedere non è [...] solo la Costituzione a consegnarci una concezione ampia del lavoro: anche il codice civile presenta un libro quinto dedicato nel suo complesso al "lavoro", con singoli capi che si riferiscono alle varie forme di lavoro, e dunque anche al lavoro autonomo, ed a quello professionale, inteso come solo-tipo di quello autonomo, oltre che al lavoro dipendente. Anzi, il primo articolo del libro quinto, l'articolo 2060 c.c., pure depurato dal riferimento alla Carta del lavoro, propria della forma di Stato corporativa, precisa come "il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali", con una dizione in fondo assai simile all'articolo 35 della Costituzione".

14 Corte di Giustizia dell'Unione europea 23 novembre 2017, C-427/2016 e C-428/2016, § 51 ss.; in termini, *ex aliis*, CGUE 4 luglio 2019, C-377/2017. D'altro canto, in sede di rinvio pregiudiziale sulla compatibilità delle tariffe spagnole dei procuratori legali fissate dal regio decreto n. 1373/2003, la CGUE è giunta a concludere che "[...] l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che assoggetta gli onorari dei procuratori legali a una tariffa che può essere aumentata o diminuita solamente del 12%, e della quale i giudici nazionali si limitano a verificare la rigorosa applicazione, senza essere in grado, in circostanze eccezionali, di derogare ai limiti fissati da tale tariffa" (CGUE 8 dicembre 2016, C-532/2015 e C-538/2015).

15 Ancora Cons. Stato 28 febbraio 2023, n. 2084.

16 Cass. 30 novembre 2016, n. 24492.

fatto leva sul principio della libera pattuizione (*ex art. 13, c. 6, l. 247/2012*) e sugli obblighi di contenimento della spesa pubblica, in base ai quali “*per la pubblica amministrazione anche il concetto di “equo compenso” deve ancorarsi a parametri di maggiore flessibilità*”⁽¹⁷⁾; e che, per altro verso, ne hanno enucleato dall’alveo la questione della dignità professionale, assumendo che il decoro sia garantito di per sé dai doveri di deontologici di correttezza “*a prescindere dall’entità del compenso e persino in caso di incarico a titolo gratuito*”⁽¹⁸⁾.

Per inciso, per le pubbliche amministrazioni, tali esegesi hanno fatto *pendant* con la sostanziale limitazione dell’applicazione in via diretta della disciplina sull’equo compenso al solo comma 3 dell’art. 19-*quaterdecies*, sì da escludere la tipizzata sanzione della nullità di protezione al di fuori dei rapporti contrattuali con le imprese private, per come definite dal precedente comma 1.

A fronte di ciò, l’approdo dei giudici di palazzo Spada non riesce ancora, però, a mettere in discussione i pilastri dell’esegesi minimalista, ivi compresa la possibilità che la prestazione professionale sia resa gratuitamente⁽¹⁹⁾; né, tantomeno, a contraddire il principio – costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa – secondo cui l’obbligo di equo compenso “*non trova invece applicazione ove la clausola contrattuale relativa al compenso [...] sia oggetto di trattativa tra le parti o, nelle fattispecie di formazione della volontà dell’amministrazione secondo i principi dell’evidenza pubblica, ove l’amministrazione non imponga al professionista il compenso per la prestazione dei servizi legali da affidare [...] E ciò per l’evidente motivo che nel caso in cui il professionista non sia costretto ad accettare supinamente il compenso predeterminato unilateralmente dall’amministrazione, ma contratti liberamente il proprio compenso su un piano paritetico con la committente, viene meno quella speciale esigenza di protezione del professionista, quale parte debole del rapporto contrattuale, su cui si fonda la ratio dell’istituto dell’equo compenso*”⁽²⁰⁾.

Ciò nonostante, può dirsi che tale indirizzo sia indicativo dell’esistenza di un più profondo substrato argomentativo e ideologico in grado di influenzare le decisioni – amministrative e giurisdizionali – di bilanciamento casistico tra statuto protettivo del lavoro autonomo, libertà economiche e vincoli di bilancio, veicolando la precettività dell’equo compenso (calcolato secondo i criteri del d.m. 55/2014); di cui resta ferma, però, l’applicazione secondo il paradigma della proporzionalità. Vale a dire, cioè, che il sistema valoriale delineato dal Consiglio di Stato, pur non offrendo una regola pregiudiziale, **né sancendo** la reintroduzione dell’inderogabilità delle tariffe minime, resti-

17 TAR Bologna 17 novembre 2022, n. 919, nella quale si paventa - a monte - il dubbio dell’applicabilità dell’art. 13-bis, l. n. 247/2012 nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

18 TAR Milano 29 aprile 2021, n. 1071.

19 Su cui, di recente, si è espresso lo stesso Consiglio di Stato, precisando, però, che “*La tenuta costituzionale del sistema basato sulle richieste di prestazioni gratuite da parte delle Pubbliche Amministrazioni si può ammettere solo se è previamente previsto un meccanismo procedimentale che dia idonee garanzie circa il fatto che la concreta azione amministrativa sia ispirata a criteri, canoni e regole di assoluta imparzialità nella selezione e nella scelta dei professionisti, di modo che in questo ‘nuovo mercato’ delle libere professioni nessuno abbia ad avvantaggiarsi a discapito di altri*” (Cons. Stato 9 novembre 2021, n. 7442).

20 TAR Napoli 18 febbraio 2022, n. 1144, con cui sono stati annullati gli atti di una procedura indetta da una società pubblica per la costituzione di un elenco di avvocati a cui conferire incarichi di patrocinio legale per il fatto che deve ritenersi che “*resti precluso alle Amministrazioni aggiudicatrici l’introduzione di una regola che, come nella specie, impedisca sistematicamente ex ante il riconoscimento di un corrispettivo professionale da corrispondere ai professionisti incaricati che sia di importo pari o superiore all’equo compenso. Diversamente argomentando si porrebbe all’inaccettabile conseguenza per cui l’Amministrazione erogherebbe esclusivamente compensi che si collocano al di sotto di tale soglia che dunque diverrebbe inapplicabile in via assoluta all’Amministrazione convenuta [...] e che, comunque, si porrebbe in contrasto con la disciplina al riguardo dettata anche per le pp.aa. nella L. n. 247 del 2012 [...] tenuto conto anche del rilievo per cui se è vero che le prestazioni professionali degli avvocati devono essere espletate con professionalità anche indipendentemente dalla misura dell’onorario, non può tuttavia negarsi che l’interesse ad assumere incarichi per l’Amministrazione da parte dei professionisti più qualificati dipenda largamente anche dall’adeguatezza del corrispettivo offerto e dal rispetto della dignità professionale della classe forense*”.

tuisse, comunque, vigore ai parametri ministeriali, che sembrano assurgere a *soft rule*, derogabile ma nel rispetto del canone di ragionevolezza⁽²¹⁾.

D'altro canto, com'è noto, è stata recentemente approvata dalla Camera dei deputati la proposta di legge A.C.338⁽²²⁾, recante "Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali", che riguarda – in generale – l'universo del lavoro autonomo, e che se, in parte, ricalca i principi già introdotti per le prestazioni degli avvocati dall'art. 19-*quaterdecies*, d.l. n. 148/2017 (che per effetto dell'entrata in vigore della novella legislativa sarebbe abrogato); per il resto, rafforza significativamente il sistema di protezione, superando le debolezze regolative del predetto art. 19-*quaterdecies*, attraverso (i) l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione – tra gli altri – anche alle società a partecipazione pubblica; (ii) l'espressa sanzione della nullità per tutte le pattuizioni sul compenso "non equo", intendendosi per tale quello inferiore ai parametri ministeriali⁽²³⁾; (iii) l'assegnazione di un ruolo di vigilanza attiva agli ordini e ai collegi professionali. Ma, soprattutto, l'intenzione del legislatore si coglie nel superamento della prova della (pre)condizione di squilibrio contrattuale ai fini dell'imperatività del diritto all'equo compenso, dal momento che – oltre a essere rigidamente ancorato a criteri predeterminati – esso, secondo il disegno legislativo, potrà essere azionato, anche al fine di ottenere un ulteriore indennizzo, impugnando "La convenzione, il contratto, l'esito della gara, l'affidamento, la predisposizione di un elenco di fiduciari o comunque qualsiasi accordo che preveda un compenso inferiore ai valori determinati (art. 3, c. 6); con ciò evidentemente sopravanzandosi – di fatto – l'orientamento giurisprudenziale che ne esclude l'applicabilità nel caso di offerte nell'ambito di procedure a evidenza pubblica, per la presunzione di pariteticità.

Nello stesso senso, l'art. 8 del nuovo codice dei contratti pubblici, non soltanto conferma il principio secondo cui – salvo casi eccezionali – "la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso"; ma, per di più, introduce la regola secondo cui le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente⁽²⁴⁾, sì da poter segnare il superamento del principio opposto veicolato dalla giurisprudenza.

21 In linea con questo approccio può indicarsi una recente decisione del TAR Napoli che, in relazione - ancora una volta - a un avviso per la costituzione di una *short list* di avvocati da parte di un Comune, ha sanzionato la violazione dell'art. 19-*quaterdecies*, c. 3, d.l. n. 148/2017 perché, pur escludendo che il compenso vada liquidato seguendo pedissequamente i criteri del d.m. 55/2014, "non può negarsi che questi parametri vadano tenuti in conto, potendosi senz'altro ammettere compensi inferiori ma non compensi che risultino completamente sganciati in peius rispetto a quelli liquidabili in base al D.M. [...] La circostanza che il singolo professionista resti libero di valutare la convenienza dell'incarico e di rifiutarlo nel caso in cui ritenga non equo il compenso non rileva, dato che ciò non esclude la violazione dell'articolo 19-*quaterdecies*, comma 3, cioè la violazione dell'obbligo dell'amministrazione di garantire un compenso equo; in altri termini, la disposizione violata impone all'amministrazione di prevedere compensi equi e non consente la previsione di compensi non equi, anche se - ovviamente - il singolo professionista non è certo obbligato, ove inserito nell'elenco, a accettare l'incarico e quindi di beneficiare di un compenso non equo" (TAR Napoli 14 novembre 2022, n. 7037). Nello stesso senso TAR Palermo 14 marzo 2023, n. 815, ove, sulla base di un analogo compendio argomentativo, il Giudice amministrativo ha escluso che il bilanciamento con l'esigenza di contenimento della spesa pubblica possa determinare l'applicazione di un compenso lesivo del decoro e del prestigio della professionale, sì da concludere che "[...] nel caso in esame costituisce circostanza incontestata che il compenso previsto - il 20% dei valori medi - sostanzialmente si traduce nella metà dei valori minimi tariffari e, pertanto, ben al di sotto di tali minimi; e la non congruità dei compensi è confermata dalla previsione di un'ulteriore riduzione del 20%, relativamente alle fasi di giudizio espletate, nel caso di rinuncia del mandato per giusta causa da parte del professionista incaricato".

22 Più precisamente, la proposta di legge, che riproduce fedelmente il testo già approvato nella precedente legislatura dalla Camera dei deputati il 13 ottobre 2021 e dalla competente Commissione parlamentare del Senato nel mese di luglio 2022, è stata approvata definitivamente in data 12 aprile 2023 ed è in fase di pubblicazione in Gazzetta ufficiale.

23 Più precisamente, si fa riferimento "ai parametri determinati con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, per la professione forense, o ai parametri fissati con il decreto del Ministro dello sviluppo economico di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c)" (art. 3, c. 1).

24 Anche in questo caso, "salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione".

4. Il puzzle delle procedure di affidamento.

Al di là dei profili relativi al compenso, nel nostro ordinamento, in modo ancor più convulso, la questione delle modalità di conferimento degli incarichi legali ha storicamente assunto i tratti di un *puzzle* di difficile composizione per la multiformità degli *input* provenienti dalle fonti del sistema, intrecciati con l'annoso dibattito sulla qualificazione come *locatio operis* ovvero appalto di servizi.

Senza voler approfondire la progressiva evoluzione degli orientamenti (spesso contrastanti)⁽²⁵⁾, è possibile tratteggiare un recente approdo sistematico maggiormente stabile. Questa tendenziale “stabilizzazione” nel diritto vivente è andata di pari passo all'approvazione della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici (inizialmente attuata con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante “Codice dei contratti pubblici”) e alle linee guida ANAC n. 12/2018 (quale atto di regolazione *ex art.* 213, c. 2, d.lgs. 50/2016), in base alle quali - in sintesi - sono individuabili due categorie di servizi legali, ossia (i) quelli c.d. “esclusi” dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici (*ex art.* 17, d.lgs. 50/2016), tra i quali figurano gli incarichi di patrocinio (non continuativi, né periodici)⁽²⁶⁾, il cui affidamento dà luogo a un contratto d'opera professionale; (ii) le altre categorie di servizi legali, che, invece, rientrano tra quelli di cui all'allegato IX del codice dei contratti pubblici, il cui affidamento dà luogo a un contratto d'appalto, soggetto al regime del d.lgs. 50/2016 (con le semplificazioni previste dall'art. 140).

Com'è noto, per i servizi legali “esclusi” valgono, comunque, i principi di cui all'art. 4, d.lgs. 50/2016, per cui il relativo affidamento deve avvenire “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”⁽²⁷⁾.

Ora, se tale *summa divisio* appare largamente acquisita⁽²⁸⁾, ciò che resta maggiormente controvertibile è la concreta applicazione dei principi relativi all'affidamento degli incarichi legali c.d. esclusi.

25 Per un *excursus* e un'analisi generale v. G.M. DONATO, *Gli incarichi di servizi legali*, in G.M. DONATO, M. ROSSI, B. VITIELLO (a cura di), *In Le consulenze e gli incarichi di vertice nella PA*, Giuffrè, Milano, 2023, 191 ss.

26 Più precisamente, si tratta di incarichi di “1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni: 1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un Paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale; 1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali; 2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni; 3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai; 4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali; 5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri” (art. 17, c. 1, lett. d, d.lgs. 50/2016); e per la cui più specifica individuazione si rinvia alle linee guida ANAC n. 12/2018, §§ 1.2-1.4, emanate sulla base del parere del Consiglio di Stato 3 agosto 2018, n. 2017.

27 Per inciso, nel nuovo codice dei contratti pubblici il combinato disposto degli artt. 13, 56 e 181 conferma la medesima impostazione. Pur tuttavia, il novero dei principi applicabili ai contratti esclusi, a causa del generico rinvio dell'art. 181, c. 3, a quelli “dettati dal Titolo I della Parte I”, risulta più ampio e, per certi versi, foriero di maggiori incertezze in sede applicativa, specie per l'estensione dei corollari del “principio del risultato”, tra i quali viene annoverata la “concorrenza”.

28 Per quanto in alcune letture si faccia riferimento, invece, a una “tripartizione”, enucleando l'ulteriore fattispecie degli “incarichi di vera e propria “consulenza legale”, in cui la possibile controparte processuale risulti ancora indeterminata, e la prestazione del professionista sia volta a supportare l'amministrazione nell'adottare accorgimenti, provvedimenti e prassi, ovvero a rafforzare il patrimonio conoscitivo-esperienziale giuridico del decisore pubblico; in tale ultimo caso, come anche nelle ipotesi in cui lo stesso risulti finalizzato alla redazione di bandi, documenti di gara, atti a rilevanza societaria (come le offerte, sottoscrizioni o dimissioni), l'incarico risulterà estraneo alla disciplina del D. Lgs n. 50/2016 e sarà soggetto alle disposizioni dell'articolo 7 comma 6 del D. Lgs n. 165/2001, con obbligo di inoltrare alla Sezione di controllo degli atti determinativi comportanti per l'amministrazione una spesa superiore ai cinquemila euro, giusta il disposto dell' art. 1 comma 173 della L. n. 266/2005 [...]” (Corte dei Conti, sez. contr. Piemonte, 15 marzo 2021, n. 54).

Stando ai profili maggiormente controversi, in primo luogo, relativamente al criterio di economicità, può assumersi come indicativa l'impostazione delle linee guida dell'ANAC - recentemente condivisa dalla menzionata Cons. Stato n. 2084/2023, attraverso la censura della logica draconiana del "prezzo più basso" - secondo le quali "*il risparmio di spesa non è il criterio di guida nella scelta che deve compiere l'amministrazione*". Sicché, tenuto conto delle riflessioni sull'equo compenso, anche sotto questo profilo può ritenersi che la valutazione di congruità debba preferibilmente ancorarsi ai parametri ministeriali (richiamati pure dall'Autorità); e che, nel caso in cui l'amministrazione scelga di esperire una procedura selettiva, debba essere, comunque, escluso il criterio del prezzo più basso, analogamente al criterio arguibile per gli appalti dall'art. 95, c. 3, lett. b, d.lgs. 50/2016. E ciò, può valere, dunque, per ridimensionare le interpretazioni più "lassiste" sul tema del *dumping* professionale⁽²⁹⁾.

Destà, invece, maggiori incertezze il profilo delle modalità di conferimento, al fine di dare attuazione ai principi di trasparenza, imparzialità, proporzionalità e pubblicità; venendo, in particolare, in rilievo da tale prospettiva il tema dell'obbligo (o meno) di dare corso a una procedura comparativa.

In generale, gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa - seppur con diverse sfumature - restituiscono un'indicazione di *favor* per le procedure comparative; impostazione questa che segue una diffusa linea tendenziale nel nostro ordinamento, che trova massima espressione nelle linee guida dell'ANAC, nelle quali, per esempio, anche laddove s'indica quale *best practice* per i servizi esclusi quella della "*costituzione di elenchi di professionisti*", essa non viene, comunque, descritta come "autoportante" ai fini del conferimento, ma soltanto finalizzata a restringere "*il confronto concorrenziale al momento dell'affidamento, con effetti positivi in termini di maggiore celerità dell'azione amministrativa*". Nello stesso senso possono collocarsi, tra gli altri, pure le lasche affermazioni contenute nell'arresto assunto come iniziale punto di osservazione, per quanto in tal caso il Consiglio di Stato abbia fatto riferimento soltanto a un vincolo di predeterminazione dei criteri di affidamento e a una generica procedimentalizzazione "*in grado di assicurare nel contempo l'imparzialità ed il buon andamento, ex art. 97 Cost, oltre che la trasparenza dell'agere amministrativo ed il rispetto del principio di buona fede*".

Tale approccio poggia, evidentemente, sulla tesi secondo cui - anche a prescindere dal valore economico dell'incarico - "*L'affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici è possibile, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, solo in presenza di specifiche ragioni logico-motivazionali che devono essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre*"⁽³⁰⁾; con una tipizzazione dei presupposti e delle fattispecie nelle stesse linee guida.

Pur tuttavia, la tesi della natura meramente residuale e tipizzata degli affidamenti diretti degli incarichi legali *de quibus* non trova un solido ancoraggio normativo ed è il frutto di un retaggio di *gold plating*. Nel senso che, logicamente, un conto è l'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 4 del codice dei contratti pubblici; un altro è, invece, assumere che l'attuazione degli stessi possa (e debba) avvenire soltanto nell'ambito di una procedura comparativa.

Ed è anche per questo che nell'ordinamento si rinvengono indicazioni dissonanti, spe-

29 Come quella di TAR Milano cit., che ha escluso l'illegittimità dell'affidamento di un incarico di patrocinio in giudizio secondo il criterio del prezzo più basso, sostenendo che "*La censura è comunque inconferente in un confronto competitivo come quello in oggetto, in cui la qualità della prestazione è assicurata a monte dalla comprovata professionalità e dalla specifica competenza dei professionisti invitati a presentare i preventivi, e la prestazione di mezzi richiesta non si presta ad essere svolta con caratteristiche metodologiche differenziate, meritevoli di una peculiare valutazione in relazione al compenso offerto*".

30 Linee guida ANAC n. 12/2018, § 3.1.4.

cie negli orientamenti della magistratura contabile, che in alcune decisioni relative ai servizi di patrocinio legale ha rammentato che *“l’incarico avviene ‘intuitu personae’, e legato alla necessità contingente dell’ente pubblico, mediante un contratto d’opera intellettuale sottratto alle procedura di evidenza pubblica”*⁽³¹⁾. Ciò, perfino nell’ipotesi di numero *“abnorme di mandati [...] ai medesimi avvocati per un numero significativo di anni (almeno un quinquennio [...]”*; circostanza questa che - al di là del fatto che il principio di rotazione non è richiamato per i contratti esclusi (neanche nel nuovo codice dei contratti pubblici) - *“non comporta [...] una modifica della natura giuridica del patrocinio legale”*; per cui, in definitiva, l’incarico di tipo *“giudiziale”* è *“escluso dalla disciplina della gara pubblica in quanto coperto dal rapporto fiduciario e di riservatezza che caratterizza questi incarichi [...]”*⁽³²⁾. Si tratta di indirizzi che fanno opportunamente leva sulla specialità dell’attività di patrocinio e di rappresentanza in giudizio (che da tale punto di vista potrebbe, quindi, assurgere a sottospecie dei servizi legali c.d. esclusi), caratterizzata in modo peculiare dall’elemento fiduciario.

Da tale prospettiva appare, dunque, condivisibile l’impostazione che - in contrapposizione agli indirizzi della prevalente magistratura amministrativa e dell’ANAC - segnala che *“[...] una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all’art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l’azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali”*⁽³³⁾.

Peraltro, questa interpretazione trova - per analogia - conforto nelle semplificazioni introdotte in materia di affidamenti degli appalti c.d. *“sotto soglia”* (art. 36, d.lgs. 50/2016); nel senso che sarebbe chiaramente illogico consentire - per importi inferiori a 40.000 euro - l’affidamento diretto *“anche senza previa consultazione di due o più operatori economici”* dell’appalto di un servizio legale, ma limitarlo a ipotesi residuali per gli incarichi di patrocinio, sebbene *“esclusi”*.

Senza contare, inoltre, la presa di posizione sul tema della Corte di Giustizia europea che, in sede di rinvio pregiudiziale sull’art. 10 della direttiva 2014/24/UE, nel ribadire la specialità del *“servizio di rappresentanza legale [...] ma anche la consulenza legale fornita nell’ambito della preparazione o dell’eventualità di un siffatto procedimento”*, per ciò esclusi dall’ambito di applicazione del diritto derivato degli appalti, ha significativamente riconosciuto che *“Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell’ambito di un rapporto intuitu personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza. Orbene, da un lato, un siffatto rapporto intuitu personae tra l’avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare. Dall’altro, la riservatezza del rapporto tra avvocato e cliente, il cui oggetto consiste [...] tanto nel salvaguardare il pieno esercizio dei diritti della difesa dei singoli quanto nel tutelare il requisito secondo il quale ogni singolo deve avere la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato [...] potrebbe essere minacciata dall’obbligo, incumbente sull’amministrazione aggiudicatrice, di precisare le condizioni di attribuzione di un siffatto appalto nonché la pubblicità che deve essere data a tali condizioni”*⁽³⁴⁾.

31 Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio, 16 ottobre 2018, n. 521.

32 Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio, 27 novembre 2019, n. 584. Sebbene nella medesima decisione si dia, altresì, atto, contraddittoriamente, che, comunque, sussista *“il problema della scelta dei legali effettuata senza alcuna procedura comparativa e senza trasparenza”*, viepiù a fronte dell’autovincolo costituito nella fattispecie dall’istituzione di un albo.

33 Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 8 giugno 2021, n. 509.

34 CGUE 6 giugno 2019, C-264/2018, §§ 35-38; ma in precedenza, nello stesso senso, v. già CGUE 18 maggio 1982, C-155/1979.

5. Riflessioni conclusive.

L'analisi dei formanti permette, dunque, di affermare che, relativamente all'equo compenso, gli indirizzi del legislatore sembrano condividere e sviluppare le precomprensioni degli approdi della magistratura amministrativa, confermando - più o meno consapevolmente - una timida evoluzione *pro labour* dell'assetto ordinamentale; che pare, quindi, arrestare la deriva dell'equiparazione funzionalista tra professione e impresa, tradizionalmente tramandata - sino a tempi recenti - dalla giurisprudenza prevalente della Corte di Giustizia, dalla Commissione europea e dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato⁽³⁵⁾.

Pur tuttavia, per gli appalti c.d. "sotto soglia" dei servizi legali (inclusi), per effetto del nuovo codice dei contratti pubblici, può preconizzarsi il profilarsi di un "corto circuito" sul versante dell'applicazione del criterio di economicità, a fronte dell'introduzione della facoltatività del criterio di aggiudicazione. Nel senso che se, nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, per i servizi di natura intellettuale l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa era obbligatorio per un importo pari o superiore a 40.000 euro, esso, in base al combinato disposto degli artt. 50, c. 4 e 108, c. 2, lett. b, diverrà adesso vincolante soltanto sopra la soglia di 140.000 euro. E ciò, sebbene l'eventuale opzione per il criterio del prezzo più basso per le procedure relative alle prestazioni intellettuali sotto soglia rischia logicamente di ingenerare un *loop* con la regola dell'equo compenso.

Tale antinomia intrinseca costituisce un *quid novi*, sia perché nel d.lgs. 50/2016 non era presente la garanzia di cui all'art. 8 del nuovo codice; sia perché il significativo innalzamento delle soglie fa sì che il potenziale ambito di applicazione del massimo ribasso risulti più esteso, intercettando un'ampia fetta del mercato dei servizi legali, che rischia di restare ad appannaggio dei soli operatori di maggiori dimensioni.

Allo stesso tempo, però, l'effetto di *deregulation* indotto dall'innalzamento delle soglie e dalla liberalizzazione dell'affidamento diretto rafforza le conclusioni sull'assenza di un obbligo di gara per i servizi esclusi (specie, come detto, per quelli di patrocinio), sulla base di un argomento *a fortiori* e sulla scorta dell'orientamento della Corte di Giustizia dell'UE. E tale rinvirgamento dovrebbe innescare il superamento delle tesi più draconiane - della giurisprudenza amministrativa e dell'ANAC - sulle modalità di affidamento, sostenendo l'aspirazione delle pubbliche amministrazioni a una semplificazione delle procedure, puntando più ragionevolmente sulla *best practice* degli elenchi quale soluzione di bilanciamento secondo il canone di proporzionalità.

35 Si noti come l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato aveva fatto pervenire alle Camere una segnalazione, approvata il 24 novembre 2017, di contrarietà alle disposizioni sull'equo compenso, considerate una forma di surrettizia reintroduzione dei minimi tariffari (AGCM, AS 1452 - Misure contenute nel testo di conversione del decreto legge 148/2017). Per una ricostruzione delle riforme che, nel recente passato, hanno investito il mercato dei servizi professionali e gli ordinamenti professionali, v. G. COLAVITTI, *La Libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012.

IN HOUSE

L'affidamento *in house* al tempo della transizione

SOMMARIO: 1. L'attualità del tema. 2. Dati economici di contesto. 3. L'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici tra diritto positivo e applicazione giurisprudenziale. 4. La tenuta del quadro legislativo vigente: profili di diritto eurounitario. 5. La questione costituzionale. 6. L'affidamento *in house* di diritto speciale. 7. Tendenze ordinamentali in atto. 8. Conclusioni

DI GIUSEPPE URBANO

ABSTRACT: Il contributo analizza l'evoluzione dell'*in house*, soffermandosi in particolare sull'istituto come opzione amministrativa ossia come modalità di affidamento di un servizio in appalto o in concessione.

Le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa o perlomeno meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento.

Al contempo, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – da quelli giurisprudenziali a quelli legislativi in senso stretto per finire agli interventi di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft law* – e non sempre nella stessa direzione.

Attualmente, nel moto pendolare tipico degli istituti dell'intervento pubblico nell'economia, la transizione in atto legata agli ambiziosi obiettivi realizzativi del PNRR colloca l'*in house* in una fase di ascesa, sia pure dai contorni non definiti.

Le recenti riforme sugli appalti e sui servizi pubblici locali confermano questo quadro non univoco. Da un lato, la riforma sugli appalti sembra valorizzare l'*in house* come opportunità organizzativa utile al "risultato". Il nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali, ispirato a una matrice "proconcorrenziale" più forte, sembra invece comprimerlo in linea con la direttrice legislativa tradizionale.

ABSTRACT: *The essay analyses the evolution of the in house providing institution as an administrative option, i.e. as a way of awarding a service by contract or concession.*

The so called "in house companies" have in fact retained a considerable role in the economy, especially at local level. In this respect, there is a different trend from the restrictive guidelines set out in the legislative provisions.

At the same time, the institution continues to be the subject of interventions of various kinds and intensity (jurisprudential, legislative in the strict sense and persuasive or soliciting interventions, so-called soft law) and not always in the same direction.

Currently, in the pendulum motion typical of the institutions of public intervention in the economy, the transition underway, linked to the objectives of the National Recovery and Resilience Plan, places the in house institution in a phase of ascent, although with undefined contours.

The recent reforms of public procurement and local public services confirm this mixed picture. On the one hand, the public procurement reform seems to value the in house institution as an organisational opportunity useful to the "result". The new legislation on local public services, inspired by a stronger "pro-competitive" basis, seems instead to compress it in line with the traditional legislative direction.

1. L'attualità del tema

L'evoluzione del modello della società *in house*, al pari di altri istituti che riguardano l'intervento pubblico nell'economia, è stato caratterizzato nel corso del tempo da un andamento sinusoidale di ascese e declini⁽¹⁾.

Perlomeno nella loro conformazione astratta, le restrizioni poste dall'ordinamento sono giunte al punto che qualche osservatore aveva pessimisticamente intonato il *de profundis* dell'istituto⁽²⁾.

In realtà, le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa, o perlomeno, meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento⁽³⁾. La "resistenza" fattuale alle prescrizioni è, comunque, un tema più generale che riguarda tutte le società a partecipazione pubblica⁽⁴⁾.

Al contempo, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – da quelli giurisprudenziali a quelli legislativi in senso stretto per finire agli interventi di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft*

1 L'espressione è mutuata da M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubb.*, 2004, 1035 e ss., che descrive il bilancio e le prospettive di un altro modello di riferimento dell'intervento pubblico nell'economia, quello delle Autorità indipendenti. Si tratta di un andamento tipico di vari istituti, cangianti a seconda degli orientamenti culturali e politici prevalenti e condizionati in parte da ideologie o più in generale da tendenze dell'opinione pubblica. Con specifico riferimento alle società *in house* il carattere "altalenante" della disciplina è stato analizzato, tra gli altri più recenti, da: A. DI SCIASCIO, *In house providing, società pubbliche, joint venture e affidamenti ad imprese collegate*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici*, 2021, 243 e ss.; H. BONURA E M. VILLANI, *Ancora sulle eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2020. Altri studiosi hanno utilizzato espressioni ancor più marcate per enfatizzare le fughe in avanti e i passi indietro dell'ordinamento. Tra gli altri, più di recente, C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? Lart. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *www.federalismi.it*, 2019. È in corso un dibattito generale sul ruolo dello Stato nell'economia, che ha condotto già a una copiosa produzione scientifica. Tra gli altri, più di recente, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma, 2022*; P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere, il ritorno dello Stato*, 2021; A. BOITANI, *L'illusione liberista, critica all'ideologia di mercato*, 2021. Con specifico riferimento al ruolo dell'impresa pubblica e della società *in house* rispetto all'evoluzione ordinamentale in corso: S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *www.federalismi.it*, 2020, che vede un possibile ruolo da protagonista per l'impresa pubblica in un nuovo modello di mercato. Per un'analisi giuridica delle discontinuità registrate nella legislazione più recente sul PNRR: C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 751 e ss.; A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2022, 298 e ss.; G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, in *Gior. dir. amm.*, n. 6/2022, 728 e ss.

2 A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house - Nota a CGCE 13 ottobre 2005 (causa C-458/03)*, in *Giust. Amm.*, 2005, 1061 e ss.

3 Il dato emerge dalla Relazione 2021 della Corte dei conti su "Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari", dove si evidenzia la "grande rilevanza" del fenomeno degli affidamenti diretti, in continuità con le analisi degli anni precedenti, e si auspica un maggior monitoraggio dell'effettività dei controlli. Si v. anche la Relazione AIR dell'ANAC relativa al recente schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", 9 (sul punto v. *infra* par. 7). Quest'ultima prende in considerazione anche i dati pubblicati dal Ministero dello sviluppo economico sui servizi pubblici locali, dai quali si ricava che il 50% degli affidamenti avviene in modo diretto e tale dato è pressoché costante negli anni. Per una "fotografia" più recente del sistema delle partecipate, v. il dossier del SERVIZIO PER IL CONTROLLO PARLAMENTARE della CAMERA DEI DEPUTATI, *Monitoraggio e controllo sulle società a partecipazione pubblica e ricognizione degli assetti organizzativi* n. 48, gennaio 2023.

4 Il programma di razionalizzazione delle partecipate locali elaborato dal Commissario straordinario per la revisione della spesa nel 2014 aveva come obiettivo la riduzione drastica delle circa 8 mila partecipate pubbliche all'epoca censite. Le misure ivi previste, sebbene in buona parte tradotte in previsioni legislative in particolare con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (dora in avanti anche "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", "Testo unico" o "TUSP"), non hanno però prodotto i risultati auspicati. Il numero di società e di partecipazioni, nonostante il calo registrato, rimane consistente (v. *infra* par. 2). A tal riguardo, il Ministero dell'economia e delle finanze rileva una diffusa violazione delle norme vigenti e in particolare "un'alta percentuale di partecipazione che [...] sono prive dei requisiti necessari per poter essere mantenute senza interventi di razionalizzazione" (Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche, 2021). In particolare, dal Rapporto si ricava che il 45% delle partecipazioni esaminate non rispettano uno o più parametri previsti dal Testo Unico e che tra queste, nel 75% dei casi, le amministrazioni hanno comunque dichiarato di non voler intraprendere alcuna misura di razionalizzazione (p. 4).

law⁽⁵⁾ – e non sempre nella stessa direzione.

Queste direttrici contrastanti vanno peraltro contestualizzate in un quadro più generale in cui a fluire è l'intera disciplina relativa agli affidamenti pubblici, con il nuovo Codice dei contratti pubblici⁽⁶⁾ e del Testo unico in materia di servizi pubblici locali⁽⁷⁾.

Come si avrà modo di analizzare più in dettaglio, le richiamate norme di riforma si innestano in un contesto ordinamentale condizionato dalle pressanti esigenze realizzative del PNRR⁽⁸⁾. In questo quadro, il legislatore sembra valorizzare ogni possibile strumento organizzativo utile e, tra questi, anche gli istituti – come l'*in house* – che potremmo definire di autorganizzazione amministrativa o anche quelli di interazione amministrativa⁽⁹⁾.

Peraltro, in modo più accentuato rispetto alle esperienze di riforma del passato, sembra emergere, perlomeno nella riforma della disciplina sui contratti pubblici, un

5 Il riferimento è in particolare alle Linee Guida dell'ANAC, la cui natura giuridica è, peraltro, controversa o comunque eterogenea a seconda dell'ambito materiale di intervento. Sul ruolo dell'ANAC in materia: M. CORRADINO E C. CHIARIELLO, *Le società in house e i compiti attribuiti all'ANAC*, in M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATTI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI (a cura di), *Le società in house*, 2020, 195 e ss. Sul tema generale della dilatazione della potestà regolatoria delle pubbliche amministrazioni e sui nuovi strumenti di regolazione: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il MULINO, 2022, 96 e ss. Con riferimento specifico alle Linee Guida dell'ANAC, tra i più recenti, U. FRANGIPANE, *La controversa natura giuridica delle linee guida Anac*, 2022; G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione: soft law with hard effects*, in www.amministrazioneincammino.it, 2020; F. TAORMINA, *Il d.lgs. n. 50 del 2016: principi generali. Ambito di applicazione ed esclusioni. Natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2017, 743; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli? in Dir. amm.*, n. 3/2016, 273 e ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustiziainamministrativa.it, 2016. Nel caso delle Linee Guida sull'istituto dell'*in house*, la fonte legittimante generica è l'art. 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (d'ora in avanti anche "Codice dei contratti pubblici"). Secondo gli approdi della giurisprudenza (v., tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. consult., 7 ottobre 2021, n. 1614; Id, 29 luglio 2019, n. 2189 e 1° aprile 2016, n. 855), le Linee Guida adottate sulla base della sopra indicata disposizione sono atti privi di efficacia normativa vincolante, nascenti da iniziative discrezionali dell'ANAC.

6 D. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78.

7 D. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in attuazione dell'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).

8 L'attuazione del PNRR sta registrando effetti espliciti, che rispondono agli impegni di riforma assunti in sede di negoziazione con la Commissione europea. Si pensi alla riforma cd. "orizzontale" della pubblica amministrazione o a quella "abilitante" degli appalti pubblici che sono spiccatamente orientate alla visione pragmatica del risultato. A tal riguardo, come si vedrà, il nuovo Codice dei contratti pubblici elaborato in attuazione della richiamata legge delega n. 78/2022 ha conferito dignità giuridica proprio al principio innovativo del "risultato" (art. 1), v. *infra* par. 7. Sugli effetti ordinamentali dell'attuazione del PNRR, L. R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, n. 4/2022, 441 e ss.; M. FERRANTE, C. GUCCIONE, A. SERAFINI, *Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2021; R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 729 e ss.; C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 751 e ss. L'attuazione del PNRR ma anche effetti impliciti. I meccanismi di funzionamento delle amministrazioni e più in generale delle istituzioni si stanno adeguando agli obiettivi temporali imposti, rendendo possibile l'adozione di provvedimenti complessi, verso i quali l'ordinamento aveva mostrato in passato evidenti sintomi di riluttanza. Sull'adozione della legge annuale sulla concorrenza, A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022, 581 e ss., che parla di una "rete di sicurezza" derivante dal PNRR. Sul rapporto tra PNRR e poteri dello Stato: R. PEREZ, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022; N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, n. 7/ 2022; R. CHIEPPA, *Prefazione*, in D. BOLOGNINO - H. BONURA - A. STORTO *I contratti pubblici e il processo amministrativo dopo il decreto semplificazioni-bis*, 2021, III ss.

9 L'autorganizzazione amministrativa è riferibile ai rapporti, come l'*in house*, che sono interorganici, ma non intersoggettivi. L'interazione amministrativa si riferisce ai rapporti intersoggettivi tra diverse pubbliche amministrazioni, come gli accordi di cooperazione.

approccio essenzialista alla regolazione⁽¹⁰⁾.

In questo contesto, non si può escludere che l'*in house*, generalmente inteso come istituto di confine tra l'autorganizzazione amministrativa e il mercato, tra la libera autodeterminazione strumentale e l'efficienza dell'azione amministrativa⁽¹¹⁾, possa conoscere nuove fluttuazioni ed eventualmente un diverso punto di equilibrio, condizionato dalle esigenze di speditezza ed efficacia realizzativa dell'azione amministrativa, che in questo momento sembrano avere un'accentuazione nell'ordinamento.

Gli studi sulle società *in house* si sono focalizzati in passato sul perimetro dell'istituto⁽¹²⁾. Quest'ultimo è stato delineato dapprima dalla giurisprudenza europea⁽¹³⁾ e più di recente è stato trasposto in sede normativa con le Direttive europee sui contratti pubblici⁽¹⁴⁾.

Nell'ordinamento italiano, per via della restrittività della disciplina dell'istituto, che ha posto limiti sostanziali e oneri procedurali di vario tipo, dal rafforzamento della trasparenza alla qualificazione dell'obbligo di motivazione⁽¹⁵⁾, l'analisi si è concentrata anche sull'*in house* come opzione amministrativa e, in particolare, come modalità di affidamento di un servizio in appalto o in concessione.

Il presente contributo si focalizza su quest'ultimo profilo sia per la sua rilevanza nelle questioni applicative più recenti sia perché costituisce l'oggetto principale dei fermenti ordinamentali in atto.

2. Dati economici di contesto

La dimensione economica del tema può essere esaminata guardando anzitutto al ruolo che le società *in house* hanno nel sistema economico.

Al momento non esistono indagini o rapporti, né di istituzioni pubbliche né di soggetti privati, rivolti in modo specifico alle società *in house*, per cui i dati che seguono sono ricavati, ove possibile, dalle analisi più generali svolte sulle società a parteci-

10 La legge delega sugli appalti pubblici reca, tra gli altri il criterio direttivo di dover "assicurare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse" (art. 1, comma 2, lett. a). Come si vedrà, sussistono argomenti per ritenere che il criterio direttivo in esame possa essere letto in modo più restrittivo rispetto a norme di delega del passato apparentemente dello stesso tenore (v. *infra* par. 7).

11 Sul complesso quadro assiologico in cui si innesta l'istituto dell'*in house*, C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing?*, cit., 5. Sulle direttrici della disciplina sulle società a partecipazione pubblica sia consentito il rinvio a un contributo che, al di là dell'evoluzione del diritto positivo, rimane attuale nell'inquadramento di fondo: G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.

12 Rimane un punto di riferimento in materia lo scritto di M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2010. Il tema conserva comunque attualità come dimostrano alcuni scritti recenti. Tra gli altri, G. RUBERTO, *la disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 2021; G. CAIA, *La società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, n. 3/2020, 457 e ss. V. anche il lavoro monografico già citato, curato da M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, *Le società in house*, e in particolare i contributi di F. FRACCHIA e S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto Ue (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, 5 e ss.; M. ANTONIOLI, *I requisiti necessari per gli affidamenti in house. Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal Codice dei contratti al Testo unico delle società pubbliche)*, 75 e ss.; V. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, 8 e ss.

13 Sugli approdi dell'evoluzione giurisprudenziale alla vigilia della positivizzazione eurounitaria del 2014 si rinvia a G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 2012. Più di recente: M. TRIMARCHI e R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, n. 3/2022, 426 e ss.

14 Direttive 2014/23/UE sull'affidamento delle concessioni, 2014/24/UE sull'affidamento degli appalti pubblici e 2014/25/UE sull'affidamento degli appalti pubblici nei cd. settori speciali.

15 Il riferimento in particolare è all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, che ha disposto una disciplina speciale dell'affidamento *in house* e sul quale si ritornerà in modo più puntuale nel prosieguo del contributo.

pazione pubblica e, in particolare, su quelle a controllo pubblico⁽¹⁶⁾.

Inoltre, molti documenti di analisi si basano su canali di rilevamento differenti e presentano categorie rappresentative disomogenee, i cui esiti spesso non sono immediatamente conciliabili⁽¹⁷⁾.

In base agli ultimi dati disponibili (2019), si registrano 8.175 “unità economiche” partecipate dal settore pubblico con 932.714 addetti impiegati, pari al 4% degli occupati totali⁽¹⁸⁾. Rispetto al 2015, il numero delle unità economiche è in calo, ma in crescita con riferimento agli addetti impiegati⁽¹⁹⁾.

Nell’ambito delle unità economiche, le società a partecipazione pubblica ammonterebbero a 5.444 e le partecipazioni societarie a 39.748⁽²⁰⁾, registrando una decisa diminuzione rispetto al passato⁽²¹⁾.

L’intensità della partecipazione riscontrabile è eterogenea. A tal riguardo, più della metà risulta controllata (e, spesso, al 100%); in un numero significativo di casi la partecipazione è, al contrario, marginale (in circa 1 caso su 10 la partecipazione è inferiore all’1%)⁽²²⁾.

Non è specificato il numero degli occupati, ma considerando le imprese pubbliche attive nei settori dell’industria e dei servizi (il dato include, dunque, le imprese attive nei servizi pubblici e nelle attività strumentali) il numero è pari a 895.075⁽²³⁾.

La maggior parte delle società a partecipazione pubblica appartengono agli enti

16 Peraltro, i dati sono ricavati da obblighi dichiarativi previsti dalla legge in capo alle amministrazioni, per cui scontano un margine di imprecisione legato all’inadempimento (il tasso di adempimento è pari a circa l’80% con riferimento ai canali monitorati dal MEF, v. *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 5 e ss.). Si tratta, comunque, di dati prossimi alla realtà effettiva, essendo molto alto il tasso di adempimento delle amministrazioni più rilevanti (Ministeri ed enti territoriali più rappresentativi). L’inadempimento dichiarativo maggiore è associato a situazioni locali (Unioni di comuni ed enti territoriali minori) prive di situazioni rilevanti ai fini legali e, dunque, non tali da incidere nella rappresentazione del fenomeno.

17 Il Rapporto annuale del MEF si basa, da un lato, sul censimento previsto dall’art. 17 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e, dall’altro, sulle informazioni previste dalla disciplina sulla razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche di cui all’art. 20 del richiamato Testo Unico. Diverso è l’ambito soggettivo (il TUSP è calibrato sulle pubbliche amministrazioni in senso stretto il cui perimetro è previsto dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2021, mentre il censimento è basato sull’elenco ISTAT) e oggettivo (il TUSP riguarda le partecipazioni societarie, mentre il censimento si riferisce anche alle partecipazioni non societarie). Le rilevazioni dell’ISTAT si basano su una nozione molto ampia di “partecipazione” e include in particolare anche quelle in enti in cui non è previsto il possesso di quote. Oltre alle società di capitali, dunque, vengono rilevate le partecipazioni in associazioni, fondazioni, consorzi di diritto pubblico, ecc. L’ISTAT utilizza inoltre un sistema integrato di dati che prende in considerazione, oltre alle fonti speciali *ad hoc* sopra richiamate, anche le informazioni rese alla CONSOB, il Registro delle imprese gestito dalle Camere di commercio e le informazioni desumibili dai bilanci civilistici e consolidati delle società di capitali (v. *Nota metodologica, Report sulle partecipazioni pubbliche in Italia*, 2022, 9 e ss.). Alcuni Rapporti presentano ambiti di valutazione soggettivamente differenziati al loro interno. A tal riguardo, ad esempio, la Relazione 2021 della Corte dei conti già richiamata limita l’analisi specifica della gestione economica alle sole società a controllo pubblico.

18 ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit., 2. In base alle ultime rilevazioni ISTAT (luglio 2022), il numero di occupati totali in Italia ammonta 23,2 milioni: cfr. ISTAT, *Occupati e disoccupati (dati provvisori)*, settembre 2022.

19 Nel 2015 le unità economiche partecipate dal settore pubblico erano 9.655 e impiegavano 882.012 addetti: cfr. ISTAT, *Le partecipate pubbliche in Italia*, 2017, 1.

20 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, 2022, 11. I dati elaborati si riferiscono al 2019.

21 Nel 2015 sono state rilevate 9.465 partecipate e 56.905 partecipazioni: cfr. MEF, *Rapporto sulle partecipazioni pubbliche*, 2017, 1. Rispetto al 2015, sono diminuite in modo drastico le società a partecipazione pubblica (-42%) e le partecipazioni societarie (-30,2%), ma, se si considerano i dati più generali dell’ISTAT, è rimasta meno accentuata la diminuzione complessiva dell’iniziativa economica degli enti pubblici anche attraverso altri organismi (-15,3%). È di segno opposto, in crescita, la sua rilevanza in termini di occupati (+5,7%).

22 S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Quaderni di economia e finanza di Banca d’Italia, luglio 2020, 5.

23 ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit. Altre rilevazioni registrano valori ancora maggiori (più di 1 milione), ma il perimetro della rilevazione è molto ampio: S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, op. cit., 5. Il dato si riferisce alle partecipate in senso lato e include anche enti non societari.

territoriali⁽²⁴⁾. I Comuni posseggono la maggior parte delle partecipazioni censite e sono presenti nella maggior parte delle società rilevate⁽²⁵⁾.

Anche per le società partecipate dagli enti territoriali non si ha un numero di addetti, ma considerando le imprese attive nei settori dell'industria e dei servizi il numero è pari a 431.216 (quasi la metà del totale)⁽²⁶⁾. Tra questi, poco più della metà sono dipendenti di società a controllo pubblico⁽²⁷⁾.

Incrociando i dati disponibili, sebbene non esista una rilevazione dedicata, è verosimile ritenere che una buona parte delle società controllate al 100% sia qualificabile come società *in house*⁽²⁸⁾. Questa conclusione consente di ricavare – sebbene in modo più indefinito – la rilevanza dell'istituto anche sotto il profilo occupazionale.

Inoltre, da una rielaborazione dei dati presenti nel registro dell'ANAC, si può ritenere che valgano tendenzialmente per le società *in house* alcuni dati ricavati sull'insieme più generale delle società a partecipazione pubblica⁽²⁹⁾.

In particolare, sono in crescita le società *in house* a controllo congiunto. Il dato è correlato alle iniziative dei Comuni più piccoli. Le amministrazioni centrali e le altre grandi amministrazioni sono maggiormente caratterizzate da un rapporto unitario tra partecipazioni e partecipate *in house*⁽³⁰⁾.

Un secondo dato riguarda la forma societaria. La società a responsabilità limitata e la società per azioni sono le tipologie prevalenti. Il restante è distribuito tra società consortile e società cooperativa⁽³¹⁾. Con riferimento alla tipologia di attività, le società *in house* operano in parte nell'ambito dei servizi pubblici e in parte nell'ambito dei servizi strumentali. Molte società hanno invero un oggetto promiscuo.

Questo dato non coincide con quello generale sulle società a partecipazione pubblica, le quali tutt'ora, nonostante i limiti normativi, continuano in una parte significativa ad operare sul libero mercato o comunque su ambiti rispetto ai quali l'interesse pubblico sembra impercettibile⁽³²⁾.

Con riferimento alle attività affidate, su un totale di 18.251 affidamenti (corrispondenti a un impegno annuale pari a poco più di 11 miliardi di euro) relativi a tutti gli

24 Le società partecipate dagli enti territoriali ammonterebbero a 4.880 (Corte dei conti, Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari, Relazione 2021, pp. 2 e 66) nell'ambito di un numero complessivo di organismi partecipati dagli stessi enti pari a 7.154 (*ibidem*, p. 66).

25 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 11. I Comuni posseggono 33.052 partecipazioni (83,2%) e sono presenti in 3.688 società (67,7%), le loro Unioni e le Comunità montane hanno 874 partecipazioni (2,2%) e sono presenti in 397 società (7,3%), le Province e le Città metropolitana registrano 953 partecipazioni (2,4%) e partecipano in 801 società (14,7%), le Regioni hanno 702 partecipazioni (1,8%) e partecipano in 679 società (12,5%). Le residue partecipazioni sono detenute dalle amministrazioni "centrali" e da altre amministrazioni operanti a livello locale (Università, Camere di commercio e loro Unioni, Enti locali del servizio sanitario, autorità portuali e altre amministrazioni locali).

26 Il 48,2% del totale di riferimento: ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit. Il dato riflette un tendenziale storico costante come emerge da: European Commission, *Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 3.

27 Gli addetti delle società a controllo pubblico risultano poco più della metà 233.631: Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 96.

28 Nell'elenco detenuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 192, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, risultano 751 iscritte e 444 in fase istruttoria per un totale di 1383 (ANAC, Relazione AIR allo schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", cit., 10).

29 I dati sono ricavati su un campione di 100 società *in house* iscritte nell'elenco ANAC in anni diversi, rispetto alle 751 totalmente iscritte ad oggi.

30 Rispetto al campione riportato, circa la metà risultano a controllo congiunto. La conclusione riflette un'osservazione più generale riferita a tutte le società a partecipazione pubblica: MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 10.

31 Anche questo dato riflette tendenzialmente quello generale: MEF, *op. ult. cit.*, 12.

32 MEF, *op. ult. cit.*, 33 e ss., dove si rileva che circa il 18,9% delle partecipazioni riguarderebbe attività diverse da quelle consentite dagli artt. 4 e 26 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Anche questo dato riflette un tendenziale storico costante: European Commission, *Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 3.

organismi partecipati dagli enti territoriali, le procedure di affidamento diretto sono complessivamente 16.963 (circa il 93%) per un impegno finanziario pari a 9.5 miliardi di euro⁽³³⁾. Preponderante è la quota di servizi pubblici (circa il 64%) dove spiccano in misura ancora maggiore e, anzi, quasi esclusivamente, gli affidamenti diretti.

La rilevanza degli affidamenti *in house* è confermata anche se si considerano gli affidamenti alle sole società partecipate (non tutti gli organismi partecipati) degli enti locali come fa il MEF. In particolare, si registrano 14.027 affidamenti, che riguardano 2.259 società partecipate con la medesima percentuale di affidamenti diretti (93%)⁽³⁴⁾.

Quest'ultimo dato rivela, da un lato, che più amministrazioni possono aver affidato servizi alla medesima società o che una stessa amministrazione può affidare diversi servizi alla stessa partecipata, come accade nel caso delle società multiservizi.

La maggior parte degli affidamenti sono disposti dai Comuni⁽³⁵⁾, peraltro in tutti i settori di attività, incluso quello primario. In prevalenza affidano servizi ricadenti nel settore secondario (il 62% dei servizi affidati dagli stessi) e, in particolare, servizi pubblici aventi ad oggetto la fornitura di energia elettrica, del gas, dei servizi idrici e della gestione dei rifiuti⁽³⁶⁾.

Le Regioni, le Province e le altre amministrazioni locali affidano alle società partecipate servizi che in netta prevalenza ricadono nel settore terziario. Si tratta, in particolare, di servizi erogati a supporto delle proprie funzioni istituzionali (ad es. attività professionali, scientifiche e tecniche, servizi di supporto alle imprese, servizi di informazione e comunicazione)⁽³⁷⁾.

Questi ultimi dati sono ricavati dalla generalità degli affidamenti, ma considerata l'altissima percentuale di affidamenti diretti rilevati rispetto al totale complessivo, si possono correlare tendenzialmente anche a questi ultimi.

Il ruolo delle società *in house* nell'economia non esaurisce la dimensione del tema. Infatti, un'altra prospettiva di osservazione è quella soggettiva interna di economia aziendale. Si tratta principalmente dei dati di gestione attinenti alla performance economico-finanziaria.

La percentuale di imprese pubbliche che registrano una perdita è pari quasi al 20% tra le controllate (a fronte del 30% per cento tra le partecipate)⁽³⁸⁾. La quota di imprese che registrano un utile è aumentata significativamente e progressivamente nel corso dell'ultimo decennio⁽³⁹⁾.

Una quota rilevante, pari al 9,79%, ha avuto un risultato economico negativo in almeno 4 degli ultimi esercizi⁽⁴⁰⁾.

Il livello di profittabilità delle imprese pubbliche è ugualmente basso sia per le società controllate sia per quelle meramente partecipate. L'incidenza del costo del lavoro rispetto al fatturato è alta, con un'accentuazione per le società a controllo pubblico. Quest'ultimo risultato riflette sia una maggiore quantità di input lavoro utilizzata nelle controllate (numero di dipendenti in rapporto al fatturato) sia retri-

33 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 148.

34 MEF, *op. ult. cit.*, 16. La percentuale è riferita agli affidamenti e non alle società. Gli affidamenti con gara sono il 6% e quelli con gara a doppio oggetto solo l'1%

35 MEF, *op. ult. cit.*, 17. Rispetto agli affidamenti totali alle partecipate locali (14.027), 12.677 risultano effettuati dai Comuni, 115 dalle Province e dalle Città metropolitane e 95 dalle Regioni.

36 MEF, *op. ult. cit.*, 17.

37 MEF, *op. ult. cit.*, 17.

38 S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, op. cit., 15. L'analisi è riferita alle società di capitali non finanziarie, controllate e partecipate, presenti nell'archivio di Cerved Group (che rappresentano quasi il 75% del totale). Si tratta di una caratteristica strutturale del sistema delle partecipate locali: v. *European Commission, Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 5.

39 S. MOCETTI e G. ROMA, *op. ult. cit.*, 15.

40 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 30.

buzioni in media più elevate⁽⁴¹⁾.

Alcuni dati più puntuali sono disponibili con riferimento alle controllate pubbliche degli enti territoriali.

L'aggregato degli utili è superiore a quello delle perdite (in rapporto pari 7 a 1), ma il dato non è omogeneo sul territorio. Infatti, in molte regioni del Sud e delle Isole, le perdite superano gli utili⁽⁴²⁾. In linea con il dato generale, il 23% delle società controllate è in perdita. In percentuale il numero delle società in perdita è maggiore nelle società strumentali (27,7%) rispetto a quello delle società che operano nei servizi pubblici locali (16,36%)⁽⁴³⁾.

Il valore medio di incidenza del costo del personale sul costo della produzione è pari al 20,39%, ma anche con riferimento a tale indicatore si riscontrano punte molto elevate in alcune regioni del Sud e nelle Isole⁽⁴⁴⁾.

Il valore della produzione per unità di personale copre di poco il costo della produzione, realizzando così un margine operativo lordo (MOL) minimo⁽⁴⁵⁾, sintomatico di una gestione economica poco efficiente. In alcuni casi (Molise e Calabria), peraltro, il costo unitario della produzione è maggiore del valore della produzione⁽⁴⁶⁾.

Non sono disponibili dati specifici sulle società *in house*, ma da alcune indagini è ricavabile una situazione in linea con quella delle società a controllo pubblico e, per certi versi, decisamente peggiore⁽⁴⁷⁾.

3. L'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici⁽⁴⁸⁾ tra diritto positivo e applicazione giurisprudenziale

Anche dopo la positivizzazione dell'istituto, sono rimaste frequenti le pronunce giurisprudenziali in materia.

Rispetto al passato, però, quando la giurisprudenza si è occupata prevalentemente di definire il perimetro dell'istituto, vale a dire dei suoi presupposti costitutivi⁽⁴⁹⁾, quella più recente è stata chiamata ad occuparsi della questione a monte della legittimità della normativa nazionale più restrittiva con riferimento alle modalità di affidamento di un contratto alla società *in house*.

In particolare, l'osservato speciale è stato l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici,

41 S. MOCETTI e G. ROMA, op. cit., 15-16. Il livello di profittabilità è dato dal rapporto tra risultato d'esercizio e fatturato ed è pari a 1,8%. L'incidenza del costo del lavoro rispetto al fatturato è pari al 18% per le partecipate e al 26% per le controllate.

42 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 92-93.

43 Corte dei conti, op. ult. cit., 95.

44 Corte dei conti, op. ult. cit., 93. Si registrano punte che superano il 38% nelle Regioni Abruzzo, Molise, Calabria e Sardegna e addirittura oltre il 53% nella Regione Sicilia, mentre la stessa incidenza risulta diffusamente meno elevata nelle Regioni delle aree Nord e Centro.

45 Il MOL (Margine operativo lordo) è un indicatore essenziale per verificare se l'impresa è in grado di generare ricchezza tramite la gestione operativa (differenza tra valore della produzione e costo della produzione) senza tener conto della gestione cd. non caratteristica, che include la componente finanziaria (interessi, svalutazione di partecipazioni, ecc.) e quella straordinaria (plusvalenze, minusvalenze, ecc.), oltre alle imposte.

46 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 94.

47 F. DE MATTEI, D. PREITE, S. ROCCA, F. STRIANI, *Società in house e performance economico patrimoniale: osservazioni sulla sostenibilità derivanti dall'analisi del trend di alcuni indici di bilancio*, Pavia University Press, vol. 11, n. 1, 2020, 1-23. Il dato peggiorativo sembra essere confermato anche dall'AGCM, Segnalazione S4143 relativa a "proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021", 36, dove si rileva che "soprattutto le società in house" si trovano in "forti difficoltà finanziarie" e che, di fatto, svolgono un ruolo di "ammortizzatori sociali impropri".

48 Il riferimento è al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che è abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023 per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito anche il "nuovo Codice dei contratti pubblici").

49 Si rinvia a G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, op. cit.; Per una ricostruzione più recente: F. FRACCHIA e S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto Ue (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, op. cit., 5 e ss.

che impone una motivazione specifica nella scelta dell'affidamento *in house* rispetto alla gara: in relazione ai contratti aventi ad oggetto “servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”⁽⁵⁰⁾, le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente “la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione” e dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento “delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

Per quanto traspaia in modo chiaro il fine ultimo perseguito dal legislatore, la disposizione presenta alcune criticità di *drafting* che non la rendono immediatamente intellegibile in sede applicativa.

A tal riguardo, la disposizione sembra richiedere la valutazione di congruità economica dell’offerta come momento preliminare e di autonomo valore giuridico, ma a ben vedere tale valutazione non può che essere parte della più generale evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Inoltre, l’utilizzo della congiunzione “nonché” ripetuta per due volte sembrerebbe fare riferimento a profili motivazionali aggiuntivi rispetto alla valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ma in realtà i profili richiamati (benefici per la collettività e ottimale impiego delle risorse pubbliche) sono aspetti intrinseci di tale valutazione.

La costruzione tecnicamente imperfetta della norma, con le ambiguità evidenziate, sembra avere un qualche riflesso nella giurisprudenza, dove si registrano alcune sfumature di orientamento.

In particolare, la rappresentazione unitaria e complessiva dell’obbligo di motivazione, ribadita in più occasioni dalla giurisprudenza⁽⁵¹⁾, conosce nella stessa giurisprudenza momenti di frammentazione legati, da un lato, al riferimento esplicito al carattere “preventivo” della valutazione sulla congruità economica dell’offerta del soggetto *in house*⁽⁵²⁾ e, dall’altro, a un’eccessiva enfattizzazione della dimensione duale dell’obbligo di motivazione: l’evidenza delle “ragioni di mancato ricorso al mercato” e l’indicazione dei “benefici per la collettività”⁽⁵³⁾.

In realtà, le obiettive incongruenze lessicali riscontrate dovrebbe favorire una lettura d’insieme basata sul senso complessivo della disposizione piuttosto che su una sua scomposizione letterale atomistica.

In questa prospettiva, il fattore dell’economicità o del costo del servizio non dovrebbe avrebbe un valore “preventivo” né più in generale privilegiato, ma andrebbe diluito nella valutazione complessiva previa ragionevole ponderazione rispetto agli altri fattori qualitativi o finalistici.

Rimane, comunque, da chiarire il tema più concreto dell’importanza del fattore economicità nell’ambito della motivazione più generale.

A tal riguardo, alcune pronunce affermano che tale fattore costituisce uno dei pilastri autonomi della motivazione e dunque deve sussistere cumulativamente agli altri

50 Sul significato dell’espressione: H. BONURA E M. VILLANI, *Ancora sull’eccezionalità del ricorso all’in house*, cit. Sostengono una tesi riduttiva, che porterebbe ad escludere dall’ambito di applicazione della disposizione i servizi pubblici locali. Di diverso avviso lo schema di Linee Guida dell’ANAC avente ad oggetto “Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.”, cit. sulle quali si tornerà più approfonditamente di seguito (v. *infra* par. 7).

51 Tra le altre, più recenti: Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023. Per i riflessi che una siffatta impostazione ha anche sul piano del sindacato giurisdizionale, Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102.

52 Sul punto si sofferma in particolare: Consiglio di Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062.

53 Tale scomposizione, che riflette il dato positivo, viene ribadita dalla giurisprudenza prevalente. Tra le altre, Cons. St., Sez. IV, n. 2102/2022, cit.; Cons. St., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682; Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444.

fattori di tipo qualitativo⁽⁵⁴⁾.

Nella stessa pronuncia, si considera anche un approccio alternativo che, accedendo a una lettura che valorizza maggiormente il “*carattere complessivo della valutazione*”, assegna comunque al fattore economicità una rilevanza dirimente. Anche in tal caso, afferma la pronuncia, un eventuale errore avrebbe un effetto “*disgregante*” nei confronti della valutazione complessiva, la quale, proprio perché unitaria e inscindibile, una volta utilmente “*aggregata*” in uno dei suoi “*organi vitali*”, non potrebbe che essere restituita al “*laboratorio*” istruttorio e motivazionale.

In realtà, l'effetto disgregante richiamato in caso di erronea valutazione non dovrebbe essere sempre ineluttabile. Il rimando all'amministrazione, in caso di vizio relativo al fattore dell'economicità, dipenderebbe dall'entità del vizio e dal ruolo che al fattore dell'economicità è stato assegnato in sede di ponderazione complessiva.

Più in generale, questa impostazione non appare coerente con il senso complessivo della disposizione. Il fattore dell'economicità, infatti, appare più un limite minimo di perimetro della valutazione, intrinseco anche alla scelta del modello societario come strumento organizzativo di azione. Fermo restando il suo valore di limite, esigenze qualitative e finalistiche potrebbero giustificare una sua rilevanza più relativa.

In questo senso sembra muovere la giurisprudenza secondo cui “*quello dei costi non solo non costituisce l'unico elemento di cui tener conto ai fini del vaglio di ragionevolezza della scelta di internalizzare il servizio, ma ad esso va assegnato un rilievo tendenzialmente complementare nel senso che può assumere valore discrezionale a parità di condizioni qualitative, di efficacia e di ammissibilità*”⁽⁵⁵⁾.

Anche l'enfasi posta dalla giurisprudenza sulla scomposizione duale della motivazione appare una conseguenza, spesso anche fuorviante, delle contorsioni letterali della disposizione. A tal riguardo, infatti, non pare che alle due componenti della motivazione corrisponda una sostanziale differenza o, comunque, che si tratti di oggetti effettivamente differenziali⁽⁵⁶⁾.

In particolare, un'adeguata evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato porta con sé l'evidenza dei benefici per la collettività. D'altronde ogni potenziale beneficio per la collettività si risolve in una ragione di mancato ricorso al mercato. Risulta difficile ipotizzare un reale contributo aggiuntivo dei benefici della collettività dopo aver dato evidenza delle ragioni di mancato ricorso al mercato. Le due componenti richiamate sono, dunque, le classiche due facce della stessa medaglia⁽⁵⁷⁾.

Peraltro, l'utilizzo ricorrente dell'espressione “*fallimento di mercato*”⁽⁵⁸⁾ per sintetizzare l'onere motivazione legato alle ragioni del mancato ricorso al mercato appare di dubbia pertinenza e, comunque, equivoca. Infatti, quest'ultima espressione si addice più propriamente ad alcune previsioni del passato che richiedevano la previa verifica dell'incapacità del mercato di adempiere agli obiettivi qualitativi e finalistici auspicati⁽⁵⁹⁾. Nel caso di specie invece la scelta dell'*in house* potrebbe dipendere non ne-

54 Cons. St., Sez. III, n. 6062/2021, cit.

55 Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit. La pronuncia sembra peccare di un eccesso dall'altro estremo. Sebbene, infatti, sia condivisibile assegnare un ruolo relativo al fattore dell'economicità, il suo ruolo conserva comunque un'importanza oggettiva nella complessiva valutazione di ragionevolezza da compiere. Al pari degli altri fattori, dunque, lo stesso dovrebbe avere carattere dirimente e non meramente “*discrezionale*” come afferma la pronuncia.

56 A tal riguardo, alcune pronunce, per mitigare la rappresentazione frammentata della motivazione, hanno evidenziato, che la stessa è “*dualistica nell'oggetto, ma unitaria nella forma*”: Cons. St., Sez. III, n. 2021/2021.

57 Con una espressione analoga si esprime: Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

58 L'espressione è piuttosto ricorrente. Tra le altre: Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. III, n. 1564/2020, cit. e Cons. St., Sez. V, n. 296/2019 cit. (è l'ordinanza che, sull'assunto della restrittività della disposizione, ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, v. *infra* par. 4).

59 Il riferimento è, in particolare, all'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che costituisce la prima disposizione restrittiva in materia e sulla quale si ritornerò più approfonditamente di seguito anche per la complessa evoluzione che ne è derivata (v. *infra* par. 5).

cessariamente da un fallimento del mercato in senso stretto, ma da una valutazione comparativamente più conveniente⁽⁶⁰⁾.

Si tratta, comunque, di rilievi in buona parte formali, che non intaccano la correttezza dell'impostazione di fondo emergente in giurisprudenza. L'obbligo di motivazione viene, infatti, generalmente inteso in senso unitario, complessivo, sintetico e olistico, senza una precostituzione metodica rigida e vincolante e lasciando spazio a un margine discrezionale di ponderazione dei fattori quantitativi e qualitativi astrattamente rilevanti.

Questa impostazione si riflette anche sul piano istruttorio e, cioè, nella scelta anch'essa discrezionale in ordine alle modalità più appropriate per suffragare la valutazione di preferenza⁽⁶¹⁾. Emerge, in particolare, la legittimità di un approccio relativo e dinamico, dove la comparazione tra le alternative praticabili può avvenire sulla base di metodi e dati eterogenei anche opportunamente incrociati tra loro.

L'istruttoria, infatti, non necessariamente deve trovare fondamento in elementi di conoscenza mutuati dai soli dati esperienziali disponibili o da indagini empiriche di tipo comparativo, ben potendo basarsi anche su attendibili valutazioni prospettiche o su plausibili ragioni insite alla tipologia di affidamento prescelto⁽⁶²⁾.

Non tragga, comunque, in inganno la formulazione del principio. Nella prassi giurisprudenziale esaminata, si ricava che le pubbliche amministrazioni ricorrono in genere a indagini fattuali specifiche o, comunque, ricavano le loro conclusioni dalla applicazione di *benchmark* attendibili ricavabili da esperienze territoriali contigue o caratterizzate da altre affinità sostanziali. D'altro canto, pur nel quadro di un principio di ragionevolezza complessiva, la giurisprudenza esige evidenze attendibili, siano esse empiriche o prospettiche⁽⁶³⁾.

In alcuni casi, sono stati enfatizzati i tratti intrinseci di vantaggio del modello *in house*, come il vantaggio economico di rinuncia al lucro o quello organizzativo-gestionale della estrema flessibilità dello stesso rispetto all'esigenze dell'amministrazione. Sotto altro profilo, sono state favorevolmente assecondate motivazioni volte a rimarcare precedenti esperienze negative di esternalizzazione, caratterizzate dalla rigidità dell'affidatario e dalla conflittualità⁽⁶⁴⁾. Anche in questi casi, peraltro, i fattori evidenziati sono stati inseriti sempre in una valutazione più generale e, comunque, verificata alla luce della situazione concreta tenendo conto di tutti i fattori rilevanti⁽⁶⁵⁾.

In definitiva, al di là dei limiti di costruzione della disposizione, si può ritenere che nella sostanza la stessa faccia riferimento a un generale dovere di razionalità e obiettività della scelta, da comprovare in modo attendibile in relazione al singolo caso concreto.

In tal senso, fermo restando un limite generale di minima economicità della scelta, la stazione appaltante è chiamata a comparare l'offerta della società *in house* con quelle alternative, effettivamente o potenzialmente disponibili sul mercato, sulla base di ele-

60 Il punto viene colto dalla sentenza Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, già esaminata, laddove viene peraltro correttamente sottolineato che una lettura della disposizione in termini di verifica del fallimento di mercato la avvicinerrebbe al richiamato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008.

61 I corollari istruttori della richiamata impostazione sono evidenziati in questi termini da: Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

62 Tra le altre, in particolare: Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

63 Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit.

64 Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 1596/2021; Cons. St., Sez. V, n. 6460/2020; Cons. St., Sez. V, n. 5444/2019, cit.

65 Molti di questi aspetti richiederebbero invero analisi più approfondite, anche se verosimilmente impraticabili perlomeno in sede di motivazione dell'affidamento. A titolo di esempio, le precedenti esperienze negative di esternalizzazione o l'assenza di flessibilità dell'affidatario scelto tramite gara potrebbero dipendere da uno scorretto esercizio da parte dell'amministrazione affidante dei poteri di regolazione e di conformazione delle procedure o di un mancato esercizio dei controlli a valle.

menti che, in base alla specifica prestazione e agli interessi pubblici che si intendono perseguire, possono comportare la ponderazione di fattori economici e prestazionali, qualitativi o finalistici.

Questa conclusione dovrebbe condurre a precisare meglio un altro approdo sistematico, spesso ripetuto in modo stereotipato, secondo cui l'onere di motivazione in esame costituisce un aggravamento che nella sostanza si traduce nell'eccezionalità dell'affidamento *in house* rispetto all'esternalizzazione⁶⁶.

Infatti, per quanto l'attenzione specifica per l'affidamento *in house* confermi una prospettiva di sfavore da parte del legislatore nei confronti dell'istituto, le considerazioni esposte dovrebbero attenuare il tratto di specialità con il quale l'art. 192, comma 2, del Codice viene in genere descritto. A ben vedere, infatti, l'onere motivazionale previsto non si allontana molto da quello che, in base ai principi generali, dovrebbe fisiologicamente sorreggere un atto di affidamento tra diverse opzioni disponibili⁶⁷.

Più che un onere di motivazione di maggiore gravosità o rafforzato, la disposizione ha preso atto di una sistematica disfunzione applicativa (la sommarietà dell'azione amministrativa nel preferire l'*in house*) e ha puntualizzato i parametri motivazionali da soddisfare. L'asimmetria di trattamento che si registra sul piano normativo non è altro che il riflesso dell'asimmetria applicativa che era stata riscontrata nell'esperienza.

In definitiva, più che imporre un onere più gravoso, la disposizione ha inteso, dunque, dare effettività all'obbligo di motivazione. Norme di questo tipo si pongono, dunque, a metà strada tra l'esigenza di un'innovazione rigoristica sostanziale del quadro normativo e quella di dover assicurare l'effettività di obblighi già esistenti, ma elusi da prassi poco virtuose. In sostanza, sono la spia di un cattivo funzionamento in sede applicativa delle pubbliche amministrazioni agenti.

4. La tenuta del quadro legislativo vigente: profili di diritto eurounitario.

L'impostazione che vede nel quadro normativo vigente un contenimento speciale nei confronti dell'affidamento *in house* ha raggiunto un punto estremo con le ordinanze di analogo contenuto del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138 e del 14 gennaio 2019, n. 293 e 296, che, nel rimettere alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia Ue, hanno espresso – per la prima volta in modo così netto – perplessità sulla legittimità eurounitaria della normativa nazionale e, in particolare, del richiamato art. 192⁶⁸.

Le richiamate ordinanze criticano in radice l'evoluzione restrittiva della normativa nazionale, come peraltro assecondata anche dalla Corte costituzionale.

In particolare, quest'ultima negli anni scorsi ha riconosciuto alla legge di poter prevedere “*limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie*”, per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le

66 L'affermazione è ricorrente e generalizzata, ma per alcuni riferimenti più recenti: Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021; Cons. St., Sez. V, n. 6460/2020, cit.

67 La più attenta dottrina, già da tempo risalente, nel registrare l'equidistanza dell'ordinamento europeo rispetto alle forme di affidamento dei contratti pubblici, aveva evidenziato che tale equidistanza non vuol dire libertà assoluta e insindacabile di scelta. La preferenza per una forma di affidamento rispetto alle altre deve pur sempre essere sorretta da ragioni relative ai costi o alla qualità delle prestazioni o a entrambe: M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, cit., 8.

68 Hanno manifestato stupore per l'ordinanza di rimessione, in forte discontinuità rispetto al passato: H. BONURA e M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house*, cit. V. anche L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1/2019, 276.

quali il diritto dell'Unione europea avrebbe solo previsto un minimo inderogabile⁽⁶⁹⁾.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito inoltre con ulteriori pronunce che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce “*un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica*”⁽⁷⁰⁾.

Le richiamate ordinanze hanno dubitato che questo orientamento restrittivo ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti *in house*, che ha trovato appoggio nel richiamato art. 192 del Codice dei contratti pubblici, risulti conforme ai principi e alle disposizioni del diritto dell'Unione europea.

In particolare, secondo le ordinanze la questione va risolta mettendo a confronto due principi. Da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse. Dall'altro, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni⁽⁷¹⁾.

Dalla motivazione delle ordinanze si ricava che i due principi richiamati non sarebbero destinanti a contrapporsi, perché operano in modo diacronico. Il secondo principio opera solo una volta che l'amministrazione si sia determinata in base al primo.

In particolare, il principio della massima apertura alla concorrenza ha una valenza sussidiaria rispetto al primo, relativo alla libertà nella scelta del modello gestionale. Infatti, la prima scelta che verrebbe demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli collocabili dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si optasse per il secondo di tali modelli, incomberebbe sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Le ordinanze trovano conforto anche in alcune disposizioni di diritto positivo e, in particolare, nel Considerando n. 5) della Direttiva 2014/24/UE⁽⁷²⁾ e nell'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE⁽⁷³⁾, come peraltro enfatizzate in passato dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia UE⁽⁷⁴⁾.

Come corollario del ragionamento, le ordinanze concludono che l'affidamento *in*

69 Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325, secondo cui la materia rientra nella tutela della “concorrenza”, rispetto alla quale l'ordinamento euorunitario fissa una disciplina minima obbligatoria per gli Stati membri. Questo non significa che è preclusa agli Stati la potestà normativa in materia, ma che gli stessi possono adottare misure che vanno nello stesso “verso” proconcorrenziale della normativa europea irrigidendola ulteriormente in funzione di una maggior tutela della concorrenza.

70 Corte costituzionale, 20 marzo 2013, n. 46.

71 Punto 3.1.3

72 Secondo cui “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

73 La disposizione prevede che “La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

74 La Commissione europea, nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati - PPPi (documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008), ha chiarito che “nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia”. Anche la Corte di giustizia si è espressa negli stessi termini. Tra le altre, Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 9 maggio 2009, nella causa C-480/06, *Commissione Ce contro Governo della Germania federale*, secondo cui “un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”. Di analogo tenore, Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. III, 13 novembre 2008 in causa C-324/07, *Coditel Brabant*.

house sarebbe un “*prius logico*” rispetto all’esternalizzazione, dubitando dunque della legittimità della normativa nazionale che al contrario assegna al primo un ruolo di eccezione residuale, subordinato e subvalente.

La Corte di giustizia si è espressa con l’ordinanza del 6 febbraio 2020⁽⁷⁵⁾ che, in realtà, richiama quasi integralmente nella sua parte argomentativa la precedente sua sentenza del 3 ottobre 2019⁽⁷⁶⁾ relativa alla legge sugli appalti pubblici della Lituania⁽⁷⁷⁾.

A partire dalla valorizzazione delle medesime disposizioni di diritto positivo, la Corte giunge a conclusioni diverse da quelle prospettate dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale.

In particolare, la Corte di giustizia afferma che la disciplina eurounitaria sugli appalti pubblici si limita a stabilire le condizioni (i presupposti dell’*in house*) in presenza delle quali un affidamento non ricade nell’ambito di applicazione di tale disciplina⁽⁷⁸⁾. In altre parole, le Direttive europee in materia si limitano a stabilire che un affidamento a una società *in house* non è un appalto pubblico.

Sotto una prospettiva a monte, la disciplina eurounitaria sugli appalti pubblici non disciplina la fase preliminare di scelta delle modalità di prestazione di un servizio, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture⁽⁷⁹⁾.

A tal riguardo, benché la conclusione possa ricavarsi in negativo dallo stesso ambito applicazione della disciplina eurounitaria sugli appalti (in particolare dal richiamato Considerando 5), la Corte di giustizia individua una conferma in positivo anche nell’altra disposizione richiamata (l’art. 2 della Direttiva 2014/23/UE), che enfatizza espressamente la protezione a monte della libertà di scelta tra le diverse opzioni.

L’orientamento della Corte di giustizia è condivisibile nel cogliere l’errore di impostazione del giudice amministrativo italiano, laddove quest’ultimo ha ritenuto di poter ricavare limiti in positivo dall’ordinamento eurounitario rispetto alle scelte di autodeterminazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

È corretto invece ritenere che l’ordinamento europeo si occupa dell’affidamento a società *in house* in negativo e, cioè, meramente per precisare che lo stesso non costituisce un “appalto pubblico”. Non può trovare, dunque, applicazione la disciplina eurounitaria dedicata a quest’ultimo istituto.

Appare opportuno a tal riguardo ricostruire però il quadro giuridico di riferimento in modo più puntuale, perché la pronuncia della Corte di giustizia, sebbene condivisibile nelle sue conclusioni, reca una motivazione molto scarna.

75 Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite da C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A. contro Comune di Lanciano e altri*. Tra gli altri commenti, C. DEODATO, *Gli ambiti dell’intervento pubblico nell’organizzazione e nella gestione dei servizi d’interesse economico generale*, in *Giustamm.*, 2020; C. CONTESSA, *La Corte di giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti “in house”*, in *Urb. e app.*, n. 3/2020, p. 353 ss. A. Meale, *L’affidamento a società in house come eccezione all’esame della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, n. 5/2020, 1178 ss.

76 Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. IV, 3 ottobre 2019, nella causa C-285/18 – *Irgita*.

77 Secondo la legge lituana sugli appalti, l’affidamento *in house* può essere disposto “solo in caso eccezionali” quando, oltre al soddisfacimento dei requisiti eurounitari costitutivi dell’istituto, “la continuità, la buona qualità e la disponibilità dei servizi non possano essere garantite acquistando tali servizi per mezzo di procedure di appalto pubblico” (v. punto 9 della sentenza). La disposizione sembra riflettere un’impostazione analoga a quella dell’art. 192, comma 2, del Codice, ma è ancor più rigorosa, atteso che non si limita a richiedere una comparazione tra affidamento *in house* ed esternalizzazione al mercato, ma consente di ricorrere al primo solo quando il secondo sia in grado di assicurare il servizio o la sua continuità e buona qualità. In sostanza, la disposizione richiede la forma più estrema di fallimento del mercato in termini analoghi a quanto faceva l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 nella previgente disciplina in materia di servizi pubblici locali, travolto poi dall’esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 (v. *infra* par. 5). Il richiamato art. 23-bis disponeva che, in deroga all’affidamento tramite gara o a società miste, in ragione di “situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house*”.

78 Punto 32 della sentenza che riprende il punto 43 della sentenza *Irgita*.

79 Punto 33 della sentenza che riprende il punto 44 della sentenza *Irgita*.

In particolare, il ragionamento deve prendere le mosse dalla *ratio* essenziale delle Direttive sugli appalti pubblici. Queste ultime nascono dall'esigenza di dover assicurare un quadro giuridico più puntuale rispetto ai principi basilari del TFUE sulla libera circolazione delle merci, sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi e dei corollari che ne derivano in termini di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento proporzionalità e trasparenza.

Tale quadro, in particolare, è finalizzato a “*coordinare*” le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che ai sopra richiamati principi del Trattato venga dato “*effetto pratico*” e che in sostanza gli appalti pubblici siano “*aperti alla concorrenza*”⁽⁸⁰⁾.

Le Direttive riguardano dunque la disciplina dell'aggiudicazione, ma non la fase a monte della scelta di esternalizzare o meno, e hanno ad oggetto una determinata fattispecie giuridica che è l'appalto pubblico. Ne consegue, in particolare, che il principio secondo cui “*nessuna disposizione della Direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che intendano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici*”⁽⁸¹⁾, sebbene centrale nel ragionamento, non è un principio costitutivo autonomo, ma corollario delle *ratio* di fondo delle Direttive in materia.

La questione che si pone – che è quella che determina il concepimento dell'istituto dell'*in house* – è stabilire con certezza quand'è che un accordo tra pubbliche amministrazioni o, comunque, tra soggetti afferenti alla sfera pubblica possa essere qualificato o meno come “appalto pubblico” ai fini dell'assoggettamento della relativa disciplina.

Si pone, in particolare, l'esigenza di stabilire quando un accordo tra enti del settore pubblico sia un fatto organizzativo interno alla sfera pubblica e, dunque, ricadente nella libera autodeterminazione dell'ente pubblico (l'affidamento *in house*) e quando lo stesso sia invece qualificabile come un appalto pubblico potenzialmente tale da avvantaggiare un'impresa pubblica rispetto ad altri operatori privati di mercato, facendo così scattare l'obbligo di applicazione delle Direttive europee.

A tal riguardo sono le stesse Direttive a stabilire i paletti esterni del ragionamento. Da un lato, la soggettività pubblica delle parti non è una circostanza tale da escludere di per sé l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici. Dall'altro, quest'ultima non può spingersi al di là del suo ambito di applicazione intrinseco e andare a incidere su fattispecie che non sono appalti, come la libertà delle pubbliche amministrazioni di produrre da sé il necessario per soddisfare il proprio fabbisogno o di realizzare forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni⁽⁸²⁾.

L'istituto dell'*in house* è il punto di incontro di questi due limiti esterni e definisce ciò che non è includibile nell'ambito di applicazione delle Direttive europee sugli appalti pubblici proprio perché l'atto giuridico che lo realizza non è qualificabile come appalto pubblico, ma come atto organizzativo a monte di svolgimento di un'attività pubblica di tipo ausiliario e strumentale (a favore della stessa amministrazione) o finale (a favore dei cittadini per conto dell'amministrazione).

In definitiva, l'ordinamento europeo non impinge in positivo nelle scelte di autodeterminazione a monte delle pubbliche amministrazioni. Salvo, infatti, che non vengano in rilievo limiti generali ricavabili dal Trattato, che su questo aspetto appaiono invero piuttosto indifferenti, le scelte di autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni sono rimesse alla disciplina nazionale.

Questa conclusione, a ben vedere, andrebbe approfondita ulteriormente perché se ne potrebbero ricavare risvolti ordinamentali importanti. Generalmente, infatti, la

80 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 1).

81 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 5).

82 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 32).

disciplina sull'*in house* è inquadrata nell'ambito della materia della "tutela della concorrenza"⁽⁸³⁾. Una volta, però, che sia definita la linea di demarcazione tra ciò che è *in house* e ciò che non lo è, è dubbio che ogni ulteriore scelta ordinamentale restrittiva afferente alla sfera autorganizzativa delle pubbliche amministrazioni sia un tema di concorrenza.

Potrebbe apparire tale perché ogni scelta restrittiva in questo ambito avrebbe come effetto l'espansione del mercato. Si potrebbe però trattare di una conseguenza fattuale dipendente da una scelta di efficienza organizzativa interna alla pubblica amministrazione.

Peraltro, viene in genere trascurata la nozione di "concorrenza", come emergente dal diritto positivo e, dunque, nell'accezione assunta dal legislatore.

A tal riguardo, l'ultimo periodo del Considerando n. 31) della Direttiva 2014/24/ Ue, sebbene sembri riferirsi alle forme di cooperazione intersoggettive tra pubbliche amministrazioni, contiene un indirizzo che assume valore generale rispetto al rapporto tra Stato e mercato.

In particolare, secondo il richiamato Considerando n. 31), occorre fare in modo che qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata dalla normativa sugli appalti "*non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*".

Può ricavarsi, dunque, una nozione molto elementare e ristretta di concorrenza come obbligo di parità di trattamento tra operatori economici siano essi pubblici o privati e divieto di discriminazione⁽⁸⁴⁾.

Questa prospettiva porterebbe ad interrogarsi sull'attuale stato dell'arte organizzativo di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni. Infatti, l'inclusione della questione nella materia della "tutela della concorrenza" ha fino ad oggi comportato la primazia legislativa dello Stato, mentre le considerazioni sopra esposte potrebbero condurre a conclusioni diverse, determinando lo scivolamento della questione in altre materie con un ruolo preminente da parte delle Regioni, soprattutto quelle a Statuto speciale⁽⁸⁵⁾.

83 Tra le più recenti si può richiamare proprio la sentenza Corte cost. n. 100/2020. Il rilievo concorrenziale conferito alla materia emerge anche dalle costanti attenzioni dell'AGCM rispetto al tema: v. *infra* par. 7 sia il contributo dell'AGCM rispetto all'attività di regolazione dell'ANAC sia l'esercizio dei poteri di *advocacy* nei confronti del legislatore.

84 In questo senso v. già le riflessioni di: M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*", Varenna 17-19 settembre 2015.

85 In diverse occasioni la Corte costituzionale si è dovuta occupare di legislazioni regionali che finivano per impingere nella disciplina degli affidamenti *in house*. L'inclusione della disciplina nella materia della "*tutela della concorrenza*", ne ha determinato la sua prevalenza in modo pervasivo rispetto a materie residuali di competenza delle Regioni. La Corte non ha escluso e anzi ha riconosciuto espressamente che in taluni casi la normativa nazionale in materia di concorrenza andava ad impattare su materie di competenza residuale delle Regioni (tra le altre, Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307, in materia di "*servizi pubblici locali*" nella Regione Lombardia). In questi casi, la tutela della concorrenza fissata dal legislatore nazionale opera come limite, non escludendo dunque la possibilità per le Regioni di introdurre previsioni di maggior tutela. Se venisse meno la copertura della tutela della concorrenza, salvo che non venga in rilievo altra materia di medesima capacità trasversale, la disciplina verrebbe attratta nella materia residuale di competenza delle Regioni. A tal riguardo, nella sentenza della Corte costituzionale, 20 maggio 2008, n. 159, alcune disposizioni limitative puntuali sono state incluse in materie di competenza regionale (come l'"*organizzazione e funzionamento della Regione*" o l'"*ordinamento degli enti locali*" nelle Regioni a Statuto speciale) e la competenza statale è stata riconosciuta in virtù del titolo trasversale prevalente relativo al "*coordinamento della finanza pubblica*" di competenza concorrente (art. 117, comma 3, Cost.). Anche laddove dovesse venire in rilievo una siffatta materia, in ogni caso, lo Stato avrebbe la potestà solo di fissare i principi fondamentali generali e non la disciplina di dettaglio, rimessa invece alla Regioni. Tra le altre sentenze sul rapporto tra disciplina sulle società a partecipazione pubblica e materie legislative costituzionali, Corte. cost., 23 luglio 2013, n. 229, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni contenute nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (cd. decreto "spending review" del Governo Monti), limitanti la possibilità per le Regioni di avvalersi di società *in house*.

5. La questione costituzionale

La tenuta del quadro legislativo vigente è stata messa in discussione anche da questioni formali di compatibilità con la disciplina costituzionale relativa alla corretta formazione delle leggi.

A questo riguardo, con la sentenza del 5 maggio 2020, n. 100⁽⁸⁶⁾, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto al divieto del cd. "gold plating", stabilito dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11⁽⁸⁷⁾.

A tal riguardo, la Corte ha circoscritto il divieto di *gold plating* evidenziando che la sua *ratio* è di impedire l'introduzione in sede di recepimento di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dall'ordinamento europeo, ma non anche di impedire la realizzazione di direttrici legislative autonome ed ulteriori, come nel caso di specie sarebbe quella proconcorrenziale promossa dall'art. 192, comma 2, del Codice⁽⁸⁸⁾.

L'intervento della Corte è molto utile nelle premesse laddove chiarisce l'esatta portata del divieto di *gold plating*, come vincolo strumentale riguardante i mezzi (oneri amministrativi e tecnici) di realizzazione dei fini legislativi, ma non anche come limite finalistico, sostanziale e valoriale.

Nel merito la sentenza evidenzia la portata proconcorrenziale dell'art. 192, comma 2, del Codice. Si tratta di un'affermazione coerente con altri precedenti della stessa Corte⁽⁸⁹⁾ e che, però, per le ragioni già indicate, appare meritevole di un maggiore approfondimento da svolgere anche più in generale sull'esatto perimetro della materia "tutela della concorrenza" in rapporto all'iniziativa economica pubblica e sull'approccio della Corte su questi temi, troppo sbilanciato ad assecondare le scelte restrittive del legislatore⁽⁹⁰⁾.

La sentenza della Corte affronta inoltre la questione della legittimità dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto all'art. 1, comma 1, lett. *eee*) della legge delega, secondo cui è necessario garantire "adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando anche nelle forme di

86 Sulla sentenza, G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 2021; M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte conti*, n. 3/2020, 82 ss.; S. Valaguzza, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, *op.cit.*, 267 ss.

87 La disposizione prevede il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Secondo l'art. 14, comma 24-ter, della legge n. 246/2005 costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie "a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive". Il termine *gold plating* non è un principio di diritto europolitano in senso stretto, il quale vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati. Tuttavia, compare nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010, che reca delle riflessioni e delle proposte per il raggiungimento dell'obiettivo di una legiferazione "intelligente", comunitaria e degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese. Sul tema, tra i più recenti, G. Rivellini, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2021, 815 e ss.

88 punto 5 della sentenza.

89 Tra le altre, in particolare, Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325; 20 marzo 2013, n. 46.

90 Per una critica all'orientamento della Corte costituzionale in materia: A. ARGENTATI, *L'iniziativa economica pubblica e il mercato nella giurisprudenza. Brevi note critiche*, in V. CERULLI IRELLI e M. LIBERTINI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, 2019, 17 e ss.

aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione”.

In particolare, ha ritenuto il richiamato art. 192, comma 2, del Codice conforme al criterio direttivo in esame enfatizzando la “specifica attenzione” ivi rivolta all'affidamento *in house*. Inoltre, ha fatto perno sui “margin di discrezionalità” di cui gode il legislatore in sede delegata e sulla necessità di “tener conto” del quadro normativo di riferimento quando la delega riguarda, come nel caso di specie, interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi⁽⁹¹⁾.

In particolare, con riferimento alla coerenza rispetto al quadro normativo di riferimento, la sentenza colloca la norma delegata nella linea restrittiva ultradecennale che contraddistingue l'ordinamento nazionale⁽⁹²⁾, sottolineando peraltro che la stessa ha una portata prescrittiva analoga a quella di altre norme vigenti e in particolare dell'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 in materia di servizi pubblici locali e in linea con altre disposizioni generali dell'ordinamento⁽⁹³⁾.

Sebbene appaia corretta l'impostazione della Corte di assegnare un valore più contenuto alla portata prescrittiva dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto alla visione più marcatamente restrittiva che dello stesso viene rappresentata generalmente, le conclusioni cui perviene non sembrano del tutto condivisibili e risentono di un approccio eccessivamente permissivo.

Nel caso di specie, in particolare, a ben vedere il criterio direttivo conteneva in sé uno specifico indirizzo legislativo che in qualche modo riduceva l'ambito di discrezionalità del legislatore delegato. Tale criterio, infatti, da un lato, introduceva limiti formali di salvaguardia della trasparenza della decisione di affidamento e, dall'altro, con riferimento ai contenuti sostanziali, prevedeva un vincolo puntuale valevole anche in

91 Punti 7 e 8 della sentenza.

92 Punto 9 della sentenza. In effetti, a partire dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in materia di servizi pubblici locali, che consentiva l'affidamento *in house* solo in casi assolutamente eccezionali di indisponibilità del servizio sul mercato (cd. fallimento di mercato), l'ordinamento si è attestato in continuità con tale approccio restrittivo. A un certo punto si è assistito a una sorta di “ostinazione” in tal senso, visto che, dopo l'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011, che aveva cancellato il richiamato art. 23-bis facendo ritornare l'affidamento *in house* ad essere opzione equivalente all'affidamento tramite gara, il legislatore ne ha riproposto i contenuti con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima disposizione è stata poi dichiarata incostituzionale (Corte costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199). Su quest'ultima sentenza: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, n. 4/2012; R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, n. 4/2012, pp. pag. 2892B e ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'ordinamento si rinvia a G. URBANO, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *ApertaContrada*, 2012, dove si dà evidenza che la riproposizione della disciplina restrittiva dell'art. 23-bis con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nonostante la bocciatura del primo in sede referendaria, non fu un “capriccio” del legislatore, ma il frutto della pressione europea causata dall'avvitarsi della crisi economica italiana e della finanza pubblica, che chiedeva espressamente al Governo un impegno preciso sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali (v. la lettera Draghi-Trichet inviata all'epoca al Governo italiano, che dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici, al punto 1 lett. a) svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: “A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations”. Per una dettagliata analisi dell'evoluzione normativa, più di recente: S. GATTO, *I servizi pubblici locali nel prisma della concorrenza, della regolazione e della gestione*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2021; in giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, sulla quale si ritornerà in modo specifico di seguito.

93 L'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 stabilisce che “Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”. Oltre alla richiamata disposizione, la Corte costituzionale cita anche l'art. 5 del Testo Unico, recante la rubrica “oneri di motivazione analitica”, secondo cui “l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica [...] deve essere analiticamente motivato [...], evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.

positivo per il legislatore, ossia quello della “*congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione*”. In altre parole, la legge delega recava un criterio direttivo specifico che appare molto più deferente nei confronti della scelta amministrativa di ricorrere all’*in house*, assicurandosi solo come limite estremo che tale scelta non sia economicamente incongrua rispetto a quanto potrebbe normalmente offrire il mercato.

L'impostazione della Corte dequota notevolmente il criterio direttivo trasformando l'elemento sostanziale centrale dello stesso in un mero abbrevio per la costruzione di limiti restrittivi potenzialmente indefiniti e di estrema chiusura e pregiudizio nei confronti dell'affidamento *in house*. Peraltro, non appare convincente la trama argomentativa della sentenza nella misura in cui assimila l'art. 192, comma 2, del Codice, al già richiamato art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012.

Nella prima prevalgono limiti sostanziali che mirano ad imbrigliare la motivazione in uno schema puntuale e certo. Nella seconda prevale l'elemento procedurale della trasparenza e della pubblicità, ossia non tanto dei contenuti sostanziali della motivazione, ma del doverne dare conto alla collettività.

Dal punto di vista contenutistico la relazione prevista dal richiamato art. 34, comma 20, chiede solo di “*dar conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*”.

Si può ricavare dunque che, mentre l'obbligo di motivazione di cui all'art. 192 mira a far emergere nella forma più analitica, attraverso la precostituzione dei paletti decisionali, l'essenza della scelta amministrativa effettuata, l'art. 34, comma 20, chiede evidenza del mero rispetto della legge (requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'*in house*) e di alcuni profili che hanno quasi valore fattuale (indicazione precisa degli obblighi di servizio pubblico e universale e relative compensazioni economiche).

Da un lato, dunque, c'è una differenza di intensità nel controllo della decisione amministrativa. A tal riguardo l'art. 34, comma 20, chiede di dare evidenza di alcuni elementi fattuali, ma non chiede alcuna interconnessione motivazionale specifica tra gli stessi. Certo, si tratta di un aspetto non neutrale, perché l'obbligo di dar conto di un elemento istruttorio determina come corollario l'onere di tenerne conto in sede di motivazione, ma è un modello diverso e meno intrusivo rispetto all'art. 192.

Dall'altro lato, le disposizioni operano su due dimensioni sostanziali diverse. L'art. 192, comma 2, mira a controllare esclusivamente la scelta tra opzioni di affidamento diverse (la decisione amministrativa di affidamento), l'art. 34, comma 20, fa specifico riferimento ai caratteri costitutivi del modello *in house*. D'altronde, quest'ultima disposizione non poteva che atteggiarsi in questi termini piuttosto blandi, essendo stata prevista per cercare di garantire un presidio minimale di efficienza, sebbene indiretto perché legato prevalentemente a obblighi di trasparenza più che di contenuto sostanziale, a seguito dell'effetto dirompente del referendum del 12 e 13 giugno del 2011, che aveva di fatto portato alla cancellazione di ogni rigorismo sostanziale previgente⁽⁹⁴⁾.

E proprio gli esiti del richiamato referendum del 12 e 13 giugno del 2011 hanno

94 Per cogliere la conclusione è utile ribadire il contesto evolutivo della materia, già accennato in precedenza e sul quale, tra le più recenti, Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit. (sulla sentenza si ritornerà di seguito). Si rinvia anche a G. URBANO, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, op. cit. In sintesi, l'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha condotto all'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, che consentiva l'affidamento *in house* solo in casi estremi di fallimento del mercato (sostanziale impossibilità del mercato di farsi carico del servizio). Dopo tale evento, come si è visto, su impulso delle istituzioni finanziarie europee intervenute in un contesto di grave crisi della finanza dello Stato, il legislatore, nell'ambito di un pacchetto più generale di misure, è dovuto intervenire nuovamente con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, reintroducendo di fatto le disposizioni dell'art. 23-bis, se non ancora più severe. Quest'ultimo articolo è stato poi dichiarato incostituzionale, proprio per violazione dell'esito referendario, da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199. A quel punto, qualsiasi intervento legislativo rigorista avrebbe corso gli stessi rischi di incostituzionalità. Da ciò il carattere piuttosto debole dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 che non poteva avere in tale contesto una intensità prescrittiva maggiore.

costituito il motivo di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del Codice per violazione dell'art. 75 Cost., che è stata però risolta in senso negativo direttamente dal Consiglio di Stato⁽⁹⁵⁾.

In particolare, quest'ultimo, prescindendo da questioni relative al diverso ambito di applicazione delle due discipline⁽⁹⁶⁾ e da questioni temporali e di differente contesto politico⁽⁹⁷⁾, rileva che l'art. 192, comma 2, del Codice ha una portata prescrittiva differente e decisamente meno intrusiva rispetto al previgente art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 poi ripreso dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012⁽⁹⁸⁾.

E, in effetti, queste ultime disposizioni rendevano oltre modo eccezionale l'affidamento diretto, limitandolo nella sostanza ai casi di "fallimento del mercato". Diversamente, l'onere motivazionale richiesto dall'art. 192, comma 2, sebbene muova da un pregiudizio nei confronti dell'opzione *in house*, non presenta un analogo carattere stringente limitandosi a richiedere una comparazione complessiva tra soluzioni alternative e non l'inesistenza di una soluzione alternativa.

La sentenza appare ben motivata ed è conforme all'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ritiene violato l'art. 75 Cost. solo nel momento in cui si introduce una nuova disciplina della materia "senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti"⁽⁹⁹⁾.

6. L'affidamento *in house* di diritto speciale

In parallelo alla disciplina generale dell'istituto, se ne registra una di carattere speciale, molto dilatata negli ultimi anni, che opera deroghe di vario tipo e intensità alla disciplina generale e in ambiti materiali eterogenei.

Si potrebbe parlare a tal riguardo di società *in house* di diritto speciale. In realtà, la specialità non riguarda la disciplina dell'organizzazione della società o la sua attività, che continuano ad essere disciplinate dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ma della disciplina dell'atto di affidamento. Più corretto appare, dunque, parlare di affidamento *in house* di diritto speciale.

Un primo modello riscontrabile nella legislazione è la previsione che dispone a favore di una determinata amministrazione l'"avvalimento" delle sue società *in house*.

95 Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit., punto 7 della sentenza.

96 È la stessa sentenza a porre incidentalmente la questione, sulla quale però non si sofferma rimanendo il ragionamento assorbito da altre questioni dirimenti di merito. In effetti, storicamente la disciplina dell'*in house* in materia di servizi pubblici locali ha avuto un regime differenziato rispetto a quella dello stesso istituto negli appalti e nei servizi strumentali, sul punto si rinvia a G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, op. cit. L'art. 192, comma 2, del Codice si è poi imposto troppo passivamente come regime indifferenziato di disciplina. Solo di recente, in dottrina si è posta la questione, giungendo alla conclusione che – sia per ragioni "letterali" legate alla circostanza che la richiamata disposizione si riferisce ad affidamenti relativi a "servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza" sia a ragioni "storiche" legate al fatto che la disciplina del Codice (e con essa, l'art. 192), nascono in parallelo a un altro flusso normativo riguardante specificamente i servizi pubblici locali (solo per una contingenza non giunto a buon fine, sul punto v. Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251 che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge delega n. 124/2015, cd. legge Madia, peraltro molto criticata: su tutti, B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017). Il tema è oggi superato dall'entrata in vigore del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali con una disciplina specifica sull'affidamento *in house* (v. *infra* par. 7).

97 Il tema dell'esaurimento del potere legislativo in rapporto a fattori temporali o evoluzioni di contesto non è stato mai trattato in modo approfondito. La sentenza già richiamata Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021 sembra assumere una perdurante attualità della preclusione legislativa derivante dal referendum del 12 e 13 giugno del 2011. In generale sul tema, anche con qualche accenno critico all'eccessiva cristallizzazione degli esiti referendari, R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, op. cit., pag. 2892B e ss.

98 Punto 7.3 della sentenza.

99 Sul punto costituisce ancora punto di riferimento: Corte cost., 17 maggio 1978, n. 68. Sul tema, anche: Corte cost., 4 febbraio 1993, nn. 32 e 33, secondo cui il legislatore ordinario, "pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata".

Nella casistica più recente, in particolare, l'avvalimento della società *in house* è previsto per la gestione di fondi pubblici da erogare a favore di categorie soggettive di cittadini o di imprese o per lo svolgimento di altre attività ausiliarie eterogenee⁽¹⁰⁰⁾.

Norme di questa tipologia derogano implicitamente alla regola generale della motivazione qualificata di cui all'art. 192, comma 2, del Codice.

Un altro modello, anch'esso rinvenibile in una serie di ambiti, molto simili a quelli già sopra indicati⁽¹⁰¹⁾, ma più ricorrente, è quello della mera "autorizzazione" all'utilizzo della società *in house*. Al di là della formula lessicale meno drastica, si tratta di un medesimo schema di affidamento legislativo diretto, in deroga implicita all'obbligo di motivazione previsto in generale dal richiamato art. 192.

Le norme speciali di questa tipologia sono costruite come norme "autorizzatorie". Le stesse conferirebbero, dunque, una facoltà e non un vincolo di affidamento. Tuttavia, sono generalmente assecondate nella prassi anche perché le stesse norme, a dispetto della loro apparente generalità e astrattezza, sono spesso concepite in funzione di situazioni concrete e per consentire l'affidamento a una determinata società *in house*⁽¹⁰²⁾.

In altre situazioni, la natura provvedimentoale della norma è più spiccata riferendosi alla protrazione di specifici rapporti organizzativi con soggetti determinati. Si tratta di situazioni nelle quali la norma cristallizza rapporti continuativi, risalenti e di varia origine⁽¹⁰³⁾ o comunque internalizza servizi prima affidati al mercato anche per fronte ad esigenze sociali di stabilizzazione o, si potrebbe dire, di protezione parapubblicistica del personale⁽¹⁰⁴⁾.

In alcuni di questi casi la norma speciale prevede espressamente la deroga all'art. 192, comma 2, del Codice o, comunque, utilizza formule più direttamente dispositive dell'affidamento che portano a ritenere in ogni caso derogato in modo implicito il richiamato art. 192⁽¹⁰⁵⁾.

100 Tra le altre più recenti, l'art. 8, comma 5, del d.l. 23 settembre 2022, n. 144, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi delle proprie società *in house* per la gestione di un fondo finanziario creato per il sostegno ad enti del terzo settore in ragione dei maggiori costi dell'energia termica e del gas. L'art. 4, comma 6, del d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 in materia di riduzione di emissioni dispone che il Ministero dell'ambiente si avvalga di proprie società *in house* per lo svolgimento di alcune attività istruttorie a favore dell'autorità nazionale competente (il Comitato ETS). L'art. 39, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162 dispone che il MEF si avvalga di una società *in house* da individuare per la gestione di una ristrutturazione dei debiti degli enti locali.

101 Tra le altre, l'art. 18 del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50 autorizza il Ministero dello sviluppo economico ad avvalersi di società *in house* per la gestione e l'erogazione delle risorse a valere su un fondo finanziario istituito per il sostegno alle imprese danneggiate dalla crisi ucraina. L'art. 2, comma 8, del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, autorizza lo stesso Ministero ad avvalersi delle proprie società *in house* per la gestione di un fondo per il rilancio delle attività economiche di commercio al dettaglio.

102 Si pensi al ruolo ausiliario sistematico che Invitalia S.p.A. svolge a favore del Ministero dello sviluppo economico in particolare nell'attività di gestione degli incentivi alle imprese. Con Delibera n. 484 del 30 maggio 2018, Invitalia S.p.A. è stata riconosciuta dall'ANAC come società *in house* di tutte le amministrazioni dello Stato.

103 A tal riguardo, può essere richiamato l'art. 1-ter del d.l. 21 settembre 2022, n. 104, secondo cui il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, "verificata l'impossibilità di utilizzare il proprio personale dipendente, è autorizzato ad avvalersi della società Ales S.p.A. per lo svolgimento delle attività di accoglienza e vigilanza nei musei, nei parchi archeologici statali nonché negli altri istituti e luoghi della cultura e delle attività di supporto tecnico, amministrativo e contabile, nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate...". La società venne costituita ai sensi di disposizioni legislative *ad hoc* (10, comma 1, lett. a), e commi 2 e 3 del d. lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 e dell'art. 20, commi 3 e 4, della legge 24 giugno 1997, n. 196), che prevedevano all'epoca la possibilità di costituire società miste per l'assorbimento di lavoratori socialmente utili. La società è impegnata da oltre quindici anni in attività di supporto alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale e in attività di supporto agli uffici tecnico-amministrativi del Ministero.

104 Si può richiamare l'art. 5-bis del d.l. 3 settembre 2019, n. 101, emblematicamente rubricato "disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali", che ha disposto l'internalizzazione del contact center multicanale dell'INPS con l'obiettivo dichiarato di "promuovere la continuità nell'erogazione dei servizi e per tutelare la stabilità occupazionale del personale ad essi adibito", affidandolo a una società *in house ad hoc* di INPS, la INPS Servizi S.p.A.

105 Nel caso di Ales S.p.A., l'art. 1, comma 1, prevede espressamente che non si applichi il comma 2 dell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici. Nel caso, invece, di INPS Servizi S.p.A. non è prevista una deroga espressa, ma la costruzione della disposizione è inequivocabile. Peraltro, come nel caso di Ales S.p.A., la disposizione prevede la copertura finanziaria dell'affidamento. Si tratta di disposizioni contabilistiche analoghe a quelle che stabiliscono il rafforzamento organizzativo degli apparati amministrativi tradizionali.

Vi sono fattispecie, anch'esse con carattere provvedimentoale dove invece emerge maggiormente la scelta politica della preferenza gestionale pubblica in luogo del ricorso al mercato. È il caso, ad esempio, dell'affidamento diretto per la gestione del sistema autostradale⁽¹⁰⁶⁾.

Le esigenze realizzative e di tempestività legate al PNRR hanno dato un'ulteriore spinta alla direttrice speciale in esame. Il modello prescelto, però, non è quello della deroga astratta alla disciplina generale ordinaria, ma l'introduzione di una disciplina speciale dell'affidamento *in house* ricalcata a grandi linee su quella generale, ma con le specificazioni necessarie a calibrare l'affidamento rispetto alle esigenze peculiari del PNRR.

A tal riguardo, si può richiamare l'art. 10, comma 3, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che prevede una motivazione di affidamento speciale imperniata sul “risparmio del tempo” e sul risparmio di “risorse economiche”, prevedendo uno specifico *standard* di riferimento negli atti di affidamento di Consip S.p.A. e delle centrali di committenza.

Per quanto la disposizione faccia apparentemente salvo il modello generale, è innegabile che i fattori motivazionali enfatizzati si prestano con una certa facilità, perlomeno nella fase prospettica della motivazione, ad essere utilizzati in concreto per favorire l'affidamento *in house*⁽¹⁰⁷⁾. I richiamati fattori, infatti, almeno in teoria, sarebbero quasi intrinsecamente di vantaggio per la società *in house* che può contare, da un lato, sul carattere diretto e flessibile del rapporto con l'amministrazione di riferimento e, dall'altro, sulla possibile rinuncia ai margini di lucro.

In sostanza, la normativa sul PNRR, pur facendo salvo il modello generale, di fatto offre la possibilità di una più agevole attivazione dell'opzione *in house*.

Nella direttrice legislativa in esame è stata intravista una posizione “strategica” per la società *in house*, come strumento di rafforzamento della *capacity building* degli apparati amministrativi⁽¹⁰⁸⁾.

In realtà, un approccio più realistico depone per un'impostazione meno strategicamente orientata da parte del legislatore. Disposizioni di questa natura non nascono da un atto di fiducia del legislatore nel modello, ma da esigenze contingenti di opportunità – peraltro sostenute dagli apparati amministrativi in difficoltà e in ritardo con gli strumenti organizzativi ordinari – di eliminare ogni possibile irrigidimento organizzativo esistente, quand'anche avente finalità virtuose di efficienza.

In altre parole, in linea con la logica del risultato e della tempestività propria della direttrice legislativa connessa al PNRR, l'obbligo di motivazione previsto in generale è stato ricalibrato attenuando il profilo dell'efficienza a favore di quello dell'efficacia.

La direttrice espansiva in esame ha generato altre fattispecie, con un maggior connotato di specialità e con effetti potenzialmente dirompenti, in cui è prevalsa l'esigenza di assicurare ogni possibile soluzione organizzativa utile, come ad esempio la disposizione che attribuisce la possibilità agli enti territoriali di avvalersi del supporto

106 L'art. 2, commi 2-*sexies* e ss., del d.l. 10 settembre 2021, n. 121, nell'ambito di un provvedimento più generale dedicato agli investimenti e alla sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali, ha creato una nuova società, a totale partecipazione pubblica, per svolgere l'attività di gestione delle autostrade statali a pedaggio secondo il modello dell'*in house providing*.

107 Nel senso dell'alleggerimento dell'onere motivazionale e della maggiore facilità del ricorso all'*in house*, C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, op. cit., 755; della stessa opinione A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 305.

108 A. AVERARDI, op. ult. cit., 305 che richiama un passaggio del parere Cons. Stato, Sez. consultiva, 7 ottobre 2021, n. 164, relativo allo schema di Linee Guida elaborato sull'*in house* a settembre 2021 (sul tema si ritornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo). Anche su questo profilo, l'autore sembra condividere l'opinione espressa da C. CONTESSA, op. ult. cit., 754, che fa riferimento a un atto di “fiducia” del legislatore nei confronti dell'*in house*.

tecnico-operativo delle società *in house* delle amministrazioni statali⁽¹⁰⁹⁾ o quella che autorizza l'avvalimento di società a prevalente capitale pubblico, degli enti del sistema camerale e degli enti vigilati⁽¹¹⁰⁾.

Tali disposizioni sono state concepite in modo approssimativo e hanno dato origine ad alcuni equivoci interpretativi⁽¹¹¹⁾. Nel caso da ultimo richiamato, ad esempio, la disposizione può essere interpretata in un modo variabile, a tal punto da spaziare dalla sua illegittimità alla sua inutilità.

Se la disposizione intendesse consentire l'affidamento diretto alle amministrazioni statali e territoriali ivi indicate, potrebbe derogare legittimamente all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 192, comma 2, del Codice, ma non potrebbe invece derogare al perimetro costitutivo dell'*in house* di matrice europea ("controllo analogo" e assenza di partecipazioni private rilevanti). La disposizione sarebbe, dunque, illegittima⁽¹¹²⁾.

Se invece intendesse attribuire la mera possibilità di avvalersi dei soggetti indicati rinviando agli istituti di avvalimento già esistenti nell'ordinamento (e, in particolare, al modello *in house*) e ai loro presupposti ordinari, la disposizione sarebbe inutile.

Tra questi due estremi, inaccettabili dal punto di vista ermeneutico, lo spazio per un significato residuale della disposizione è piuttosto ridotto.

Si potrebbe, ad esempio, pensare che la stessa si riferisca all'avvalimento a titolo gratuito, in quanto tale non incluso nella disciplina sugli affidamenti pubblici. In tal caso, però, la disposizione sarebbe di fatto difficilmente applicabile. A tacer d'altro, infatti, la prestazione di una società a partecipazione pubblica deve essere, infatti, pur sempre giustificata dal perseguimento di un interesse proprio o, nel caso di società *in house* di un'amministrazione diversa, da un interesse pubblico riconducibile a quest'ultima.

Analoghe problematiche vengono in rilievo con riferimento al richiamato art. 10 del d.l. n. 77/2021, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi di società *in house* qualificate ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Anche in tal caso si potrebbe in realtà individuare uno spazio di legittimità. In particolare, si potrebbe sostenere che la disposizione abilitante (il comma 1, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi delle società *in house* qualificate) si riferisca non a qualsiasi "società *in house*", intesa quest'ultima come modello tipologico astratto tale da includere in generale tutte le società *in house* anche quelle di altri enti pubblici sulle quali l'ente affidante non dispone di un controllo analogo⁽¹¹³⁾, ma solo alla/e società *in house* dell'amministrazione interessata.

Il valore aggiunto della disposizione speciale in esame consisterebbe nel mettere a servizio dell'amministrazione controllante il *know how* della società *in house* ordinariamente rivolto allo svolgimento della sua attività statutaria.

Una siffatta lettura, se da un lato avrebbe il merito ermeneutico di attribuire alla norma un significato utile e legittimo, dall'altro avrebbe una portata applicativa limitata e verosimilmente non in linea con la volontà più espansiva del legislatore.

Appare, dunque, più attendibile l'opinione⁽¹¹⁴⁾ che ha ricercato nella cooperazione

109 Art. 10, comma 4, del d.l. n. 77/2021.

110 Art. 9, comma 2, dello stesso d.l. n. 77/2021.

111 Da ultimo, sull'interpretazione delle richiamate disposizioni: G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, op. cit. Sull'art. 10 del d.l. n. 77/2021: J. SPOROLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art.10 d.l.77/2021*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2022, n. 31.

112 A tal riguardo appare condivisibile la posizione rigorosa espressa da H. BONURA, *Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via?*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 49 e ss. Più permissivo appare, invece, C. CONTESSA, op. ult. cit., 754.

113 J. SPOROLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art.10 d.l.77/2021*, op. cit., 124 e ss., che richiama anche A. Averardi, *PNRR investimenti e partecipate pubbliche*, op.cit., 298 sulla potenziale ampiezza della disposizione.

114 H. BONURA, op. ult. cit., 49 e ss.

pubblico-pubblico⁽¹¹⁵⁾ il fondamento di legittimità delle fattispecie in esame. A ciò si deve, invero, aggiungere che una possibilità analoga esiste di per sé nell'ambito del modello *in house*, laddove l'amministrazione controllante potrebbe disporre della società *in house* anche per svolgere un servizio a terzi. A quest'ultima possibilità dovrebbe fare riferimento implicito il richiamato art. 10 del d.l. n. 77/2021, laddove consente agli enti territoriali di avvalersi di società *in house* dello Stato “*per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*” (comma 4), affidando al Ministero dell'economia il compito di definire i contenuti minimi delle convenzioni di affidamento (comma 5).

In ogni caso, anche ad assecondare una prospettiva di questo tipo, nella cooperazione pubblico-pubblico è necessaria l'esistenza di obiettivi comuni alle parti, così come un'amministrazione controllante non potrebbe disporre in modo del tutto libero dell'attività della propria società *in house* a favore di terzi, quand'anche fossero pubbliche amministrazioni.

Né può ritenersi al riguardo che le disposizioni legislative in esame servano proprio per realizzare il presupposto legittimamente necessario: nel caso della cooperazione pubblico-pubblico, la cristallizzazione dell'obiettivo comune⁽¹¹⁶⁾. Non può, infatti, determinarsi in astratto e per legge un *quid* che attiene intrinsecamente alla dimensione concreta e che va ricavato dagli specifici ruoli, funzioni e interessi riconducibili ai soggetti interessati.

Ne consegue che le disposizioni in esame conservano l'utilità piuttosto marginale (e, comunque, impropria perché carente di contenuto prescrittivo) di favorire la realizzazione di accordi di cooperazione pubblica anche al fine di poter indirizzare l'attività delle società *in house* a favore di soggetti terzi impegnati nell'attuazione del PNRR.

La medesima esigenza organizzativa che è alla base delle disposizioni sul PNRR è già in realtà conosciuta nel nostro ordinamento e ha dato vita ad analoghe disposizioni, apparentemente volte a facilitare l'organizzazione amministrativa per fronteggiare situazioni emergenziali, ma dal perimetro molto esteso e incerto e, almeno in parte, anche potenzialmente illegittime.

In questo ambito possono essere incluse disposizioni di vario genere, da quelle che creano *ex lege* relazioni dirette tra soggetti privati e società *in house* di pubbliche amministrazioni⁽¹¹⁷⁾ a quelle – molto simili a quelle già esaminate – che concedono a soggetti pubblici la possibilità di avvalersi di società *in house* di altre pubbliche amministrazioni, a prescindere da qualsiasi collegamento organizzativo o proprietario tra i primi e la società *in house*⁽¹¹⁸⁾.

Mentre nel caso di avvalimento della società *in house* di un'amministrazione da parte di un operatore privato, per quanto si tratti di una misura singolare, non si pongono particolari problemi di legittimità, non essendo la fattispecie soggetta alla disciplina del Codice dei contratti pubblici né ad altra fonte pubblicistica, nel secondo caso, per scongiurare il rischio di illegittimità per violazione dei limiti europei sul perimetro dell'istituto, l'apparente ampiezza astratta della disposizione è stata ridimensionata in sede interpretativa alle ipotesi di avvalimento gratuito o comunque di società *in house*

115 Art. 12, comma 4, della Direttiva 2014/24/Ue recepito dall'art. 5, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

116 In questo senso H. BONURA, op. ult. cit., 53-54.

117 L'art. 10, comma 2, del d.l. n. 21/2022 (decreto Ucraina-bis), ad esempio, ha consentito ad ILVA S.p.A., nell'ambito di progetti di decarbonizzazione del ciclo produttivo, di avvalersi di organismi *in house* dello Stato.

118 Per far fronte alla realizzazione di interventi urgenti nel settore idrico, l'art. 1, comma 523, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) ha previsto che alcuni interventi previsti in un “*piano straordinario*” di settore siano realizzati da alcuni soggetti (concessionari di derivazione o da gestori di opere mediante convenzione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, peraltro almeno in parte privati), con la possibilità di “*avvalersi*” di “*enti pubblici e società in house delle amministrazioni centrali dello Stato, dotate di specifica competenza tecnica*”.

che non operano neppure in minima parte sul mercato⁽¹¹⁹⁾.

Il richiamato parere, per le ragioni già indicate, non appare risolutivo e non può essere molto d'ausilio in relazione alle fattispecie più recenti sopra esaminate. L'ipotesi della gratuità è, infatti, piuttosto teorica. Il riferimento alle società a totale partecipazione pubblica può comportare a tutto concedere qualche problema in meno in termini di responsabilità concreta, ma non elimina in sé la questione di fondo dell'illegittimità della previsione.

7. Tendenze ordinamentali in atto

Come anticipato in premessa, l'istituto dell'*in house* continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica e non sempre nella stessa direzione.

A tal riguardo, rispetto alla tendenza legislativa registrata in senso più permissivo, devono essere anzitutto segnalati interventi sublegislativi da parte dell'ANAC e sostenuti dall'AGCM, che sembrano muoversi in una direzione opposta di maggiore severità.

L'ANAC ha avviato di recente una consultazione che ha portato alla predisposizione di uno schema di Linee Guida sull'applicazione dell'art. 192, comma 2, del Codice⁽¹²⁰⁾. Sul testo si è espressa con un parere anche l'AGCM⁽¹²¹⁾, che ha chiesto e ottenuto un irrigidimento ulteriore dello stesso⁽¹²²⁾.

Nonostante le Linee Guida nascano con lo scopo di fornire mere "indicazioni pratiche" per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, la componente regolatoria innovativa del testo appare consistente⁽¹²³⁾.

A tal riguardo, si segnala l'introduzione dell'obbligo procedurale di anticipare la pubblicazione della motivazione dell'affidamento *in house*, la previsione di vincoli sostanziali e istruttori che restringono le possibilità di scelta anche di tipo istruttorio da parte delle amministrazioni, ben al di là di quanto stabilito oggi dal giudice amministrativo, la previsione di obblighi di controllo e monitoraggio, l'invasione in ambiti di schietta rilevanza legislativa (ambito di applicazione della normativa di rango primario, conseguenze per inosservanza delle norme, ecc.)

Questo approccio, al di là dell'intento virtuoso, non appare giuridicamente ineccepibile e, peraltro, reitera un'impostazione regolatoria già oggetto di censure in passato da parte del Consiglio di Stato⁽¹²⁴⁾.

119 Consiglio di Stato, Sez. I, parere, 21 novembre 2019, n. 2923.

120 Schema di Linee Guida aventi ad oggetto "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", cit.

121 Parere AGCM S4142 sullo schema di Linee Guida dell'ANAC.

122 Il parere dell'AGCM si è focalizzato, in particolare, sui seguenti punti: individuazione dell'ambito applicazione dell'art. 192, comma 2, con specificazione dell'inclusione dei servizi pubblici locali, motivazione anticipata delle ragioni della scelta *in house* anche in funzione di un maggior contraddittorio procedurale, limitazione dei fattori non economici in sede di motivazione dell'affidamento, definizione dei contenuti essenziali del contratto servizio, procedimentalizzazione della scelta attraverso il riferimento alla consultazione di mercato, previsione di *benchmark* puntuali e predefiniti da costruire sull'impresa media di settore efficiente, facendo ricorso a tal fine ai costi standard definiti da Autorità di settore, indicazione degli obiettivi di universalità e socialità anche nelle prestazioni strumentali. Sulle Linee Guida si sono espresse anche l'ART e l'ARERA, le quali però hanno ricordato il loro ruolo neutrale rispetto alle modalità di affidamento e mosso rilievi al carattere estensivo delle stesse su alcuni aspetti di competenza legislativa (ambito di applicazione della disposizione, conseguenza dell'inosservanza, ecc.).

123 In questo senso è anche l'opinione di A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 305.

124 L'ANAC è già intervenuta in materia in passato, in particolare con le Linee Guida del 2017 (Linee guida n. 7/2017 recanti "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", adottate in attuazione dell'art. 192, comma 1, del Codice dei contratti pubblici), tuttora in vigore e dedicate prevalentemente agli elementi costitutivi dell'*in house* e agli accorgimenti organizzativi e statutari per realizzarli. In quell'occasione il Consiglio di Stato intervenne per emendare il testo da alcuni eccessi regolatori invasivi della sfera legislativa (v. il parere interlocutorio Cons. St., Commissione speciale, 1° febbraio 2017 n. 282).

La natura sostanzialmente legislativa delle misure proposte è confermata dalla circostanza che ANAC e AGCM hanno chiesto una parte delle stesse come innovazioni auspicabili nell'ambito del procedimento legislativo di approvazione della legge annuale sulla concorrenza⁽¹²⁵⁾.

La direttrice emergente dalle richiamate Linee Guida appare, se non recessiva nel merito, quanto meno decontestualizzata rispetto alle fluttuazioni più generali che stanno caratterizzando l'ordinamento in generale e, in particolare, la disciplina degli affidamenti pubblici⁽¹²⁶⁾.

A tal riguardo, come già accennato in premessa, da un lato, è stata adottata la legge 21 giugno 2022, n. 78 recante “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, che è stata di recente attuata con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito anche “nuovo Codice dei contratti pubblici”).

Dall'altro lato, è stata adottata la legge 5 agosto 2022, n.118 “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, che al suo art. 8 reca la delega per il “*riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico*”. La disposizione è stata attuata con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (di seguito anche “Testo unico sui servizi pubblici locali”).

Con riferimento alla disciplina degli appalti pubblici, già dall'analisi della legge delega vengono in rilievo alcuni elementi di rottura rispetto alla direttrice rigorista del passato.

In primo luogo, quest'ultima non contiene più un riferimento al divieto di *gold plating*, cioè a un istituto tipico della formazione della legge avente valore procedurale o, comunque, non impediente rispetto a specifiche volontà estensive del legislatore in ordine alla maggior tutela di determinati valori o al perseguimento di finalità aggiuntive rispetto a quelle considerate dal diritto eurounitario.

La legge delega contiene invece un diverso criterio, che fa riferimento alla necessità di perseguire “*obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee*”⁽¹²⁷⁾. Si tratta di un indirizzo atipico, solo in parte riconducibile al divieto di *gold plating*. Pur nell'indefinitezza del criterio⁽¹²⁸⁾, se ne deve ricavare, dunque, un qualche valore preclusivo sostanziale o, comunque, di cautela restrittiva nella declinazione dei criteri direttivi della legge delega.

In secondo luogo, la legge delega – a differenza della precedente, sulla quale, come si è visto, la Corte costituzionale ha fatto perno per giustificare la legittimità costituzionale della disciplina restrittiva contenuta nell'art. 192, comma 2, del Codice – non contiene più alcuna attenzione specifica sull'istituto dell'*in house*.

Più in generale sembra emergere una effusione valoriale eterogenea, che fa perno certamente sui valori storici della disciplina, come la trasparenza e la concorrenza, ma con un'enfasi minore rispetto ad altri temi, sia sostanziali – come lo sviluppo sostenibile – sia procedurali, come la semplificazione e la tempestività realizzativa.

Da questo punto di vista, la legge delega sembra voler portare a sistema generale

125 ANAC, *Osservazioni al provvedimento e proposte emendative*, 28 febbraio 2021 che si focalizza soprattutto sulla pubblicazione anticipata della motivazione dell'affidamento *in house*. AGCM, Segnalazione S4143 relativa a “*proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”.

126 Questa appare la ragione di fondo che ha indotto il Consiglio di Stato in sede di parere a non dar seguito allo schema predisposto dall'ANAC in attesa degli sviluppi e della definizione del quadro legislativo di riferimento: Consiglio di Stato, Sez. consultiva, parere 7 ottobre 2021. n. 164, rilevando peraltro che, nel redigere le Linee Guida, l'ANAC non ha tenuto conto di alcune novità di diritto positivo già introdotte, come l'art. 10, d.l. n. 77/2021 già sopra esaminato. Per un commento: G. NATALI, *Passato, presente e futuro dell'in house nel recente parere interlocutorio del Consiglio di Stato sullo schema di linee guida ANAC*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2021.

127 Art. 2, comma 2, lett. a).

128 Per un primo commento sulla legge delega: B. G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022, pp. 589 e ss. Il contributo sottolinea il carattere aperto e indefinito della legge delega ed evidenzia alcuni elementi di contraddittorietà, che comunque lascerebbero molto margine di azione in sede delegata.

il quadro normativo speciale già previsto dall'ordinamento in funzione delle esigenze pragmatiche legate alla realizzazione del PNRR.

Il quadro evolutivo descritto è confermato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che conferisce dignità giuridica tipica al “*principio del risultato*”, assegnandogli peraltro il rango più alto come “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*”⁽¹²⁹⁾.

Nella declinazione dello stesso, vengono sì richiamati i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, ma in un'accezione essenziale e peraltro naturale e immanente agli stessi di controlimita. La portata innovativa del principio consiste nella specificazione del valore della “*massima tempestività*” e nella tutela tendenziale del rapporto qualità prezzo come “*migliore [...] possibile*”⁽¹³⁰⁾.

Sotto altro profilo, sia il valore della “concorrenza” sia quello della “trasparenza” vengono in qualche modo relativizzati attraverso l'attribuzione agli stessi di una funzionalità specifica⁽¹³¹⁾. Peraltro, nella funzionalizzazione della trasparenza si registra una qualche forzatura, che potrebbe anche indebolirla in termini di principio, perché è correlata ad obiettivi che non sono naturalmente il suo sviluppo e, cioè, la “*massima semplicità*” e la “*celerità*”⁽¹³²⁾.

La disposizione può essere letta come una protrazione dell'assetto valoriale speciale introdotto con il PNRR, che accentua al massimo grado il pragmatismo del risultato e, dunque, la necessità di pervenire al più presto all'impatto materiale dell'azione amministrativa. Venendo al tema in esame, il principio potrebbe favorire una lettura degli strumenti organizzativi disponibili, come l'*in house*, in termini di equivalenza e senza la necessità di dosarli in una scala di valori sostanziali e tra questi, in particolare, quello dell'efficienza.

Anche il “*principio della fiducia*”⁽¹³³⁾ costituisce un'innovazione rilevante rispetto al tema in esame. L'affermazione del principio in sé dovrebbe comportare un effetto di rottura in termini di approccio regolatorio e applicativo alla materia, storicamente costruita in passato sull'assunto opposto della sfiducia nei confronti dell'azione pubblica⁽¹³⁴⁾.

Più in concreto, nella misura in cui il principio della fiducia “*favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*”⁽¹³⁵⁾, dovrebbe portare a un maggior rispetto per gli spazi di autonomia decisionale propri dell'amministrazione, che peraltro – in senso ancora più permissivo – vengono parametrati rispetto al risultato.

Emerge, dunque, un'enfasi per l'aspetto finalistico o, per usare una terminologia giuridica già tipizzata nel diritto amministrativo, per l'efficacia e non anche per i principi condizionali che usualmente allo stesso si correlano, come quello dell'efficienza o dell'economicità⁽¹³⁶⁾.

129 Art. 1, comma 4.

130 Art. 1, comma 1.

131 La relazione di accompagnamento svolge un'analisi sul “valore” della concorrenza, intesa come “mezzo” e non come “fine” da perseguire ad ogni costo, facendo riferimento a una “demitizzazione” (p. 13).

132 Art. 1, comma 2.

133 Art. 2, rubricato “*principio della fiducia*”.

134 Sulla sfiducia che permea l'impostazione legislativa tradizionale in materia. M. CLARICH, *Introduzione, in Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2019, XXXIII e ss. Il punto è sottolineato anche dalla Relazione di accompagnamento, che parla di logica della “sfiducia” e del “sospetto” con tutte le storture che ne sono derivate in termini di “paura della firma” e “burocrazia difensiva” (p. 14).

135 Art. 2, comma 2.

136 L'Art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 stabilisce che “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*”. Il principio dell'efficienza non è espressamente richiamato, ma è incluso in quello dell'economicità: M. TRIMARCHI, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, 2 e ss.

Rispetto alle emersioni di principio richiamate, non vengono in rilievo controlimiti giuridicamente apprezzabili. Se si guarda, infatti, al principio di concorrenza, a parte riferimenti incidentali o comunque aventi prescrittività marginali, allo stesso viene dato il rango di valore di principio in un'accezione molto ristretta.

Il principio viene richiamato quasi come specie o comunque come aspetto di un principio più generale che è quello dell'“*accesso al mercato*”¹³⁷.

Già la rubrica dell'articolo rende l'idea che la disposizione non si riferisce alla dimensione a monte del rapporto tra sfera dell'autorganizzazione pubblica e quella di mercato, ma solo a quest'ultima.

Inoltre, la portata sostanziale del principio e del *favor* all'accesso al mercato è ridimensionata dal rimando alle “*modalità indicate dal codice*”. L'espressione riduce i margini di autonomia della disposizione, rimandando alla disciplina puntuale dei singoli istituti.

In ogni caso, in linea peraltro con le direttrici del passato e per il vero anche della disciplina euorunitaria¹³⁸, il principio della concorrenza viene confermato in un'accezione ristretta che valorizza il dovere di imparzialità e il divieto di discriminazione. Si tratta di prescrizioni che si riferiscono al trattamento degli operatori economici e non al perimetro tra sfera pubblica e sfera di mercato.

Questo quadro di principio trova un punto di caduta nella disciplina *ad hoc* dell'affidamento *in house*, contenuto nell'art. 7 del nuovo Codice dedicato al “*Principio di auto-organizzazione amministrativa*”.

La rubrica della disposizione positivizza un concetto fino ad oggi utilizzato solo in giurisprudenza e in dottrina. L'espressione in sé, dunque, non costituisce una novità, ma sembra implicare una scelta precisa in ordine alla collocazione concettuale del tema nella dimensione dell'autodeterminazione organizzativa dell'amministrazione.

Quanto agli aspetti sostanziali, benché la legge delega e il quadro di principio esaminato farebbero propendere per un ripensamento in riduzione dell'attuale disciplina, la disposizione appare molto simile all'attuale art. 192, comma 2, del Codice vigente.

In realtà si tratta di una contraddizione solo apparente.

In primo luogo, la disposizione introduce espressamente un nuovo criterio, quello della “*celerità del procedimento*”¹³⁹, che rende ancora più discrezionale la scelta dell'amministrazione facendo riferimento a un valore che potrebbe essere ritenuto prevalente rispetto ad altri, anche di convenienza economica, nell'ambito della scala di valori che l'amministrazione può individuare nella valutazione complessiva del singolo caso.

In ogni caso, il riferimento normativo conferma la linea di continuità valoriale con la più recente legislazione più permissiva in materia di PNRR (v. *supra*).

In secondo luogo, la disposizione svolge una necessaria revisione sintattica dell'art. 192, comma 2, del Codice. Questa attività, apparentemente formale, ha un risvolto in termini sostanziali perché rende ancor più chiaro il carattere olistico, unitario e complessivo dell'obbligo di motivazione con ciò conferendo maggior spazio di autonomia alla decisione amministrativa. La nuova disposizione, da considerarsi un perfezionamento sintattico della precedente, sembra confermare sotto altro profilo che in fondo l'obbligo di motivazione previsto non si allontana di molto da quello che sarebbe ordinariamente richiesto in base ai principi generali.

Il riequilibrio valoriale registrato è ricavabile anche dalla disposizione speciale re-

137 Art. 3, rubricato “*Accesso al mercato*”.

138 Questa prospettiva restrittiva emerge dall'analisi di diritto positivo sopra esposta al paragrafo 4. Su questi temi, per un'analisi generale più approfondita, v. già: M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, cit.

139 Art. 7, comma 2.

lativa alle “prestazioni strumentali”¹⁴⁰). In tal caso, laddove gli elementi di “socialità” sono assenti quasi *a priori* o molto più sfumati rispetto agli affidamenti che riguardano servizi alla collettività, l’elemento dell’economicità dovrebbe avere fisiologicamente carattere preminente. E, invece, la disposizione introduce un ulteriore correttivo che va nel senso di ampliare la libera autodeterminazione dell’amministrazione, laddove prevede che la valutazione possa tener conto dell’esigenza di “celerità” o di “perseguimento di interessi strategici”.

La disposizione, comunque, non va letta solo come indice di un indirizzo generale di politica legislativa sul rapporto tra azione pubblica e mercato, ma come espressione di esigenze effettivamente reali e determinate dalle problematiche dei tempi. Si pensi, ad esempio, alla possibile esigenza strategica di internalizzare i servizi informatici o digitali in presenza di rischi crescenti di attacchi esterni non affrontabili mediato l’approccio regolatorio tradizionale.

È innegabile, comunque, una scelta di principio di maggiore protezione della sfera autodeterminativa dell’amministrazione. A tal riguardo, con riferimento alla dimostrazione dei “vantaggi di economicità”, la disposizione si limita a stabilire che gli stessi “possono emergere” anche mediante la comparazione con gli *standard* di riferimento della società Consip S.p.A. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri ovvero oppure, in mancanza, con gli *standard* di mercato.

In presenza di un elemento di comparazione tendenzialmente oggettivo, come i “vantaggi di economicità”, la disposizione poteva essere ben più assertiva, univoca e vincolante. E, invece, la stessa non esclude, perlomeno in astratto, la possibilità dell’amministrazione di ricorrere a chiavi motivazionali alternative.

Qualche cenno finale merita la riforma dei servizi pubblici locali, come anticipato, avviata sulla base della disposizione di delega contenuta nell’art. 8 della legge annuale per la concorrenza 2021 e definita in sede delegata con il richiamato d.lgs. n. 201/2022.

A differenza della disciplina sugli appalti, quella sui servizi pubblici locali prende in specifica considerazione e sotto diversi punti di vista la società *in house*, denominata spesso nelle norme anche come società o modello di “autoproduzione”.

L’analisi della delega rivela immediatamente un primo profilo di contraddittorietà. Da un lato, infatti, uno dei criteri direttivi enfatizza la necessità del “coordinamento” della disciplina con quella in materia di contratti pubblici e in materia di società a partecipazione pubblica. Il criterio non lascerebbe, dunque, ipotizzare innovazioni rilevanti.

Dall’altro lato, però, emerge la volontà del legislatore di contenere in modo significativo l’utilizzo della società *in house*.

Infatti, sebbene il criterio di delega specifico sull’affidamento *in house*, al netto di qualche irrigidimento, non sembri molto dissimile dall’analoga norma prevista in materia di appalti pubblici, la differenza di rigore è data dalle ulteriori norme restrittive di carattere indiretto.

A tal riguardo, in primo luogo, la delega prevede a monte una revisione dei regimi di esclusiva, da giustificare in modo puntuale, secondo adeguatezza e proporzionalità, in considerazione delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento¹⁴¹.

In secondo luogo, la delega prevede un controllo permanente dell’affidamento *in house*. La *ratio* di tale impostazione è di evitare che la motivazione dell’affidamento *in house* rimanga uno schermo statico e virtuale di legittimità e di rendere effettiva la

140 Art. 7, comma 2, terzo periodo.

141 comma 2, lett. d).

valutazione prognostica di maggiore convenienza complessiva resa in tale sede.

A tal riguardo, in particolare, viene prevista un'ipotesi di razionalizzazione specifica laddove i risultati effettivi della gestione non giustifichino il mantenimento dell'autoproduzione⁽¹⁴²⁾.

Inoltre, è previsto un rafforzamento inedito della trasparenza, prevedendo una raccolta ed elaborazione permanente di dati con riferimento, tra l'altro, alla “*comprensibilità degli atti*” e dei “*dati concernenti la scelta del regime di gestione*” e al “*concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico*”⁽¹⁴³⁾.

Nella direttrice rigorista merita di essere evidenziato il criterio di delega che include nella disciplina generale delle modalità di affidamento anche il settore del trasporto pubblico locale, storicamente soggetto a una disciplina speciale autonoma e di maggior favore per il modello *in house*⁽¹⁴⁴⁾.

Il Testo unico attuativo è coerente con l'impostazione della legge delega.

In realtà se si guarda all'atto di affidamento, se è vero che emerge una qualificazione ancora più puntuale e incalzante della motivazione (si pensi alla necessità di dar conto degli investimenti da effettuare e dei mezzi necessari, all'obbligo di dar conto delle pregresse gestioni, all'impatto sulla finanza pubblica, ecc.), dall'altro lato emerge invece un principio di parità di trattamento tra le varie forme di affidamento⁽¹⁴⁵⁾.

È la conferma che la motivazione qualificata prevista non è altro che l'espressione del comune obbligo di motivazione tra diverse opzioni disponibili, ma con la predefinita puntuale degli aspetti razionali da considerare per renderla soddisfacente. È chiaro che di fatto questo approccio incalzante rischia di penalizzare l'affidamento *in house*, ma non per una sfiducia nei confronti dell'istituto in sé quanto per il fatto che in sede applicativa lo stesso ha goduto in passato di un approccio superficiale di favore.

Altri stringenti vincoli sono stati disciplinati a monte (es. limitazione alla previsione di esclusive)⁽¹⁴⁶⁾ o in modo indiretto (es. obbligo di monitorare la *performance* della società *in house* con l'emersione di dati che divengono ineluttabili in sede di motivazione)⁽¹⁴⁷⁾.

In tal modo, il Testo unico non solo appare in linea con le previsioni della legge delega, ma è stato costruito in modo tale da evitare la questione della compatibilità della nuova normativa con la volontà referendaria del 12 e 13 giugno del 2011, come si è visto ancora attuale.

A tal riguardo, infatti, la compressione dell'istituto non è avvenuta replicando il modello dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (o successivo art. 4 del d.l. n. 95/2012), ma – al pari della normativa sopra esaminata in materia di appalti pubblici – qualificando l'onere di motivazione. Inoltre, come si è detto, il Testo unico agisce restrittivamente su altri aspetti, sia a monte sia a valle.

Se il complesso dell'attività legislativa appare nella sostanza costituzionalmente legittimo, difetta un coordinamento (in termini di rigore della disciplina) con la parallela evoluzione legislativa in materia di appalti, nonostante un siffatto coordinamento fosse espressamente indicato come criterio direttivo.

In ogni caso, rispetto all'andamento ondivago dell'istituto a cui si è fatto cenno in premessa, ci troviamo oggi di fronte a un intreccio di discipline che potrebbero andare

142 comma 2, lett. i).

143 comma 2, lett. u).

144 comma 2, lett. m).

145 Il Testo unico contiene la disciplina dell'affidamento *in house* all'art. 17 (la disciplina è analoga, seppur con qualche aggravamento, a quella contenuta nell'art. 192 del Codice e nel nuovo Codice dei contratti pubblici sopra esaminato), ma esiste una disciplina generale comune a tutte le forme di affidamento nell'art. 14.

146 Art. 10 e ss.

147 Art. 17, comma 5, e art. 30.

in direzione diversa. Con un paradosso: l'opzione *in house* nei servizi pubblici locali, in passato resa più agevole dall'esito referendario del 2011, diviene più difficile rispetto alla medesima opzione nell'ambito degli appalti pubblici⁽¹⁴⁸⁾.

8. Conclusioni

Il contributo ha fornito l'occasione per analizzare l'evoluzione ordinamentale in corso e proiettare il modello *in house* nel futuro, ma anche per chiarire qualche aspetto del passato che continua ad essere oggetto di dibattito.

Dopo la compressione subita di recente dall'istituto, nel moto pendolare tipico degli istituti dell'intervento pubblico nell'economia, la transizione in atto legata agli ambiziosi obiettivi realizzativi del PNRR colloca l'*in house* in una fase di ascesa, sia pure dai contorni non definiti.

Il contributo parte dai dati economici. In questa prospettiva, il tema può essere scomposto in due dimensioni.

Da un lato, si può vedere il ruolo della società *in house* nell'economia. Sebbene non esistano analisi dedicate, diverse evidenze confermano che le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa, o perlomeno, meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento.

Dall'altro lato, si può parlare di economia della società *in house*. Anche su questo aspetto mancano studi dedicati, ma i dati raccolti rivelano un'accentuazione ulteriore degli indicatori di efficienza che già caratterizzano in modo negativo le società a partecipazione pubblica. Per quanto l'efficienza possa legittimamente non essere considerata un valore assoluto del modello, ma un fattore da assoggettare a compromesso, i dati raccolti evidenziano una realtà che van ben al di là, mettendo in discussione i tratti identitari minimi del modello di organizzazione societario.

Nella dimensione più strettamente giuridica, sebbene il quadro legislativo e in particolare l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici siano stati sostanzialmente blindati sia rispetto all'ordinamento costituzionale interno sia rispetto a quello eurounitario, gli orientamenti giurisprudenziali esaminati hanno fornito diversi profili di analisi che potrebbero ritornare utili anche in futuro.

Anzitutto, l'art. 192 del Codice è stato connotato in modo eccessivamente estremo dal dibattito giuridico. Le considerazioni esposte dovrebbero attenuare il tratto di specialità e di maggiore gravosità con il quale l'art. 192, comma 2, del Codice viene in genere descritto.

A ben vedere, infatti, l'onere motivazionale previsto non si allontana molto da quello che, in base ai principi generali, dovrebbe fisiologicamente sorreggere un atto di affidamento tra diverse opzioni disponibili.

Più che un onere di motivazione di maggiore gravosità o rafforzato, la disposizione ha preso atto di una sistematica disfunzione applicativa (la sommarietà dell'azione amministrativa nel preferire l'*in house*) e ha puntualizzato i parametri motivazionali da soddisfare. L'asimmetria di trattamento che si vede non è altro che il riflesso dell'asimmetria applicativa che era stata riscontrata nell'esperienza.

In definitiva, più che imporre un onere in più gravoso, la disposizione ha inteso dare effettività all'obbligo di motivazione. Norme di questo tipo si pongono a metà strada tra l'esigenza di un'innovazione rigoristica sostanziale del quadro normativo e quella di dover assicurare l'effettività di obblighi già esistenti, ma elusi da prassi poco virtuose.

Ciò premesso, nella prospettiva eurounitaria, la Corte di giustizia ha confermato

148 In senso analogo A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 306.

l'indifferenza dell'ordinamento per le opzioni organizzative a disposizione delle pubbliche amministrazioni per l'acquisizione dei beni e servizi strumentali o per l'esecuzione di servizi pubblici nei confronti della collettività.

Una volta precisati gli elementi costitutivi dell'istituto, dall'ordinamento eurounitario non possono inferirsi vincoli in positivo per l'ordinamento nazionale in termini di sfavore dell'*in house* rispetto al modello alternativo dell'internazionalizzazione.

L'analisi ha peraltro fornito l'occasione per riflettere sulla nozione giuridica di "concorrenza" nel diritto eurounitario degli appalti pubblici. Emerge in particolare una nozione minimale e ristretta, che non si occupa del perimetro tra Stato e mercato, ma di come lo Stato deve comportarsi se la sua azione influenza il mercato. La tutela della concorrenza incide sull'azione pubblica solo nella dimensione a valle in cui la pubblica amministrazione ha già deciso di rivolgersi al mercato e si concreta, dunque, nel divieto di discriminazione tra operatori economici, siano essi pubblici o privati.

Questa prospettiva porta peraltro a dubitare che qualsiasi aspetto della disciplina del modello afferisca necessariamente alla materia della "tutela della concorrenza", con tutto quello che se ne deve ricavare nei rapporti tra Stato e Regioni. Una volta, infatti, che sia definita la linea di demarcazione tra ciò che è *in house* e ciò che non lo è, ulteriori scelte restrittive sulla preferenza del modello come modalità d'azione pubblica rispondono più ad altri valori, come quello dell'efficienza, piuttosto che a quello della tutela della concorrenza.

Sul versante costituzionale interno, la Corte costituzionale, sebbene chiamata a pronunciarsi su aspetti procedurali relativi alla formazione della legislazione sull'*in house* (divieto di *gold plating* e rispetto dei criteri di delega legislativa del 2016), ha manifestato un eccesso di protezione nei confronti della tendenza legislativa restrittiva degli ultimi anni. Peraltro, nel merito, anche l'invocazione della materia "tutela della concorrenza" a protezione complessiva dell'istituto è apparsa a tratti forzatamente estensiva.

In questo contesto, si innestano i fermenti ordinamentali più recenti.

A tal riguardo, il contributo dimostra l'esistenza di una direttrice legislativa speciale, che di fatto ha eroso in modo significativo l'apparente severità della normativa restrittiva generale contenuta nel richiamato art. 192 del Codice.

Questa direttrice, già presente nel nostro ordinamento, ha visto il suo apice nella legislazione relativa al PNRR, condizionata da pressanti esigenze realizzative. In questo quadro, il legislatore sembra valorizzare ogni possibile strumento organizzativo utile e, tra questi, anche gli istituti – come l'*in house* – che potremmo definire di autorizzazione amministrativa o anche quelli di interazione amministrativa.

Laddove, però, alcuni osservatori hanno visto in questa tendenza un tratto valoriale di consapevole strategicità, il contributo mantiene un giudizio più cauto che depone per un'impostazione meno strategicamente orientata. Le disposizioni di favore in esame non nascono da un atto di fiducia del legislatore nel modello, ma da esigenze contingenti di opportunità – peraltro sostenute dagli apparati amministrativi in difficoltà e in ritardo con gli strumenti organizzativi ordinari – di eliminare ogni possibile irrigidimento organizzativo esistente, quand'anche avente finalità virtuose di efficienza.

In altre parole, in linea con la logica del risultato e della tempestività propria della direttrice legislativa connessa al PNRR, l'obbligo di motivazione previsto in generale è stato ricalibrato attenuando il profilo dell'efficienza a favore di quello dell'efficacia.

Peraltro, la direttrice espansiva in esame ha generato fattispecie di favore caratterizzate da diversi livelli di specialità. Alcune di queste – come ad esempio la disposizione che attribuisce la possibilità agli enti territoriali di avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house* delle amministrazioni statali o quella che autorizza l'avvalimento di società a prevalente capitale pubblico, degli enti del sistema camerale

e degli enti vigilati – potrebbero avere effetti potenzialmente dirompenti, perché porterebbero a configurare la possibilità di affidamenti diretti ben al di là dei paletti indisponibili stabiliti nell'ordinamento eurounitario.

Intanto, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – inclusi quelli di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft law* – e non sempre nella stessa direzione.

In particolare, l'ANAC è intervenuta in una dimensione applicativa con interventi che hanno lasciato spazio, come spesso accade, a un margine regolatorio di conformazione innovativa, esercitata sempre nella direzione di restringere le possibilità di ricorso all'istituto.

Nella stessa direttrice teleologica, l'ANAC – spesso in concomitanza con l'AGCM, in ragione della rilevanza concorrenziale della materia – ha in più occasioni sollecitato ulteriori interventi normativi in senso ancor più rigorista.

Queste direttrici contrastanti vanno peraltro contestualizzate in un quadro più generale in cui a fluttuare è l'intera disciplina relativa agli affidamenti pubblici, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e del Testo unico in materia di servizi pubblici locali.

Anche da questi eventi di portata più generale emergono dati non univoci, che dimostrano l'assenza di una direttrice legislativa certa e coerente.

Da un lato, la legge delega sui contratti pubblici fa emergere un approccio essenzialista alla regolazione e nel merito a un approdo di maggior rispetto per l'autodeterminazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni. Questa impostazione ha avuto un coerente punto di caduta nel nuovo Codice dei contratti pubblici che ha valorizzato il principio del “risultato” e il principio della “fiducia”.

Anche la disciplina più specifica dell'*in house* ne è una conferma, con una revisione degli oneri procedurali e sostanziali in termini di minore specialità.

Dall'altro lato, però, la legge sulla concorrenza ha aperto un varco di maggior rigore. Ne è conferma il Testo unico in materia di servizi pubblici locali che ne è scaturito, dove l'*in house* viene sostanzialmente “cinturato”, più che da vincoli relativi alla motivazione dell'affidamento, da presidi a monte, che rendono più difficile la costituzione di regimi di esclusiva (terreno fertile per la diffusione dei modelli *in house*), e a valle, che rendono permanente il controllo della performance della società *in house*. La *ratio* di tale impostazione è di evitare che la motivazione dell'affidamento *in house* rimanga uno schermo statico e virtuale di legittimità e di rendere effettiva la valutazione prognostica di maggiore convenienza complessiva resa in tale sede.

Nella nuova stagione dell'*in house*, rispetto all'andamento ondivago dell'istituto a cui si è fatto cenno in premessa, sembra di trovarsi oggi di fronte a un intreccio di discipline che potrebbero andare in direzione diversa. Con un paradosso: l'opzione *in house* nei servizi pubblici locali, in passato resa più agevole dall'esito referendario del 2011, potrebbe divenire più difficile rispetto alla medesima opzione nell'ambito degli appalti pubblici.

Il Consiglio di Stato e le concessioni demaniali marittime: la nuova proroga automatica della legge n. 14 del 2023 va disapplicata perché si pone in contrasto con la Direttiva Bolkenstein

Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192 *

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il fatto oggetto del giudizio di primo grado. 3. La decisione del Consiglio di Stato. 3.1. L'appello incidentale 3.2. L'appello principale. 4. Considerazioni finali.

DI GIANLUCA BRIGANTI

ABSTRACT: Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2192 del 2023, è tornato ad a pronunciarsi sulla controversa questione relativa alla “proroga delle concessioni demaniali marittime”. Tale pronuncia, coerentemente con i precedenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa maggioritaria, è la prima a dichiarare - seppur incidentalmente - il frontale contrasto della nuova norma contenuta nell’art. 10-quater, comma 3, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE (la c.d. Direttiva Bolkenstein). Affermato il conflitto sistemico tra normativa europea e scelte politico-legislative nazionali - che si protrae da oltre un decennio - la pronuncia in oggetto, confermando quanto statuito dalle Adunanze plenarie gemelle del Consiglio di Stato del 2021, ha riaffermato la natura di norma self-executing dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE statuendo la sua immediata applicabilità nell’ordinamento interno e, conseguentemente, ordinando la disapplicazione dei nuovi interventi normativi del Legislatore nazionale.

ABSTRACT: *The Council of State, in judgment no. 2192 of 2023, has once again ruled on the controversial issue of the “extension of maritime state concessions”. This ruling, in line with previous orientations of the majority administrative case law, is the first to declare - albeit incidentally - the frontal contrast of the new provision contained in article 10-quarter, paragraph 3, of decree-law 29 December 2022, no. 198 with article 12 of Directive 2006/123/EC (the so-called Bolkenstein Directive). With the systemic conflict between European legislation and national political-legislative choices - which has been ongoing for over a decade - the judgment in question, confirming what was established by the twin plenary meetings of the Council of State in 2021, reaffirmed the self-executing nature of Article 12 of Directive 2006/123/EC, establishing its immediate applicability in the internal legal system and, consequently, ordering the disapplication of the new legislative interventions of the national legislature.*

1. Premessa

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 1 marzo 2023, n. 2192, è ritornato a pronunciarsi sulla controversa questione relativa alla proroga delle concessioni demaniali

* In Giurisprudenza e Controllo

marittime⁽¹⁾.

La sentenza *de qua*, coerentemente con i precedenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa maggioritaria⁽²⁾, è la prima a dichiarare - seppur incidentalmente⁽³⁾ - il frontale contrasto della nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198⁽⁴⁾ (convertito in legge 24 febbraio 2023, n. 14) con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (la c.d. Direttiva *Bolkenstein*)⁽⁵⁾.

Affermata la conflittualità sistemica tra normativa europea e scelte politico-legislative nazionali - che si protrae da oltre un decennio - la pronuncia in oggetto, confermando quanto statuito dalle Adunanze plenarie del Consiglio di Stato del 2021⁽⁶⁾, ha riaffermato la natura di norma *self-executing*⁽⁷⁾ dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE statuendo la sua immediata applicabilità nell'ordinamento interno e, conseguen-

1 La letteratura sul tema delle "concessioni" è vastissima. Sul punto, si segnala una delle prime storiche definizioni ad opera di O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, Fratelli Bocca Editore, 1894, 11, il quale si afferma che: «la concessione di lavori pubblici, o di lavori e gestione insieme, era un atto amministrativo proprio, un atto d'imperio unilaterale» motivando la conclusione in ragione del «modo come questi appaiono concepiti dal nostro legislatore nelle varie nostre leggi, le quali tra l'altro parlano di decreti di concessioni o di leggi di concessione, unificando così in un solo atto tutto il contenuto della concessione». Nello specifico, sul tema delle "concessioni demaniali" si veda *ex multis* E. SILVESTRI, *Natura giuridica dei diritti nascenti dalle concessioni amministrative di beni demaniali*, Milano, Giuffrè, 1950; M. L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, Giuffrè, 1990; G. MANGIALARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale, in Urbanistica e Appalti*, Milano, Ipsosa, 2009 1209; A. SALA, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Roma, Aracne, 2018; A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; P. PERRONE, *Concessioni demaniali marittime nella nuova prospettiva all'interno dell'Unione europea*, Padova, Primiceri, 2019; M. TIMO, *Funzioni amministrative e attività private di gestione della spiaggia. Profili procedurali e contenutistici delle concessioni balneari*, Torino, Giappichelli, 2020; A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021; S. BERTUZZI, G. COTTARELLI, C. CUSUMANO, *Concessioni demaniali marittime*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore 2022.

2 Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 18. In tali pronunce si riprendono i principi della giurisprudenza europea esplicitati nella sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 luglio 2016, in C-458/14. Da ultimo, si veda Giustizia dell'Unione Europea, 20 aprile 2023, in C-348/22.

3 Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2192, p. 16, nella quale si afferma, seppur incidentalmente, che «In conclusione giova soltanto soggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

4 La norma recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi" ha previsto all'art. 10-*quater*, rubricato come "Tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali", che «Ai fini dell'espletamento dei compiti del tavolo tecnico di cui al comma 1, ai commi 3 e 4 dell'articolo 3 della legge 5 agosto 2022, n. 118, le parole: "31 dicembre 2024", ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2025". Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori».

5 La Direttiva *Bolkenstein* (conosciuta anche come "Direttiva servizi"), relativa ai servizi nel mercato interno, con la quale all'art. 12 (rubricato "Selezione tra diversi candidati") è stato stabilito che «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

6 Il riferimento è alle già menzionate pronunce del Consiglio di Stato: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 18.

7 Le direttive sono strumenti normativi dell'Unione europea attraverso i quali viene stabilito un obiettivo da raggiungere entro un termine determinato, lasciando agli Stati membri la scelta dei mezzi e delle modalità per attuare tale obiettivo nel proprio ordinamento giuridico nazionale. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per poter considerare una direttiva come "self-executing" e quindi capace di produrre effetti giuridici diretti nei confronti dei privati senza la necessità di una trasposizione da parte degli Stati membri, devono essere soddisfatti i seguenti requisiti: La direttiva deve essere "precisa e incondizionata": ciò significa che la disposizione contenuta nella direttiva deve essere chiara e specifica, e non deve dipendere da ulteriori atti o disposizioni per essere applicata; La disposizione contenuta nella direttiva deve essere suscettibile di conferire diritti ai privati: in altre parole, la norma deve prevedere l'attribuzione di un diritto preciso e determinato ai soggetti privati. La disposizione contenuta nella direttiva non deve essere ancora stata attuata dagli Stati membri: se gli Stati membri hanno già adottato le misure necessarie per attuare la disposizione della direttiva, allora il privato dovrà fare valere i propri diritti sulla base delle norme di diritto nazionale che implementano la direttiva.

temente, ordinando la disapplicazione dei nuovi interventi normativi del Legislatore nazionale.

2. Il fatto oggetto del giudizio di primo grado

Nel giudizio di primo grado - incardinato innanzi alla prima sezione del T.A.R. Puglia - l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (c.d. AGCM), legittimata ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 21-*bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287⁽⁸⁾, ha impugnato la delibera del Comune di Manduria 19 novembre 2020, n. 27 avente ad oggetto “atto di indirizzo per l'applicazione dell'estensione ex lege della durata delle concessioni demaniali marittime vigenti”, nonché delle annotazioni apposte in calce ai titoli concessori.

L'Amministrazione locale, infatti, facendo leva su quanto stabilito dalla normativa vigente, disponeva la proroga dei titoli concessori (relativi a tutti i concessionari indicati nella nota del Comune di Manduria prot. n. 15890 del 26 marzo 2021) fino al 31 dicembre 2033.

L'AGCM preso atto che la già menzionata delibera si poneva in contrasto con gli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁽⁹⁾ e, in generale, con la normativa europea dalla Direttiva *Bolkestein*. ha notificato all'Amministrazione locale un parere motivato ex art. 21-*bis* della L. 287/1990. Nel parere si evidenziava l'esigenza del previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica e, conseguentemente, si richiedeva l'obbligo di disapplicazione della normativa interna confliggente con la normativa europea.

Il Comune, tuttavia, contrastando l'orientamento affermato nel parere dell'AGCM, controdeduceva la legittimità del suo operato sostenendo, tra l'altro, la mancanza della natura “auto-esecutiva” (o *self-executing*) della Direttiva *Bolkestein*.

Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione comunale, l'AGCM proponeva ricorso innanzi al competente T.A.R. chiedendo l'annullamento della predetta delibera e di tutte le indicazioni o attestazioni di proroga apposte in calce ai titoli concessori.

Sinteticamente, il T.A.R. Puglia, con la sentenza 29 giugno 2021, n. 981, non accoglieva il ricorso dell'Autorità indipendente affermando, principalmente, la mancanza di auto-esecutività della direttiva 2006/123/CE e riportando i precedenti giurisprudenziali.

8 La norma recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato” ha previsto all'art. 21-*bis*, rubricato “Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza”, che «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni».

9 Sul punto, l'art. 49 TFUE prevede che «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali» e, analogamente, l'art. 56 TFUE statuisce che «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

ziali del medesimo Tribunale amministrativo⁽¹⁰⁾.

3. La decisione del Consiglio di Stato

Nella pronuncia in oggetto la Sesta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, riformando la decisione del giudice di prime cure (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981), ha accolto l'appello principale proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ritenendo illegittimo l'operato della Amministrazione comunale.

La sentenza, al fine di adempiere al principio di economia processuale, ha ritenuto pregiudiziale la trattazione dei quattro motivi di gravame dell'appello incidentale proposto dall'Amministrazione comunale; successivamente, non accogliendo l'appello incidentale, il Collegio ha esaminato gli ulteriori quattro motivi dell'appello principale accogliendo le doglianze dell'AGCM.

3.1 L'appello incidentale

Nel primo motivo di appello incidentale si deduce che il Giudice di primo grado avrebbe errato a disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso promosso dall'AGCM, basata sulla presunta illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 21-bis della L. n. 287/1990, che attribuisce all'Autorità la legittimazione *“ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*⁽¹¹⁾.

Il Consiglio di Stato respinge tale doglianza. Viene affermato che la disposizione *de qua* non introduce un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, che potrebbe fondare un contrasto con l'art. 103 Cost., bensì, la particolare legittimazione di cui si discute contribuirebbe ad una più completa tutela della concor-

10 Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981 il quale, con riferimento alla Direttiva *Bolkenstein*, ha affermato che *«Della natura ordinaria, e non già self-executing della direttiva servizi, risulta peraltro in qualche modo consapevole la stessa ricorrente, atteso che nella memoria di replica del 28 maggio 2021 assume che la direttiva risulterebbe “espressiva di norme immediatamente precettive – in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale norma di divieto”, assumendo che così delimitata e circoscritta la norma unionale al mero divieto la stessa non richiederebbe “alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli stati membri”. Appare evidente, viceversa che la direttiva servizi non risulti immediatamente applicabile proprio con riferimento alla disciplina positiva, atteso che la stessa richiede allo stato nazionale di completare le astratte previsioni della direttiva con norme di dettaglio e disposizioni attuative. Così, ad esempio, con riferimento a procedure di gara ad evidenza pubblica caratterizzate anzitutto da trasparenza, appare evidente l'esigenza di definire una normativa di attuazione uniforme per l'intero territorio nazionale, in ordine al tipo di gara, al criterio di selezione, alle forme di pubblicità, ai requisiti soggettivi di partecipazione, alla durata della concessione ecc.»*

11 *Ex multis*, sul tema, si veda N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 3, 2019. Inoltre, in merito agli orientamenti giurisprudenziali, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720 nel quale si afferma che *«L'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21-bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole e alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato».*

renza e del corretto funzionamento del mercato⁽¹²⁾.

L'art. 21-*bis*, dunque, contemplerebbe un'azione a tutela della concorrenza qualificabile come interesse diffuso che, diversamente dalle ordinarie modalità di tutela degli interessi diffusi (attribuita ad associazioni o enti), viene affidata ad un'Autorità amministrativa indipendente⁽¹³⁾.

Si evidenzia, inoltre, come il quadro normativo sia orientato nell'ampliare i casi di legittimazione ad agire non ancorati ai "canonici criteri" di individuazione della situazione di interesse legittimo; in tal senso, ne costituirebbero un esempio le ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria e quella del Ministero dell'Economia e delle Finanze relativamente ai regolamenti sulle entrate tributarie delle province e dei comuni⁽¹⁴⁾.

In definitiva, il sistema di legittimazione dell'AGCM, delineato dall'art. 21-*bis* della L. n. 287/1990, risulterebbe pienamente coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.

Nel secondo motivo si deduce che il Tribunale amministrativo avrebbe errato a ritenere irrilevante, ai fini dell'ammissibilità del gravame, l'omessa impugnazione delle circolari del 25 febbraio 2019, n. 4184 e del 28 ottobre 2019, n. 21804, nonché degli ulteriori atti di indirizzo espressi dall'Ufficio demanio della Regione Puglia. Con tali atti, infatti, l'Amministrazione regionale avrebbe inteso garantire, con effetto vincolante, una gestione unitaria, a livello regionale, dell'art. 1, commi 682 e ss., della legge 30 dicembre 2018, n. 145⁽¹⁵⁾, esercitando il proprio potere di "programmazione, indirizzo e coordinamento generale" in coerenza con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost.

Tuttavia, tale doglianza risulterebbe priva di fondamento; infatti, affermata la natura vincolante della normativa statale, in riferimento alle circolari interpretative di norme primarie non emerge alcun vincolo per il giudice⁽¹⁶⁾.

Il terzo motivo d'appello incidentale costituisce una delle questioni giuridiche più rilevanti della pronuncia in esame. Nell'ambito di tale gravame si afferma l'errore commesso dal T.A.R. nel "non aver rilevato l'inapplicabilità alla fattispecie della Direttiva *Bolkestein*", atteso che, oggetto delle concessioni demaniali, sarebbe un bene e non un servizio (data la prevalenza della componente fisica). Ciò sarebbe confermato anche dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2014.

Anche tale doglianza, però, viene respinta dai Giudici di Palazzo Spada. Il Col-

12 Cfr. Corte Costituzionale, 14 febbraio 2013, n. 20 dove si evidenzia che: «*si deve osservare che è inesatto parlare di "nuovo e generalizzato controllo di legittimità", là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi "che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato" (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso.*».

13 Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019, 234.

14 Legittimazione prevista dall'art. 52, comma 4, del Decreto legislativo 15 febbraio 1997, n. 446 il quale, con finalità di riordino dei tributi locali, stabilisce che «*Il Ministero delle finanze può impugnare i regolamenti sulle entrate tributarie per vizi di legittimità avanti gli organi di giustizia amministrativa.*».

15 Legge recante «*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021*». Nello specifico, la disposizione di cui all'art. 1, comma 682, aveva previsto che «*Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale.*».

16 Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521.

legio citando le Adunanze plenarie n. 17 e 18 del 2021 ha affermato una lettura dell'istituto in chiave "sostanzialistica". La distinzione tra concessione di "beni" e "servizi" risulterebbe propria solo dell'ordinamento italiano che, diversamente dall'impianto eurounitario, opta per una concretizzazione "meramente formalistica". È evidente come, nel caso di specie, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale ad un operatore economico rientrerebbe nell'ambito applicativo della Direttiva *Bolkenstein* e, pertanto, risulterebbe soggetto alle procedure di gara.

Infine, nel quarto ed ultimo motivo si lamenta che il Tribunale amministrativo non avrebbe pronunciato su delle secondarie eccezioni di inammissibilità del ricorso relative alla mancata configurabilità di lesione della concorrenza e, infine, alla non ipotizzabilità di scarsità della risorsa naturale.

Anche tali doglianze, analogamente ai motivi di gravame precedenti, vengono respinte dal Collegio. Il provvedimento, avente carattere generale, prorogherebbe tutte le concessioni demaniali poste in essere nel territorio comunale (non solo quella di pertinenza di una della proprietà privata di uno dei controinteressati) ledendo il diritto di concorrenza; mentre, con riferimento al requisito della scarsità naturale, si ritiene che la concessione di 500 mt, a fronte della totalità di 3 km dell'arenile comunale, dimostri *a fortiori* la scarsità del bene di cui trattasi.

3.2 L'appello principale

Respinto l'appello incidentale, il Consiglio di Stato esamina i quattro motivi di gravame dell'appello principale promosso dall'AGCM.

Con il primo motivo l'Autorità denuncia l'errore commesso dal T.A.R. nel dichiarare l'inammissibilità del suo originario ricorso. Secondo il Giudice di prime cure, infatti, l'AGCM non avrebbe mosso censure di incostituzionalità relativamente all'art. 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018 n. 145. Tuttavia, rileva il Consiglio di Stato che nell'economia del giudizio è irrilevante «*l'omessa deduzione di censure di costituzionalità*» atteso che l'antinomia riguarda il rapporto tra diritto interno e diritto europeo dotato di efficacia diretta. Inoltre, dal punto di vista meramente processuale, il ricorso non avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile stante la possibilità per il Giudice di primo grado di sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità⁽¹⁷⁾.

Nel secondo e nel terzo motivo si contesta l'affermazione riguardante la mancanza di lesività della delibera comunale impugnata dall'AGCM. Afferma il Consiglio di Stato, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, che attraverso la contestata delibera l'Amministrazione comunale avrebbe dato attuazione ad una disciplina interna - cioè l'art. 1, commi 682 e 683 della l. n. 145/2018 - contraria all'art. 12 della Direttiva *Bolkenstein*; tale normativa, infatti, anziché essere attuata in un atto amministrativo, andava disapplicata dalla Pubblica amministrazione comunale.

Indubbiamente, dalla configurabilità delle suddette disposizioni come legge-provvedimento, si verificherebbe una lesione "concreta, diretta e attuale" alla libertà di concorrenza e al corretto funzionamento del mercato. Dunque, l'Autorità risulterebbe pienamente legittimata ad impugnare la già menzionata delibera. Tali affermazioni, però, sono ancorate alla consolidata giurisprudenza che ravvisa nell'art. 12 della

17 Come previsto dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 che consente di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale. La disposizione in esame, infatti, prevede che «*La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente*»

Direttiva 2006/123/CE una manifestazione di disposizione *self-executing*⁽¹⁸⁾. La Direttiva, inoltre, si applicherebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo.

Infine, nel quarto motivo di gravame si lamenta che, diversamente da quanto affermato dal T.A.R., l'obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto dell'Unione Europea sussisterebbe anche in capo alla Pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, affermata la natura auto-esecutiva della Direttiva *Bolkenstein* e forte della granitica giurisprudenza sul tema⁽¹⁹⁾, accoglie le considerazioni dell'Autorità affermando che l'obbligo di disapplicazione della norma interna, in contrasto con quella eurounitaria esecutiva, riguarda sia i giudici che la Pubblica amministrazione.

Infine, è di estrema rilevanza, nella presente pronuncia, la presa di posizione del Consiglio di Stato sulla nuova normativa italiana in materia di proroghe alle concessioni demaniali. I Giudici di Palazzo Spada, applicando i principi di diritto esplicitati nelle Adunanze plenarie del 2021, affermano l'illegittimità delle nuove disposizioni di cui all'art. 10-*quater* del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198. Tali disposizioni, convertite con la legge 24 febbraio 2023, n. 14, si porrebbero in "frontale contrasto" con l'art. 12 della Direttiva *Bolkenstein* e, pertanto, vanno necessariamente disapplicate sia dai giudici nazionali che, soprattutto, dalla Pubblica amministrazione precedente.

4. Considerazioni finali

Il tema delle "concessioni demaniali marittime" è uno dei più rilevanti e controversi del diritto amministrativo contemporaneo.

Per comprendere la sua "rilevanza" è sufficiente osservare la conformazione geografica del nostro Paese; l'Italia, infatti, è composta da oltre 7.500 km di coste dove insistono circa cinquantamila concessioni in grado di generare un fatturato di oltre quindici miliardi di euro⁽²⁰⁾.

La sua "conflittualità", invece, è generata dal radicale (e insoluto) contrasto tra normativa europea e nazionale. Il Legislatore nazionale, infatti, non ha ancora regolato la materia conformemente a quanto statuito dalla normativa europea che, invece, ha generalizzato l'obbligo di gara per il rinnovo delle concessioni demaniali. Ciò ha comportato un massiccio intervento della giurisprudenza europea e nazionale volto a porre un limite a tale conflittualità sistemica.

18 Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 17; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, n. 18, si afferma che «Non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene (*rectius*, il diritto di sfruttarlo), ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi. Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente). Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivista nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi. Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per "servizio", ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione».

19 Cfr. Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3072; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 22 giugno 1989, in C-103/88.

20 I dati sono evidenziati nel Piano Strategico di sviluppo del turismo 2017 - 2022 realizzato dal Ministero dei Beni Culturali e del Turismo.

Al fine di affermare la centralità della pronuncia in esame, prima ancora delle sue enunciazioni in punto di diritto, è necessario evidenziare il “dato cronologico”.

Tale sentenza, datata 1 marzo 2023, confermando i principi di diritto graniticamente espressi dalle Adunanze plenarie n. 17 e 18 del 2021, interviene a meno di una settimana dalla pubblicazione della legge 24 febbraio 2023 n. 14 con la quale il Governo disponeva la proroga delle concessioni fino al 2023⁽²¹⁾.

La delibera comunale, oggetto della controversia, è previgente rispetto all’emanazione della nuova normativa⁽²²⁾; tuttavia, il Consiglio di Stato ha deciso di affermare, sin da subito, la illegittimità delle nuove disposizioni normative in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime. La pronuncia *de qua*, infatti, è la prima a dichiarare il contrasto frontale della nuova normativa con l’art. 12 della Direttiva n. 2006/123/CE.

Le affermazioni circa la natura *self-executing* della disposizione di cui all’art. 12 della Direttiva *Bolkenstein* e, conseguentemente, le dichiarazioni sull’obbligo di disap-

21 Sul punto, il Presidente della Repubblica, nel promulgare la legge 24 febbraio 2023 n. 14, con lettera inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri ha evidenziato come «Nel caso odierno, sollevano specifiche e rilevanti perplessità, in particolare, le norme inserite, in sede di conversione parlamentare, in materia di proroghe delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive. Questa materia è da tempo all’attenzione della Corte di giustizia europea che ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo la proroga delle concessioni demaniali marittime disposta per legge, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Di recente il Legislatore, con la legge 5 agosto 2022, n. 118, tenuto conto delle sentenze definitive nn. 17 e 18 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, aveva prorogato le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive fino al 31 dicembre 2023 e aveva altresì previsto che, con provvedimento motivato dell’autorità competente, quando sussistessero ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, il termine di scadenza delle concessioni potesse essere differito fino al 31 dicembre 2024. Le modifiche odierne, apportate a tre articoli del decreto-legge e all’articolo 1 della legge di conversione, modificano in misura rilevante il quadro normativo sopra delineato. In particolare, il termine relativo all’efficacia delle concessioni demaniali viene differito dal 31 dicembre 2023 al 31 dicembre 2024 e il termine entro il quale l’autorità competente può posticipare ulteriormente l’efficacia delle concessioni e dei rapporti in essere con atto motivato da ragioni oggettive viene differito dal 31 dicembre 2024 al 31 dicembre 2025. Inoltre, le concessioni e i rapporti in essere continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori e - si aggiunge - fino all’adozione dei decreti legislativi attuativi della delega in materia di affidamento delle concessioni (in scadenza il 27 febbraio prossimo) è fatto comunque divieto agli enti concedenti di procedere all’emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni. Con l’effetto di creare ulteriore incertezza considerato che la delega in questione verrà meno fra tre giorni. Inoltre, ai titolari di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali viene consentito il mantenimento dei manufatti amovibili fino al 31 dicembre 2023, con possibili casi di interferenza anche con provvedimenti giudiziari di demolizione in corso. Per le ragioni sopra esposte, le predette disposizioni del decreto-legge e della legge di conversione, oltre a contrastare con le ricordate definitive sentenze del Consiglio di Stato, sono difformi dal diritto dell’Unione europea, anche in considerazione degli impegni in termini di apertura al mercato assunti dall’Italia nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Un ulteriore elemento problematico è legato al fatto che, alla luce delle pronunce dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha ritenuto “senza effetto perché in contrasto con l’ordinamento dell’unione europea” “qualsiasi ulteriore eventuale proroga che dovesse nel frattempo intervenire”, gli enti concedenti potrebbero ritenersi comunque legittimati a disapplicare le norme in contrasto con il diritto europeo e a indire le gare, mentre i controinteressati potrebbero essere indotti ad impugnare eventuali provvedimenti di proroga delle concessioni, alimentando ulteriormente il contenzioso. Lesame della legge di conversione del decreto-legge in questione ha fatto dunque emergere molteplici profili critici, dei quali il più evidente è rappresentato dai ricordati emendamenti relativi alle concessioni demaniali, che potrebbero giustificare l’esercizio della facoltà attribuitami dall’articolo 74 della Costituzione. Sono tuttavia consapevole della delicatezza, sotto il profilo costituzionale, del rinvio alle Camere esercitato nei confronti di una legge di conversione di un decreto-legge, a pochi giorni dalla sua scadenza: farebbe, inevitabilmente, venir meno, con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme. Ho inoltre considerato come l’iniziativa assunta dal Governo che ho prima ricordato sia rivolta a ricondurre la decretazione d’urgenza entro i limiti costituzionali e a favorire una valutazione più rigorosa degli emendamenti. Ho ritenuto, quindi, di promulgare la legge di conversione in questione. Quanto alle modifiche approvate in materia di concessioni demaniali, è evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l’incertezza del quadro normativo e rendono indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento. Sarà infatti necessario assicurare l’applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell’Unione, nonché garantire la certezza del diritto e l’uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito».

22 Il riferimento è alla legge 24 febbraio 2023 n. 14 con la quale il Governo ha disposto la proroga delle concessioni fino al 2023. La delibera, invece, è datata 19 novembre 2020 emanata, pertanto, sulla base della vecchia normativa.

plicazione della Pubblica amministrazione, sembrerebbero essere ormai principi consolidati della giurisprudenza amministrativa. Da ultimo, si segnala la recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (20 aprile 2023, in C-348/22)⁽²³⁾ che, confermando tale orientamento consolidato, ha affermato che *«l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti»*.

Tuttavia, si segnalano orientamenti giurisprudenziali isolati⁽²⁴⁾ e, soprattutto, interventi normativi che non tengono conto della disciplina positiva e delle affermazioni giurisprudenziali e dottrinali maggioritarie.

L'assenza di una legislazione nazionale coerente con la disciplina positiva dell'Unione Europea ha determinato, oltre ad un massiccio contenzioso giurisdizionale, importanti problematiche applicative per i comuni nel cui territorio insistono porzioni di demanio marittimo. Per l'assegnazione e la revoca delle concessioni demaniali, i comuni si troverebbero dinnanzi ad un bivio: da un lato l'applicazione della nuova normativa in materia di proroga delle concessioni demaniali; mentre, come seconda e tortuosa strada, quella della disapplicazione della nuova normativa e, conseguentemente, la riassegnazione delle concessioni in essere.

La strada preferibile, però, sembrerebbe essere la seconda. Il Consiglio di Stato, con queste inedite affermazioni riguardanti la nuova normativa, offre un solido incoraggiamento al futuro operato degli enti locali che, presa coscienza della possibilità della strada della disapplicazione (che, però, non esclude la possibilità di eventuali contenziosi), dovranno orientare le loro scelte verso una nuova e differente gestione delle concessioni demaniali in armonia con quanto dettato dalla Direttiva *Bolkenstein*. Affermata la *primauté* della normativa europea e la natura di norma auto-esecutiva della Direttiva *Bolkenstein*, oltre ad evidenziare la forte presa di posizione del Consiglio di Stato sulla disapplicazione della nuova normativa del 2023, ciò che si deve auspicare per il futuro è una affermazione legislativa volta ad armonizzare il sistema giuridico interno con quello europeo prevedendo, dunque, non proroghe, ma un nuovo sistema volto a garantire la concorrenza e ad eliminare il margine di incertezza per operatori economici ed enti locali.

23 La pronuncia deriva da un rinvio pregiudiziale del T.A.R. Puglia che, con ordinanza dell'11 maggio 2022, reiterava la questione sottoponendo alla CGUE, tra le varie questioni, il seguente quesito *«Se la direttiva 2006/123 (...) presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile»*.

24 *Ex multis*, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981.

* * * * *

Massime:

- 1) *Sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato;*
- 2) *l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, laddove sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è norma self executing e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate;*
- 3) *il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva, riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione.*

Enti pubblici economici ed organismi di diritto pubblico, tra elementi formali e interpretazione funzionale.

Il caso dell'Istituto per il Credito Sportivo

Nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 13 gennaio 2023, n. 974 *

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. I requisiti per la qualificazione degli organismi di diritto pubblico. 3. Conclusioni.

DI MAIRA CASULLI

ABSTRACT: Il contributo analizza brevemente la natura giuridica dell'Istituto per il Credito Sportivo, mai messa in discussione dal 1957. L'impugnazione degli atti relativi a una procedura di aggiudicazione dei servizi di revisione legale ha sollevato un conflitto di competenza tra il giudice amministrativo e quello civile. Nel dirimere il conflitto, la Cassazione ha toccato, con spunti ricostruttivi originali, il merito della controversia, sposando, nella sostanza, le argomentazioni del Consiglio di Stato che, in applicazione del canone interpretativo del c.d. "effetto utile" e della valorizzazione dei compiti posti a base dell'istituzione dell'ente, aveva affermato la natura di organismo di diritto pubblico dell'ente.

ABSTRACT: *The paper shortly examines the legal nature of the Sport Credit Institution, which has never been questioned since 1957. The appeal of act, relating to a procedure for the award of conspicuous legal audit, caused a conflict of authority between the administrative and civil courts. Settling the dispute, the Court of Cassazione essentially embraced the arguments of the State Council: in accordance with the interpretation of the beneficial effect and with the enhancement of the tasks underlying the creation of the institution the administrative judge recognized the institution as contracting authorities.*

1. I fatti di causa.

Con delibera del proprio organo amministrativo, l'Istituto per il Credito Sportivo (di seguito: "ICS" o "Istituto") avviava una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di revisione legale, invitando alcune società a parteciparvi.

Nelle lettere di invito era precisato che: (1) la normativa di riferimento era costituita dal decreto legislativo 27 gennaio 2010 n. 39 e dal Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, n. 537; (2) la scelta del contraente sarebbe stata effettuata dal Consiglio di amministrazione, su proposta motivata del collegio dei Sindaci, il quale avrebbe selezionato almeno due possibili operatori economici attribuendo un punteggio alle offerte.

Il servizio veniva aggiudicato a un operatore economico, nonostante avesse totalizzato un punteggio inferiore a quello di altro concorrente, che, pertanto, proponeva istanza di accesso agli atti. La domanda veniva respinta, sull'assunto che l'Istituto non fosse assoggettabile né alla disciplina della legge 7 agosto 1990 n. 241, né alla normati-

* In Giurisprudenza e Controllo

va sui contratti stipulati dai soggetti pubblici.

Nella convinzione, invece, che dovesse essere considerato un organismo di diritto pubblico, il concorrente pretermesso impugnava tutti gli atti della procedura dolendosi, in particolare, della violazione dei principi fondamentali del Codice dei contratti, prioritariamente con riferimento alle modalità di selezione del contraente, alla violazione del principio di trasparenza e di partecipazione procedimentale; chiedeva, per l'effetto, il risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

A *contrario*, facendo leva sulla carenza del c.d. requisito teleologico, le parti resistenti sollevavano eccezione preliminare di incompetenza del Giudice amministrativo, accolta dal TAR Lazio.⁽¹⁾ La parte soccombente impugnava la sentenza che veniva annullata dal Giudice di seconde cure.⁽²⁾

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, adite per motivi di riparto di giurisdizione, in relazione agli artt. 111, c. 8 Costituzione e 362, c. 1 c.p.c., confermavano la soluzione adottata dai Giudici di Palazzo Spada, entrando nel merito della vicenda *de qua* e affermando la competenza del Giudice amministrativo in ragione della *non dubitabile*⁽³⁾ natura di organismo di diritto pubblico dell'Istituto per il Credito Sportivo⁽⁴⁾.

2. I requisiti per la qualifica degli organismi di diritto pubblico.

L'Istituto per il Credito Sportivo è un ente di diritto pubblico con gestione autonoma⁽⁵⁾ che, in quanto operante nel settore del credito per lo sport e per le attività culturali, è soggetto alle disposizioni del Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

La categoria degli organismi di diritto pubblico origina dalla giurisprudenza europea⁽⁶⁾ ed è stata poi definita in sede normativa, sia a livello unionale, che interno.

Più precisamente, il legislatore italiano ha trasposto la definizione europea considerando organismo di diritto pubblico *“qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico, n.d.r.); - dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico, n.d.r.); - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. requisito strutturale, n.d.r.)”*.⁽⁷⁾

Per completezza, è utile segnalare che il medesimo art. 3 del d.lgs. n. 50/2016 rinvia all'allegato IV, ove sono riportati *“gli elenchi, non tassativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano detti requisiti”*, che nelle categorie individua, tra gli altri, anche *“Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero”* nonché *“Enti culturali e di promozione artistica”*.

La *ratio* della novella era *“evitare che, attraverso privatizzazioni puramente formali, gli Stati Membri eludessero le direttive comunitarie sugli obblighi di sottoporre a “gare europee” gli acquisti rilevanti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni”*.⁽⁸⁾

1 Tribunale Amministrativo Regionale Lazio, sez. I - Roma, 20/05/2020, n. 5336.

2 Consiglio di Stato sez. V - 13/09/2021, n. 6272.

3 Par. 9.6 della sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6272.

4 Ordinanza Cassazione civile Sezioni Unite 13 gennaio 2023, n. 974.

5 Istituito con legge 24 dicembre 1957 n. 1295.

6 Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes c. Paesi Bassi.

7 Art. 3, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

8 M. LIBERTINI, *Organismi di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi* n. 16/2021, 2.

Tuttavia, nonostante lo sforzo definitorio, agli interpreti è stato ed è richiesto un notevole impegno ermeneutico⁹⁾, perché la non tassatività degli elenchi e la formula utilizzata dal legislatore (“*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*”) hanno lasciato aperta la possibilità di restringere o allargare il campo d'azione, in base alle specificità del caso concreto.

In origine il *focus* era sul *tipo* di bisogni da soddisfare: sono “*interessi generali non industriali o commerciali*” solo quelli che rispondono a un interesse primario della collettività (come la salute, l'ambiente, la sicurezza, ...) e rispetto a cui lo Stato “*preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza dominante*”⁽¹⁰⁾

Inoltre, particolare attenzione era data alla constatazione che l'ente avesse operato o meno in regime di concorrenza: in caso negativo, si sarebbe potuto *presumere* che fosse stato sottratto al rischio d'impresa, anche nell'ipotesi in cui avesse perseguito uno scopo di lucro (perché, in teoria, l'o.d.p. avrebbe potuto essere stato creato proprio per sopperire al difetto di *know-how* in un determinato ambito, che il mercato non era in grado di offrire).

Partendo da queste premesse e senza pretesa di completezza, l'articolato ragionamento del Consiglio di Stato si era snodato attraverso tre punti cardine: 1) il dato letterale della norma; 2) la modalità di svolgimento dell'attività dell'ICS; 3) il significato di “interesse generale”.

Con riferimento al primo punto, la sentenza attenziona il momento istitutivo dell'ente (“*qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per ...*”) e precisa che ricorre “*il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo*” (par. 9.3.2.).

Ad abundantiam, rileva più volte che, nel caso dell'Istituto, esso è stato istituito con legge dello Stato, la sua attività e il suo bilancio sono sottoposti al controllo del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero ad altro membro del Governo, appositamente delegato e vi è l'influenza dominante dello Stato, esercitata dal punto di vista del conferimento del capitale (90%) e pure per il tramite delle nomine, riconducibili sempre alle autorità di governo della Repubblica (art. 30 dello Statuto del ICS).

Nell'analizzare la modalità di svolgimento dell'attività, poi, i Giudici di seconde cure hanno ritenuto che queste “*cedono rispetto ai compiti assegnati, perché le prime: a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurouнитарie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato (la giurisprudenza nega che l'offerta di prestazione in un mercato concorrenziale aperto anche a private imprese escluda la qualificazione come organismo di diritto pubblico: cfr. in tal senso Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 858); c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l'andamento dei mercati - il cui grado di concorrenzialità buon ben variare - tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostan-*”

9 Negli anni, numerosissime sono state le pronunce che, in applicazione del canone dell'interpretazione c.d. funzionale o dell'effetto utile, hanno fatto applicazione dei principi europei e nazionali, al fine di riconoscere o meno la natura di organismo di diritto pubblico agli enti. Ad es. v. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2019, n. 1007, TAR Lazio, sez. III, ord. 26 aprile 2019, n. 5327; TAR Lazio, sez. III, 12 luglio 2018, n. 7778, Cassazione Civile, Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11202; Corte di Giustizia CE, 27 febbraio 2003, C-373/000, Truley; Corte di Giustizia CE, 22 maggio 2003, C-18/01, Taitotalo.

10 Cfr. Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, CGUE, 16 ottobre 2003, causa C-283/00, Commissione c. Regno di Spagna.

ze esterne, dunque non preciso e dirimente (così Cons. di Stato, sez. V, 964/2020 cit.)¹¹

I Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato anche l'indagine sul rischio operativo, dichiarando estraneo il rischio di impresa, in virtù della gestione dei fondi speciali e della partecipazione maggioritaria del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di talché l'ICS costituisce “una sorta di ente esponenziale di un interesse collettivo”.

Infine, sul piano funzionale (dell'interesse generale perseguito), la sentenza afferma che la pratica dello sport è un diritto dell'uomo, costituzionalmente garantito¹² come strumento per la tutela della salute e miglioramento della qualità della vita, nonché di promozione dei valori sociali (competizione, cooperazione e solidarietà) e come espressione della personalità del singolo, anche in forma associativa.

Tale analisi è stata sostanzialmente fatta propria dalle Sezioni Unite civili che, pur se chiamate a decidere del difetto di competenza del Giudice amministrativo, hanno dovuto affrontare il tema della natura giuridica dell'Istituto poiché, a ben vedere, è questa che determina la competenza di uno o dell'altro Giudice.

Detto in altri termini, una delle particolarità della pronuncia sta nel fatto che, sebbene il *thema decidendum* fosse la giurisdizione del Giudice amministrativo o del Giudice ordinario, *l'actio finium regundorum* è stata il merito della vicenda e, dunque, la natura di o.d.p. dell'ICS, indiscussa da oltre sessanta anni.

Invero, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. le controversie sulle procedure per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione amministrativa esclusiva, anche se la procedura è espletata da soggetti non dichiaratamente pubblici, ma comunque tenuti al rispetto della normativa ad evidenza pubblica (come sono, appunto, gli organismi di diritto pubblico).

Ergo, dalla natura dell'Istituto dipende la sussistenza o meno di uno sconfinamento di giurisdizione del Giudice di seconde cure che, a differenza del TAR, ha ritenuto la vicenda *de qua* rientrante nella propria sfera di competenza.

Un secondo spunto di riflessione è generato dall'applicazione, nel caso di specie, del canone dell'interpretazione funzionale o c.d. dell'effetto utile e, vale a dire, del principio in forza del quale, tra più soluzioni parimenti ammissibili, è da preferire quella che preserva l'utilità pratica delle norme nazionali e sovranazionali, in modo che sviluppino quanto più possibile il loro contenuto.¹³

Più precisamente, la Suprema Corte coglie l'occasione per ammonire che “l'effetto utile delle direttive in materia di appalti pubblici non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato (Corte Giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par.56), ovvero per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica” (par. 6.4).

Quanto al terzo ambito di analisi, relativo alla sussistenza del c.d. requisito teleologico, la pronuncia si inserisce nel solco tracciato dall'orientamento che ormai ritiene preminenti i compiti posti a base dell'istituzione dell'ente sulle modalità con cui l'attività viene svolta¹⁴, di talché pur se il soggetto opera in regime di concorrenza, si deve indagare se non fondi la propria attività sui criteri di rendimento, efficacia e redditività e se l'erogazione del servizio possa o meno essere rifiutata per ragioni di convenienza economica: evidentemente, nel caso in cui essa sia garantita pur se antieconomica,

11 Par. 9.3.2 ult. cpv. Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6272.

12 Artt. 2, 3, 9, 13, 18, 32, 33 e 34 della Costituzione e alla c.d. “Carta Olimpica”.

13 Par. 6 dell'ordinanza in commento.

14 Par. 6.15 dell'ordinanza, che richiama Cassazione Civile Sezioni Unite 14 novembre 2022 n. 33482.

saremmo nel campo degli “interessi generali”.

Da queste logiche premesse discende che, in buona sostanza, l'ICS è l'unica banca pubblica superstita, ai sensi e per gli effetti dell'art. 151 t. u. banc.⁽¹⁵⁾ e che dall'esame composito degli elementi normativi e fattuali, si deve ritenere che lo Stato “*abbia inteso mantenere un'influenza determinante sul settore in cui opera primariamente l'ICS che non si esaurisce nella fase istitutiva, ma permea il suo intero operato, sicché ai fini dell'affidamento di lavori, servizi o forniture, esso deve considerarsi tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica*” (par. 14).

3. Conclusioni

Il Consiglio di Stato e le Sezioni Unite civili hanno imposto che l'Istituto del Credito Sportivo operi secondo modalità soggiacenti all'evidenza pubblica: la portata della pronuncia è considerevole, solo a voler notare che, in carenza di una normativa di settore, è dovuta intervenire la Magistratura a definire una questione che nessuno si è mai posto per oltre sessanta anni.

Una prospettiva critica impone di guardare al passato e di chiedersi *cosa* effettivamente sia cambiato per il settore del credito sportivo e se vi siano stati miglioramenti, anche a giudicare dal consistente ammontare dei costi dei servizi appaltati.

A ben vedere, con la creazione della categoria dell'organismo di diritto pubblico, l'obiettivo del Legislatore europeo era chiaramente quello di creare un mercato unico degli appalti, rimuovendo gli ostacoli nazionali alla circolazione e alla libera concorrenza.⁽¹⁶⁾

Nella prospettiva interna⁽¹⁷⁾, tuttavia, serpeggia l'obiezione secondo cui la sottoposizione ai meccanismi più stringenti – come sono quelli che regolano le procedure ad evidenza pubblica – non determini necessariamente un miglioramento nei rapporti e nelle condizioni di mercato e neppure nella tipologia e qualità dei servizi erogati.

Detto in altri termini, la preferenza operata nei confronti delle gare non è considerabile *sic et simpliciter* una scelta aprioristicamente più ragionevole o più opportuna: comporta dei costi maggiori⁽¹⁸⁾, ha un effetto incentivante dei contenziosi rispetto a quanto avviene nelle negoziazioni ordinarie e, in ultima analisi, fa sì che gli operatori economici si concentrino sulla programmazione in certi settori e in certe tecniche utili ad aggiudicarsi le commesse, piuttosto che sulle proposte competitive innovative.⁽¹⁹⁾

È presumibile che, proprio in ragione di questo scontro tra diverse posizioni, il legislatore italiano non abbia introdotto un predeterminato bilanciamento delle contrapposte necessità e, nel mantenere una certa *fluidità*⁽²⁰⁾ della nozione, ha lasciato

15 “... in quanto non incluso nel processo di trasformazione in società per azioni degli enti pubblici creditizi da attuarsi entro il 30 giugno 1994, ai sensi dell'art. 2, comma 1 l. 26 novembre 1993 n. 489, secondo le disposizioni della l. 30 luglio 1990, n. 218 e del D.Lgs. n. 20 novembre 1990, n. 356” (par. 7.3 ordinanza Cass. Civ. SS. UU., n. 974/2023).

16 Sul rapporto tra principio di risultato e concorrenza, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, focus del 2 gennaio 2023, 8.

17 M. LIBERTINI, cit., 22.

18 È stato magistralmente sostenuto che “l'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica imposto alle amministrazioni pubbliche dalla normativa sui contratti pubblici grava queste ultime di quello che nel linguaggio degli economisti va qualificato come un “costo di transazione”... in termini di risorse finanziarie e professionali”, M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17- 19 settembre 2015, 270 e ss.

19 Ancora: “la disciplina pubblicistica in tema di redazione e pubblicazione dei bandi e di immodificabilità dei medesimi ha anche un'altra implicazione per le pubbliche amministrazioni nella veste di acquirenti e cioè quella di essere costrette, prima di procedere all'atto di acquisto, a rivelare ai fornitori le proprie preferenze. In un mercato libero e concorrenziale gli acquirenti privati invece tendono a non rivelare ex ante le proprie preferenze”, M. CLARICH, *Contratti cit.*, 271.

20 Si parla di passaggio dallo “status di ente pubblico” alla “logica delle geometrie variabili”. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, Parte generale e speciale*²⁰²¹, Roma, Dike giuridica editrice, 507 e ss.

all'interprete il compito di verificare caso per caso l'opportunità di estendere la disciplina pubblicistica a soggetti che operano secondo logiche privatistiche.

Ecco, dunque, che il ricorso all'interpretazione funzionale o del c.d. effetto utile fa sì che la nozione di "interesse generale" possa essere, di volta in volta, riempita di contenuto mediante un esame complessivo e non atomistico degli elementi di fatto e di diritto relativi alle modalità operative, al regime di controllo e ai servizi erogati da particolari soggetti giuridici.

Per dirla con la voce di autorevole dottrina, la pubblica amministrazione "non è un attore neutro" e, anzi, "si presenta come un acquirente in un sistema di valori e di preferenze che possono orientare l'offerta e anche in qualche misura la domanda per tener sempre più conto di obiettivi di tutela dell'ambiente e sociali"⁽²¹⁾

Certamente questa "flessibilità" ermeneutica garantisce la possibilità di sopperire, come è stato nella vicenda che ci occupa, al difetto di pubblicità e trasparenza nelle procedure di affidamento dei servizi, lavori e forniture da parte di soggetti che, anche se non qualificati apertamente come di diritto pubblico, operano *de facto* come "attori non neutri".

In conclusione, pur riconoscendo la fondatezza delle obiezioni di cui si è dato atto, effettivamente un bilanciamento successivo, operato in sede interpretativa, potrebbe essere maggiormente funzionale all'obiettivo *ultimo* della contrattualistica pubblica: perseguire la realizzazione di una serie di politiche pubbliche, in particolare quelle finalizzate ad una crescita intelligente e sostenibile, che tengano in considerazione temi come la tutela occupazionale, l'abbattimento del *gender gap* e la tutela ambientale⁽²²⁾.

* * * * *

Massime:

- 1) *L'inquadramento di un ente come organismo di diritto pubblico determina, per l'un verso, l'assoggettamento ex lege delle procedure di scelta del contraente alla normativa UE ed alle regole di evidenza pubblica e, quanto ai criteri di riparto, la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 del d.lgs. n.104 del 2010.*
- 2) *La matrice comunitaria della disciplina in tema di organismo di diritto pubblico impone di considerare che l'interpretazione del diritto interno attuativo di una normativa UE deve essere conforme al quadro normativo eurounitario nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in modo da salvaguardare il canone dell'interpretazione c.d. funzionale o dell'effetto c.d. utile, dovendosi, pertanto, interpretare sia le norme UE che quelle interne in modo che abbiano una utilità pratica e al fine di sviluppare quanto più possibile il loro contenuto.*
- 3) *La nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata estensivamente, «alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici» (Corte giust., 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, par.43; Corte giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par.53), al fine di «escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si*

21 M. CLARICH, *Contratti cit.*, 303.

22 "I contratti pubblici sono disciplinati quali strumenti di politica sociale, finalizzati a contribuire alla tutela dell'ambiente, della sicurezza sociale e del lavoro, alla promozione dell'innovazione e alla realizzazione di vere proprie politiche industriali, ad esempio agevolare l'accesso agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese". L. TORCHIA, (a cura di) *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, 195.

lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche» (Corte giust., 5 ottobre 2017, LitSpecMet UAB, C-567/15, par.55).

- 4) Il giudice di Lussemburgo ha precisato che l'effetto utile delle direttive in materia di appalti pubblici non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato (Corte giust., 15 maggio 2003, Commissione/Spagna, C-214/00, par.56), ovvero per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica. Ragion per cui l'intento di garantire l'effetto utile della normativa eurounitaria osta a che si operi la distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività (Corte giust., 12 dicembre 2002, Universale Bau e a., C-470/99, par.57-58).
- 5) L'assenza di concorrenza di per sé non costituisce una condizione necessaria ai fini della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico. Infatti, pretendere che non vi siano imprese private che possano soddisfare i bisogni per i quali è stato creato un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico, essendo difficile immaginare attività che non possano essere in alcun caso svolte da imprese private (v., in tal senso, Corte giust., 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, par.44; Corte giust., 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, par.59). [...] Solo se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale (cfr. Corte giust., 22 maggio 2003, Korhonen e a., C-18/01, par.51), tenuto conto della necessità di interpretare in senso funzionale tale nozione "in sé ambigua o polisemica", nonché del fatto che la normativa comunitaria non include alcuna definizione della nozione di «bisogni di interesse generale» (Corte giust., 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, par.33).
- 6) Ai fini della configurazione di un organismo di diritto pubblico, risulta determinante la circostanza che il medesimo organismo "continui a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare" (Corte giust., 15 gennaio 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e a., C-44/96, par.25; Corte giust., 12 dicembre 2002, Universale Bau e a., C-470/99, par.55) ovvero a soddisfare le esigenze per cui è stato istituito e su cui lo Stato ha inteso ed intende mantenere un'influenza determinante.

Gli effetti dell'istanza in sanatoria sull'ordine di demolizione, di acquisizione gratuita al patrimonio comunale e di rilievo paesaggistico dei volumi interrati e seminterrati

Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 15.03.2023, n. 2704*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. Le argomentazioni del Consiglio di Stato. 2.1 *Sul primo motivo di ricorso.* 2.2 *Sul secondo motivo di ricorso.* 2.3 *Sul terzo motivo di ricorso.* 2.4 *Sul quarto motivo di ricorso.*

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n.2704 del 2023, in tema di rapporto fra presentazione di istanza in sanatoria ed efficacia dell'ordinanza di demolizione, di acquisizione gratuita al patrimonio comunale e di rilievo paesaggistico dei volumi interrati e seminterrati.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso (*infra par. 1*) e verranno analizzate nel dettaglio le argomentazioni rese dal Consiglio di Stato in sentenza, con particolare riferimento ai quattro motivi di ricorso (*infra parr. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4*).

ABSTRACT: *This article analyzes the Consiglio di Stato's decision on the relationship between the building amnesty and the Council's demolition order act, on the free acquisition for the Council of the unauthorized building and on the important landscaping of the basement and sub-basement buildings.*

The facts of the case, and the content of the opening statement of the party will be analyzed in detail (infra par. 1).

Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra parr. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4)

1. I fatti di causa

La sentenza del Consiglio di Stato oggetto di studio origina dall'appello avverso la decisione del TAR Campania che ha respinto un ricorso contro l'ordinanza di demolizione e la precedente ordinanza di sospensione dei lavori.

In particolare, le ordinanze impugnate riguardavano la realizzazione - in assenza di permesso di costruire e di autorizzazione ambientale - di un locale seminterrato adibito ad officina meccanica, previo sbancamento e successivo riporto di terreno vegetale e di una rampa carrabile in calcestruzzo cementizio, di collegamento tra il locale realizzato e la strada comunale.

A seguito di sopralluogo da parte degli incaricati del Comune, è stata notificata l'ordinanza di sospensione lavori ed è stato redatto rapporto, nel quale sono stati indicati gli abusi, per assenza di permesso di costruire, parere ambientale di cui all'art. 146 del decreto legislativo n. 42/2004 e invio al competente Genio civile dei calcoli struttu-

* In Giurisprudenza e Controllo

rali relativi a lavori su area dichiarata sismica ed in contrasto con la zona omogenea di riferimento del PRG; inoltre, nel rapporto si indicavano anche i progressi accertamenti effettuati presso la proprietà dei ricorrenti. Con ordinanza, poi, è stata disposta la demolizione delle opere abusive.

Il ricorso al TAR Campania si basava su sette motivi di impugnazione, con i quali è stato sostenuto che gli abusi sarebbero stati opere pertinenziali e non avrebbero costituito volume, per cui sarebbero stati sanabili, e che era stata preventivamente presentata domanda di accertamento di conformità, per cui il Comune avrebbe dovuto adottare un nuovo provvedimento sanzionatorio, assegnando un nuovo termine per adempiere, in quanto l'ordinanza di demolizione, a seguito dell'istanza di sanatoria, sarebbe divenuta priva di efficacia, atteso che deve essere sostituita o dalla concessione in sanatoria o da un nuovo provvedimento sanzionatorio; ancora, nel ricorso, si sosteneva che sull'istanza di accertamento di conformità si sarebbe formato silenzio inadempimento e che gli abusi non avrebbero costituito volume e, comunque, non avrebbero superato il 20% dell'edificio principale e, in estremo subordine, che sarebbero stati soggetti a DIA. Parte ricorrente, infine, affermava la lesione del legittimo affidamento e che l'ordinanza non avrebbe tenuto conto che la cisterna era stata autorizzata e che, quindi, si trattava di manutenzione ordinaria, di straordinario consolidamento statico e di restauro.

Il T.A.R. Campania respinge le censure, rilevando:

- che, secondo consolidato orientamento giurisdizionale, la legittimità e l'efficacia dei provvedimenti che ingiungono la rimozione/demolizione di opere realizzate abusivamente non sono suscettibili di essere posti in discussione e/o paralizzati dalla mera successiva presentazione di istanze di accertamento di conformità, di compatibilità paesaggistica o aventi quanti altri contenuti non tipizzati, che non incidono su legittimità ed efficacia e, quindi, non si frappongono alla decisione sul merito del ricorso proposto per il loro annullamento, quale richiesta dalla parte ricorrente a mezzo della proposta domanda processuale;
- che sull'istanza di accertamento della conformità urbanistico-edilizia si era formato il silenzio rigetto previsto dall'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, non impugnato dai ricorrenti, al che conseguiva, in via immediata e diretta, il consolidamento degli effetti dell'ordine di ripristino dello stato dei luoghi impartito con l'ordinanza al vaglio;
- che la cisterna interrata assentita con permesso di costruire non era stata mai realizzata, ma era stata sostituita da un intervento già a sua volta sanzionato con la demolizione, il quale era propedeutico a quello poi ultimato e a sua volta sanzionato con l'ordine di demolizione impugnato;
- che nella zona territoriale di riferimento, secondo il P.U.T. dell'area sorrentino-malfitana, l'edificazione privata era possibile solo quale "nuova edilizia rurale" per il fabbisogno di "nuovi vani residenziali", nel rispetto di predefiniti indici di fabbricabilità e che erano realizzabili solo "strade interpoderali" e non rampe di accesso, per cui l'asserita adibizione a parcheggio residenziale del locale pertinenziale, che avrebbe dovuto essere "la cisterna interrata" assentita con permesso di costruire, non poteva condurre a far ritenere compatibile quanto realizzato con le previsioni del PUT;
- che nessun obbligo sussisteva in capo all'amministrazione di indicare la data di realizzazione degli interventi, rinvenuti in loco, peraltro collocabile *per tabulas* ad epoca successiva all'adozione della precedente ordinanza;
- che, per costante e condivisa giurisprudenza, nel corpo dell'ordine di demolizione è necessaria e sufficiente l'analitica definizione delle opere abusivamente realizzate, in modo da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente.

te, mentre non è necessaria la descrizione precisa della superficie occupata e dell'area di sedime destinata ad essere gratuitamente acquisita al patrimonio comunale in caso di inottemperanza alla predetta ingiunzione, potendo la specificazione intervenire nella successiva fase dell'accertamento dell'inottemperanza;

- che la natura interrata dell'opera non ne consentiva la realizzazione in difetto dei titoli dovuti, o della previa autorizzazione paesaggistica, in quanto "per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽¹⁾ hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e seminterrati";
- che la legge impone di intervenire con la sanzione demolitoria in via immediata e diretta in assenza del titolo paesaggistico, ossia in ragione solo della sua assenza, a meno che non si tratti di opere a ricomprendersi fra quelle eseguibili senza il detto titolo, ovvero rientranti sotto lo scudo dell'art. 149 del d.lgs. n. 42 del 2004 che sottrae alla necessità dell'autorizzazione solo interventi a carattere manutentivo o di restauro non ravvisabili nel caso concreto.

Avverso la sentenza di primo grado, la parte appellante ha formulato quattro motivi di appello, che si riportano, nel dettaglio:

- 1) *Error in procedendo et in iudicando*. Violazione art. 36 D.P.R. n. 380 del 2001. Violazione dei principi in materia di repressione degli abusi edilizi.
- 2) *Error in procedendo et in iudicando*. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omessa pronuncia. Riproposizione del quarto motivo del ricorso di primo grado ("4 Violazione e falsa applicazione del DPR n. 380/01 e, in particolare, degli artt. 27 e 31. Difetto dei presupposti e di istruttoria").
- 2.1) *Error in procedendo et in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e mancata applicazione dell'art. 27 DPR n. 380/2001. Violazione del principio di tipicità e tassatività. Erronea percezione dei motivi di ricorso.
- 3) *Error in procedendo et in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 149 e 167 d.lgs. n. 42/2004.
- 4) *Error in procedendo et in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e mancata applicazione dell'art. 27 DPR n. 380/2001. Violazione dell'art. 64 del codice del processo amministrativo. Omessa corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omesso esame di aspetti rilevanti ai fini della decisione. Erronea valutazione delle evidenze istruttorie.

2. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, dichiara l'appello infondato. Quindi, il Collegio procede all'analisi dei singoli motivi di ricorso.

2.1 Sul primo motivo, afferma che la tesi degli appellanti non ha pregio, in quanto, quando vi è l'impugnazione di un atto avente natura sanzionatoria in materia edilizia e vi è la proposizione di una domanda di accertamento di conformità, in base alla legislazione vigente, nessuna disposizione prevede che il giudice amministrativo debba sospendere il giudizio, ovvero che l'amministrazione o il giudice debbano rilevare la sopravvenuta carenza di effetti dell'atto sanzionatorio in precedenza emesso.

Al riguardo, viene citato un orientamento espresso in due occasioni dalla Sezione VI del Consiglio di Stato⁽²⁾, nel 2021: "Sostenere che la sola presentazione della domanda di accertamento di conformità determina il superamento del provvedimento sanzionatorio innescherebbe un procedimento ricorsivo senza fine, perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare, senza limitazioni, la domanda a seguito della riado-

1 Tar Campania, sez. VII, n. 5761/2014

2 Cons. Stato, sez. VI, n. 1432/2021 e n. 308/2021

zione di quel provvedimento. E ciò in contrasto con i principi dell'ordinamento che impongono l'accertamento delle situazioni giuridiche in via definitiva”.

Il Collegio, ancora, afferma che, secondo l'orientamento giurisprudenziale⁽³⁾ ormai consolidato, la presentazione di una istanza di sanatoria, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, come avvenuto nel caso concreto da parte degli appellanti, determina soltanto un arresto interinale dell'efficacia dell'ordine di demolizione, ponendolo in stato di temporanea quiescenza. In caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, senza alcuna necessità per l'Amministrazione di adottarne uno nuovo.

Quindi, si conclude che la statuizione censurata della sentenza impugnata è corretta e in piena coerenza con l'orientamento giurisprudenziale condiviso dal Consiglio di Stato.

Quindi, il Collegio afferma che è infondata anche la doglianza secondo la quale, nel caso di istanza di accertamento di conformità in sanatoria, il prolungato silenzio della P.A. oltre i sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza sarebbe da inquadrare come silenzio inadempimento, come regolato dalla legge regionale della regione Campania, n. 16/2004, e non come silenzio rigetto.

A sostegno di quanto asserito, viene ripreso il consolidato orientamento del Consiglio di Stato⁽⁴⁾, secondo il quale “Il silenzio della p.a. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sull'istanza di accertamento di conformità, di cui all'art. 36 t.u. edilizia, ha un valore legale tipico di rigetto, costituisce cioè un'ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego; la natura provvedimentale è anche confermata dall'articolo stesso, secondo cui sulla richiesta di sanatoria si pronuncia il dirigente o il responsabile entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata; è anche evidente che l'inutile decorso del predetto termine comporta la reiezione della domanda *de qua* e quindi si inverte un provvedimento tacito di diniego. Il silenzio serbato dal Comune sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica quindi non ha valore di silenzio-inadempimento, ma di silenzio-rigetto, con la conseguenza che, una volta decorso il relativo termine, non sussiste un obbligo di provvedere; ciò comporta altresì il permanere della facoltà di provvedere espressamente, nella specie esercitata ragionevolmente, anche a fronte del supplemento istruttorio svolto dall'amministrazione”.

2.2 Procedendo con l'analisi del secondo motivo di appello, il Collegio, premesso che l'art. 27 del D.P.R. n. 380/2001 è collocato nel capo I (artt. 27-29) del titolo IV del Testo unico, che contiene le disposizioni sulla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e la responsabilità, mentre l'art. 31 è collocato nel capo II (artt. 30-48) del titolo IV concernente le sanzioni, afferma che l'acquisizione gratuita rappresenta una sanzione autonoma, avente come presupposto un illecito diverso dall'abuso edilizio, che consiste nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione in precedenza emesso dall'amministrazione. In altre parole, essa rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere dal privato che, dapprima, esegue un'opera abusiva e, successivamente, non adempie all'obbligo di demolire entro il termine fissato dall'amministrazione. A sostegno di quanto affermato, il Consiglio di Stato elenca una serie di suoi precedenti⁽⁵⁾, nonché due pronunce della Corte Costituzionale⁽⁶⁾, con i quali si è statuito in questo senso.

3 *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 1150/2022; n. 1432/2021, n. 2681/2017, n. 1565/2017, n. 1393/2016, n. 466/2015, n. 2307/2014

4 *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI n. 3396/2022 e n. 3417/2018

5 Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7210/2018; sez. IV, n. 2639/2011; sez. V, n. 3834/2006

6 Corte Costituzionale, n. 82/1991 e n. 345/1991

Dunque, il Collegio alla luce dei principi esposti, ritiene infondata la doglianza di cui al secondo motivo, in quanto le questioni relative all'acquisizione dell'area, e i relativi presupposti, attenendo ad un successivo momento procedimentale, non possono essere introdotte nel giudizio con il quale si impugna l'ordine di demolizione, bensì devono essere introdotte avverso l'eventuale provvedimento di acquisizione, laddove venga effettivamente emesso.

2.3 Anche la doglianza espressa col terzo motivo di appello è stata ritenuta infondata.

Infatti, con riferimento alla soggezione ad autorizzazione paesaggistica dei volumi seminterrati o interrati, il Collegio condivide l'assunto del Giudice di primo grado sulla necessità dell'autorizzazione paesaggistica, stante il loro rilievo ai fini paesaggistici, confermato anche da una precedente decisione del Consiglio di Stato⁽⁷⁾, con la quale è stato affermato che: "hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e seminterrati: così come per essi è applicabile il divieto di sanatoria quando sono realizzati senza titolo, così essi hanno una propria rilevanza paesaggistica per le opere da realizzare. Pertanto, per tali volumi, e per le relative superfici, si applicano i divieti di realizzare nuove opere, ovvero, in loro assenza, l'autorità statale competente può valutare se la modifica dello stato dei luoghi abbia una negativa incidenza dei valori paesaggistici coinvolti".

2.4 Anche riguardo alle doglianze mosse col quarto motivo di appello, il Consiglio di Stato si pronuncia nel senso dell'infondatezza.

Secondo il Collegio, infatti, ai sensi dell'art. 3 D.P.R. n. 380/2001, sono "e) "interventi di nuova costruzione", quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti. Sono comunque da considerarsi tali: e.1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6)" e, dunque, appare destituita di fondamento la tesi degli appellanti secondo la quale le opere sarebbero in parte abilitate in base alla vecchia concessione rilasciata per la cisterna interrata e non si può escludere la riconducibilità delle opere alla categoria della nuova edificazione soggetta a permesso di costruire.

Il Collegio ricorda anche che il concetto di pertinenza rileva solo a fini urbanistici, laddove a fini ambientali rileva l'aumento o meno di volume, senza che al riguardo possa assegnarsi rilievo alla definizione di volume tecnico; mentre ai fini edilizi, un volume, per le sue caratteristiche, può anche non essere considerato rilevante e non essere oggetto di computo fra le volumetrie assentibili, viceversa ai fini paesaggistici un volume può assumere comunque una sua rilevanza e determinare una possibile alterazione dello stato dei luoghi che le norme di tutela vogliono impedire.

Il Consiglio di Stato evidenzia, in definitiva, che, per il caso in esame, la realizzazione, oltre a volumi sotterranei, anche di opere esterne, quali la rampa di collegamento tra il locale adibito ad officina e la strada comunale, sono rilevanti ai fini paesaggistici e come tali si pongono in contrasto con quelle disposizioni volte a impedire l'alterazione dello stato dei luoghi attraverso la realizzazione di nuove strutture.

Quindi, viene affermato il principio di diritto in forza del quale "i volumi interrati e seminterrati hanno rilievo paesaggistico e così come per essi è applicabile il divieto di sanatoria quando sono realizzati senza titolo, così essi hanno una propria rilevanza paesaggistica per le opere da realizzare, pertanto, per tali volumi e per le relative superfici si applicano i divieti di realizzare nuove opere, ovvero, in loro assenza, l'autorità competente può valutare se la modifica dello stato dei luoghi abbia una negativa incidenza dei valori paesaggistici coinvolti".

7 Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4503/2013

* * * * *

Massime:

- 1) *“Sostenere che la sola presentazione della domanda di accertamento di conformità determina il superamento del provvedimento sanzionatorio innescherebbe un procedimento ricorsivo senza fine, perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare, senza limitazioni, la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento”;*
- 2) *“la presentazione di una istanza di sanatoria, ai sensi dell’art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, determina soltanto un arresto interinale dell’efficacia dell’ordine di demolizione, ponendolo in stato di temporanea quiescenza. In caso di rigetto dell’istanza di sanatoria, l’ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, senza alcuna necessità per l’Amministrazione di adottarne uno nuovo”;*
- 3) *“l’acquisizione gratuita rappresenta una sanzione autonoma, avente come presupposto un illecito diverso dall’abuso edilizio, che consiste nella mancata ottemperanza all’ordine di demolizione in precedenza emesso dall’amministrazione”;*
- 4) *“hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e seminterrati: così come per essi è applicabile il divieto di sanatoria quando sono realizzati senza titolo, così essi hanno una propria rilevanza paesaggistica per le opere da realizzare. Pertanto, per tali volumi, e per le relative superfici, si applicano i divieti di realizzare nuove opere, ovvero, in loro assenza, l’autorità statale competente può valutare se la modifica dello stato dei luoghi abbia una negativa incidenza dei valori paesaggistici coinvolti”.*

L'ordine di rimozione dei rifiuti abbandonati e ripristino dello stato dei luoghi non può prescindere dall'accertamento di una condotta almeno colposa in capo al proprietario del fondo non responsabile dell'abbandono

T.A.R. Campania, Sez. V, 13.03.2023, n. 1644*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. Le argomentazioni del T.A.R. 2.1 *L'accoglimento del ricorso.* 2.2 *La questione centrale.* 2.3 *I principi di diritto applicabili al caso di specie.*

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il contributo propone un'analisi commentata della sentenza del T.A.R. Campania, sez. V, n.1644 del 2023, in tema di rapporto fra ordinanza di rimozione dei rifiuti abbandonati e ripristino dello stato dei luoghi e responsabilità del proprietario del fondo inquinato.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso (*infra* par. 1) e verranno analizzate nel dettaglio le argomentazioni rese dal T.A.R. in sentenza, con particolare riferimento alla questione giuridica centrale sulla quale si snoda il provvedimento in esame e a tutti i principi di diritto applicabili in materia (*infra* parr. 2, 2.1, 2.2, 2.3).

La sentenza in commento appare di particolare interesse, avendo il merito di ripercorrere interamente l'evoluzione giurisprudenziale e normativa in tema di abbandono di rifiuti e responsabilità connesse.

ABSTRACT: *This article analyzes the T.A.R. Campania's decision on the relationship between the Council's waste removal order act and the property owner's responsibility.*

The facts of the case, and the content of the opening statement of the party will be analyzed in detail (infra par. 1).

Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra parr. 2, 2.1, 2.2, 2.3)

1. I fatti di causa

La parte ricorrente, proprietaria di un fondo confinante con altro fondo sul quale insisteva originariamente un campo sportivo comunale, poi trasformato in discarica a cielo aperto, presentava esposto per denunciare lo stato del fondo confinante al Nucleo Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente di Napoli. A seguito dell'accertamento condotto dalla polizia giudiziaria e previa comunicazione di avvio del procedimento, per l'adozione dei provvedimenti, ai sensi dell'art. 192 del decreto legislativo n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), finalizzati a rimozione, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, il resistente Comune le aveva notificato le ordinanze sindacali, ordinandole, in qualità di proprietaria del fondo, di procedere a propria cura e spese, entro e non oltre il termine di sessanta giorni, a rimozione, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e

* In Giurisprudenza e Controllo

speciali, pericolosi e non pericolosi.

Avverso tali ordinanze la parte ricorrente ha presentato ricorso al T.A.R., censurandone l'illegittimità, poiché ritenute adottate con eccesso di potere, per difetto dei presupposti di fatto e di diritto e in assenza di qualsiasi accertamento in ordine alla responsabilità imputabile a titolo di dolo o colpa in capo alla ricorrente.

L'amministrazione comunale si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della prospettazione censoria.

2. Le argomentazioni del T.A.R.

2.1 Il T.A.R. Campania, preliminarmente, afferma che il ricorso introduttivo è fondato e dev'essere accolto, assumendo portata decisiva e assorbente la doglianza di insufficienza dell'istruttoria e della motivazione, in relazione all'imposizione a carico della ricorrente degli interventi di messa in sicurezza, di emergenza e di bonifica e di caratterizzazione dei rifiuti rinvenuti sul fondo di sua proprietà.

Il Collegio, in particolare, ritiene costituire *jus receptum* l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale quando un fenomeno di inquinamento non è ascrivibile alla sfera di azione del proprietario medesimo, va escluso il coinvolgimento coattivo del proprietario dell'area inquinata, nelle attività di rimozione, prevenzione e messa in sicurezza di emergenza, pertanto, al più, tale soggetto potrà essere chiamato a rispondere sul piano patrimoniale e a tale titolo potrà essere tenuto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente, nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi, secondo quanto desumibile dal contenuto dell'art. 253 del Codice dell'ambiente.

2.2 A seguire, il T.A.R. Campania individua la questione centrale che involge la controversia, ovvero, se il proprietario di un'area inquinata, non responsabile dell'inquinamento, sia tenuto agli oneri di bonifica per come imposti dall'amministrazione pubblica, oppure abbia una mera facoltà di eseguirli, pena, altrimenti, l'esecuzione d'ufficio degli stessi da parte dell'amministrazione procedente e con responsabilità, in tal caso, solo patrimoniale del proprietario e nei limiti del valore venale del bene, all'esito degli interventi di riqualificazione ambientale.

Il Collegio rileva come pacifico in atti che parte ricorrente è soltanto proprietaria del fondo oggetto dell'accertata attività illecita di abbandono di rifiuti, non avendo l'amministrazione comunale resistito a svolgere alcuna specifica istruttoria al precipuo scopo, da un lato, di accertare il concorso, anche in minima misura, della ricorrente alla causazione del rilevato fenomeno inquinante e, dall'altro, di confutare la tesi, da quest'ultima sostenuta, circa l'addebitabilità a terzi della condotta illecita; viene rilevato, anche, che nella stessa motivazione dell'impugnata ordinanza è espressamente ammesso il fallimento dell'attività svolta al fine di individuare i responsabili dell'incriminato sversamento.

Per il T.A.R. è noto che il Codice dell'ambiente sceglie di allocare il titolo di responsabilità e le conseguenze sul piano degli oneri di riparazione del danno nel senso della responsabilità solo patrimoniale del proprietario non responsabile, nei limiti stabiliti dalla norma, salvi gli oneri relativi agli interventi di urgenza e salva la facoltà di eseguire spontaneamente gli interventi di bonifica ambientale. Più nel dettaglio, il Collegio afferma che dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 152/2006, ed in particolare, nel Titolo V della Parte IV, possono ricavarsi le regole seguenti:

1) il proprietario, ai sensi dell'art. 245, comma 2, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. 1), ovvero "le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si

verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia”;

2) gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano esclusivamente sul responsabile della contaminazione, cioè sul soggetto al quale sia imputabile, almeno sotto il profilo oggettivo, l'inquinamento (art. 244, comma 2);

3) se il responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito o altro soggetto interessato), gli interventi che risultassero necessari sono adottati dalla p.a. competente (art. 244, comma 4);

4) le spese sostenute per effettuare tali interventi potranno essere recuperate, sulla base di un motivato provvedimento (che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità), agendo piuttosto in rivalsa verso il proprietario, che risponderà nei limiti del valore di mercato del sito a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi (art. 253, comma 4);

5) a garanzia di tale diritto di rivalsa, il sito è gravato di un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare (art. 253, comma 2).

2.3 Quindi, il T.A.R. si sofferma sull'analisi dei principi in materia ambientale, evidenziando come la scelta del legislatore nazionale, desumibile dall'applicazione delle richiamate regole, sia invero stata adottata in applicazione, nel nostro ordinamento, del principio comunitario del “chi inquina paga”, ormai confluito in una specifica disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ovvero all'art. 191, nel quale rientra come uno degli obiettivi principali sui quali si basa l'azione europea in materia ambientale e in attuazione della direttiva 2004/35/CE.

Il Collegio prosegue mettendo in luce come tale sistema normativo sia stato, tuttavia, sottoposto a critica da una parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, che vi ha ravvisato possibili profili di incompatibilità con i principi comunitari di precauzione, di prevenzione e di correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente: in particolare, ci si è chiesti se la normativa comunitaria ed i principi dalla stessa desumibili siano compatibili con un sistema incentrato su un significativo innalzamento della soglia di tutela ambientale, quante volte l'incertezza nell'individuazione del nesso di causalità tra condotta e danno da inquinamento ambientale ed il ritardo nell'accertamento delle responsabilità, anche a fronte di evidenze scientifiche malcerte, potrebbe determinare rischi irreversibili alla salute o all'ambiente. In tali casi, dunque, ci si è chiesti se il proprietario dell'area inquinata, il quale utilizza il sito per l'esercizio della sua attività d'impresa, non possa essere chiamato a compiere gli interventi di ripristino ambientale a titolo di responsabilità oggettiva, per la relazione speciale con la cosa immobile strumentale all'esercizio della sua attività, ed anche in ragione degli oneri di custodia e di particolare diligenza esigibili nei confronti del titolare di beni suscettibili, oggettivamente, di arrecare danno ad interessi particolarmente sensibili.

Il Collegio, quindi, ricorda l'ordinanza n. 21/2013 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione interpretativa “se i principi dell'Unione europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla direttiva 2004/35/UE del 21 aprile 2004 (articoli 1 ed 8 n. 3; 13° e 24° considerando) - in particolare, il principio per cui “chi inquina, paga”, il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio della correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente - ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244,245 e 253 del d.lgs. n. 152/2006, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e d'impossibilità d'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa

d'imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica".

Il T.A.R. ricorda come l'interpretazione prospettata dall'Adunanza Plenaria si faceva carico di superare alcune criticità insorte dall'esame di una pluralità di casi, in cui il responsabile dell'inquinamento risultava il più delle volte irreperibile per avere, con operazioni negoziali di sospetta portata elusiva, alienato la cosa inquinata, mentre il nuovo proprietario trovava proprio nelle richiamate disposizioni inerenti alla limitazione della sua responsabilità, essendo ammessa solo una responsabilità di tipo patrimoniale correlata al valore commerciale del cespite, un *commodus discensus*, per liberarsi dei più gravosi oneri economici connessi all'integrale bonifica del sito.

Quindi, vengono riportate le conclusioni della sentenza della Corte di Giustizia UE, del 4 marzo 2015, resa nella causa C-534/13, con la quale è stato confermato il proprio orientamento, non diverso da quello preponderante emerso nell'ordinamento italiano e richiamato dalla stessa ordinanza di rinvio dell'Adunanza Plenaria, secondo il quale "la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale (...) la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi".

Il T.A.R. Campania ricorda come la stessa sentenza della C.G.U.E. afferma che il diritto dell'Unione non è di ostacolo ad una normativa nazionale che non consenta di imporre misure riparatorie al proprietario del sito non responsabile dell'inquinamento, di tal che la pronuncia non riguarda soltanto le disposizioni particolari del Codice dell'ambiente applicabili in quel giudizio, che vengono utilizzate in quanto poste a base della controversia davanti al giudice *a quo*, ma si riferisce a tutte le disposizioni nazionali, antecedenti o susseguenti a quelle scrutinate, che siano ispirate al medesimo criterio di riparto della responsabilità e degli oneri consequenziali tra il proprietario del sito inquinato e il responsabile dell'inquinamento.

Ancora, il T.A.R. riporta quanto chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 3077/2023, sulla differenza fra misure di sicurezza e misure di prevenzione: le misure di messa in sicurezza, non esigibili dal proprietario, consistono in ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza, in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente; le misure di prevenzione, viceversa, sono state definite come le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia.

Quindi, dalla non assimilabilità delle misure di sicurezza alle misure di prevenzione, nonostante anche le prime possano materialmente assolvere ad una finalità di contenimento del danno ambientale, il T.A.R. deduce che solo le seconde implicano

un danno ancora non presente, su tale senso convergendo le formule della minaccia imminente, il rischio sufficientemente probabile, lo scenario di un futuro prossimo, insieme alle nozioni di impedimento al realizzarsi della minaccia.

2.3 Così ricostruita la questione centrale, il T.A.R. Campania afferma che nel caso di specie, non avendo l'amministrazione comunale, mediante dei puntuali riscontri probatori acquisiti all'esito di una compiuta istruttoria, determinato in capo alla ricorrente la responsabilità dell'inquinamento del fondo, la stessa ricorrente non è tenuta ad eseguire la caratterizzazione dell'area e la sua bonifica, secondo le prescrizioni imposte dall'amministrazione.

In particolare, si osserva che, nella stessa motivazione corredante l'impugnata ordinanza, si è dato atto dell'impossibilità di individuare tutti i responsabili dell'inquinamento del fondo in oggetto, non risultando, pertanto, accertata la responsabilità della ricorrente, in ordine alla genesi, ovvero all'aggravamento dell'inquinamento del sito, neppure sotto il profilo del nesso di causalità tra la predetta situazione di inquinamento ed una sua condotta omissiva, cosicché, allo stato, la posizione della ricorrente non può essere assimilata a quella dell'operatore "responsabile dell'inquinamento".

Ancora, il Collegio afferma che non assume rilevanza l'omessa recinzione del fondo *de quo*, richiamando la giurisprudenza⁽¹⁾ che ha chiarito che "in virtù dell'art. 192, d.lgs. n. 152/2006, l'obbligo di rimozione dei rifiuti grava in via principale sull'inquinatore e, in solido, sul proprietario del terreno e sui titolari di diritti reali o personali di godimento dell'area, qualora a costoro sia imputabile una condotta dolosa o colposa, da accertarsi previo contraddittorio, secondo il principio di matrice eurounitaria in materia ambientale per cui "chi inquina paga", avendo, la disposizione in questione imposto, in via solidale, le conseguenze ripristinatorie della condotta lesiva dell'ambiente anche al proprietario, nell'eventualità in cui quest'ultimo si sia reso colpevole di inidonea vigilanza sui beni interessati dall'abbandono dei rifiuti, tanto che risulta insufficiente la sola titolarità del diritto reale o di godimento sulle aree interessate, essendo necessario l'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico in ordine ai fatti contestati".

Secondo il T.A.R., in conformità a quanto già affermato dal Consiglio di Stato⁽²⁾ ne consegue che, in linea generale, prima di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati ed il ripristino dello stato dei luoghi, il Comune è tenuto ad accertare che il proprietario non responsabile dell'abbandono abbia tenuto una condotta quanto meno colposa, con la precisazione che, ai fini dell'accertamento *de quo*, l'omessa recinzione del fondo inquinato non costituisce *ex se* un indice di negligenza, posto che nel nostro sistema (art. 841 c.c.) la recinzione è una facoltà (ossia un *agere licere*) del *dominus*: come tale, la scelta di non fruirne non può tradursi in un fatto colposo (art. 1127, c. 1, c.c.), ovvero in un onere di ordinaria diligenza (art. 1227, co. 2, c.c.), che circoscrive il diritto al risarcimento del danno.

Quindi, il Collegio richiama una fondamentale pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁽³⁾ che, nell'affrontare la problematica riguardante gli obblighi di carattere ambientale che fanno capo al curatore fallimentare, dopo aver preso atto che quest'ultimo non è avente causa del fallito, oltre ad avere precisato i principi già richiamati, ha sancito che egli deve essere qualificato "detentore dei rifiuti" e, come tale, è obbligato a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero.

1 *ex multis*, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, n. 91/2022

2 Consiglio di Stato, sez. IV, n. 7657/2020

3 Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 3/2021

La Plenaria ha, infatti, evidenziato che l'art. 14, paragrafo 1, della direttiva n. 2008/98/CE, secondo cui, in base al principio del chi "inquina paga", i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti, fra l'altro, "dai detentori del momento", appare idoneo a sussumere sia la figura del detentore dei rifiuti sia quella del detentore del fondo sul quale i rifiuti sono stati abbandonati, con la conseguenza che "solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può, in definitiva, invocare la cd. "esimente interna" prevista dall'art. 192, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006".

Il Collegio, inoltre, precisa che la decisione della Plenaria è stata, poi, approfondita da successive pronunce⁴⁾ che, con specifico riferimento alla possibilità di adossare all'acquirente di un fondo già inquinato, o già oggetto di abbandono di rifiuti, l'obbligo di provvedere alla bonifica o alla rimozione di quanto in esso depositato, hanno affermato che "la normativa nazionale deve essere interpretata in chiave europea e in maniera compatibile con canoni di assoluto rigore a tutela dell'ambiente".

Viene evidenziato come, nella sostanza, la sentenza della Plenaria in esame abbia incentrato la tutela dell'ambiente intorno al fondamentale cardine della responsabilità del proprietario in chiave dinamica, ossia nel senso di ritenere responsabile degli oneri di bonifica e di riduzione in pristino anche il soggetto non direttamente responsabile della produzione del rifiuto, il quale sia tuttavia divenuto proprietario e detentore dell'area o del sito in cui è presente, per esservi stato in precedenza depositato, stoccato o anche semplicemente abbandonato, il rifiuto in questione. La responsabilità del proprietario del sito, in tal caso, non rinviene necessariamente la propria causa nel cd. fattore della produzione, bensì anche, eventualmente, in quello della detenzione o del possesso, corrispondenti, rispettivamente, al contenuto di un diritto personale o reale di godimento dell'area sulla quale è oggettivamente presente il rifiuto, dal momento che grava su colui che è in relazione con la cosa l'obbligo di attivarsi per fare in modo che la cosa medesima non rappresenti più un danno o un pericolo di danno, o anche di aggravamento di un danno già prodotto.

Ancora, il Collegio osserva che, la direttiva 2004/35/CE non opera alcuna distinzione, per quanto riguarda la necessaria sussistenza del nesso eziologico, in punto di causazione del danno, fra le misure di prevenzione e le misure di riparazione di cui all'articolo 2, punti 10 e 11, ma, in entrambi i casi, l'insussistenza di un nesso eziologico fra la condotta dell'operatore e l'evento dannoso vale ad escludere qualsiasi conseguenza a suo carico, sia per ciò che riguarda le misure di prevenzione, sia per quanto riguarda le misure di riparazione in senso proprio.

E dunque, poiché gli interventi di messa in sicurezza di emergenza consistono, a norma dell'art. 2 del D.M. Ambiente n. 471/99, nella rimozione delle fonti inquinanti e l'esecuzione delle opere di ripristino, di presidio e di caratterizzazione, secondo quanto prescritto dall'art. 242 del d.lgs. n. 152/2006, e gli stessi devono essere posti a carico del soggetto che inquina, secondo il T.A.R., i provvedimenti impugnati, nella parte in cui ingiungono tali adempimenti alla ricorrente, devono essere annullati.

Si aggiunga che, nell'ipotesi di mancata individuazione del responsabile, o di mancata esecuzione degli interventi in esame da parte sua, e sempreché non provvedano spontaneamente né il proprietario del sito, né altri soggetti interessati, le opere di recupero ambientale devono essere eseguite dall'Amministrazione competente, ai sensi dell'art. 250 d. lgs. n. 152/2006, che potrà poi rivalersi, testualmente, esclusivamente sul proprietario del sito, nei limiti del valore dell'area bonificata, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi, come previsto dall'art. 253 del Codice dell'ambiente.

4 *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4383/2021

Ad avviso del Collegio, la *ratio* che ha indotto la giurisprudenza a ritenere applicabile anche al detentore qualificato del bene l'onere di adoperarsi preventivamente per la messa in sicurezza del sito, non è tale da giustificare l'estensione al mero detentore del bene, anche qualora fosse titolare di un diritto reale dello stesso sull'area, della ripetizione dei costi per la messa in sicurezza: infatti, mentre l'art. 245 del d.lgs. n. 152/2006, quanto alle procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale, fa riferimento, in generale, agli "interessati non responsabili" e fa riferimento espresso tanto al proprietario del bene quanto al gestore dell'area, l'art. 243, sul recupero delle spese sostenute in danno, prevede che la rivalsa - assistita da onere reale e privilegio speciale - possa essere esperita esclusivamente a carico del proprietario del bene, il quale soltanto, a sua volta, "ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito".

Secondo il T.A.R. Campania, conformandosi a significativi precedenti giurisprudenziali⁵ in materia, tale disposizione deve essere quindi interpretata nel senso che, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di ottenere dal soggetto responsabile interventi di riparazione, la Pubblica Amministrazione competente può richiedere esclusivamente al proprietario del suolo il rimborso delle spese sostenute per effettuare la bonifica, limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi.

Il Collegio aggiunge, poi, che, come più volte indicato dalla giurisprudenza⁶, le spese sostenute per effettuare gli interventi di bonifica potranno essere recuperate, dal proprietario, solo previo motivato provvedimento, adottato nel rispetto dell'art. 7 della legge n. 241/90, il quale giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità.

Il Collegio conclude il suo *iter* argomentativo sottolineando, quindi, come la ricorrente, in qualità di proprietaria dell'area, sempreché gli interventi di bonifica dovessero riguardare il fondo di sua proprietà, sarà responsabile esclusivamente sul piano patrimoniale e a tal titolo sarà tenuta, ove occorra, al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente, nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi, secondo quanto desumibile dalla disciplina vigente, come sopra interpretata.

In definitiva, il T.A.R. Campania accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'ordinanza impugnata nei limiti esposti nelle argomentazioni della sentenza.

* * * * *

Massime:

- 1) *"Prima di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati ed il ripristino dello stato dei luoghi, il Comune è tenuto ad accertare che il proprietario non responsabile dell'abbandono abbia tenuto una condotta quanto meno colposa, con la precisazione che, ai fini dell'accertamento de quo, l'omessa recinzione del fondo inquinato non costituisce ex se un indice di negligenza, posto che nel nostro sistema (art. 841 c.c.) la recinzione è una facoltà (ossia un agere licere) del dominus: come tale, la scelta di non fruirne non può tradursi in un fatto colposo (art. 1127, c. 1, c.c.) ovvero in un onere di ordinaria diligenza (art. 1227, c. 2, c.c.), che circoscrive il diritto al risarcimento del danno".*
- 2) *"In caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di ottenere dal soggetto responsabile interventi di riparazione, la Pubblica Amministrazione competente*

5 T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, n. 325/2017; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, n. 1326/2017

6 *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4225/2015

può richiedere esclusivamente al proprietario del suolo il rimborso delle spese sostenute per effettuare la bonifica, limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi”.

- 3) *“Le spese sostenute per effettuare gli interventi di bonifica potranno essere recuperate, dal proprietario, solo previo motivato provvedimento, adottato nel rispetto dell'art. 7 della legge n. 241/90, il quale giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità”.*

L'ingiunzione a demolire un immobile sequestrato: profili di validità ed esecutività dell'ordinanza

Nota a T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 06.03.2023, n. 735*

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. 2. I motivi del ricorso al T.A.R. 2.1 *Il primo motivo*. 2.2 *Il secondo motivo*. 3. Le argomentazioni del T.A.R. 3.1 *Sul primo motivo*. 3.2 *Sul secondo motivo*.

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n.735 del 2023, in tema di rapporto fra ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi e provvedimento del giudice penale, di sequestro preventivo.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al T.A.R. (infra par. 1) e verrà analizzato nel dettaglio il contenuto del ricorso, con i suoi due motivi (infra parr. 2., 2.1, 2.2).

A seguire, si procederà all'analisi delle argomentazioni rese dal T.A.R. in sentenza, con specifico riferimento ai singoli motivi (infra parr. 3, 3.1, 3.2).

La sentenza in commento appare di particolare interesse per la questione giuridica attorno alla quale il T.A.R. si sofferma con maggiore attenzione, riguardante il tema degli effetti del sequestro giudiziario sul procedimento amministrativo di repressione di abusi edilizi: sul punto, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti, che saranno, uno ad uno, analizzati nei termini del Collegio (infra par. 3.2).

Infine, sarà dato conto dell'orientamento cui aderisce il T.A.R. Sicilia, con la pronuncia de qua, e del dispositivo.

ABSTRACT: *This article analyzes the Sicilian T.A.R.'s decision on the relationship between the Council's demolition order act and the criminal Court's property seizure order.*

The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statement of the party will be analyzed in detail, (infra parr. 2., 2.1, 2.2).

Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra parr. 3, 3.1, 3.2), exposing the three orientations about the question that mainly concerns the decision (infra par. 3.2). Last, the article reports the T.A.R.'s solutions to all the questions.

1. I fatti di causa

La vicenda trae origine da un decreto del Tribunale di Palermo ai sensi degli artt. 20 e ss. del decreto legislativo n. 159/2011, che ha disposto la misura del sequestro dell'intero capitale sociale e del relativo compendio aziendale di una società, nominando, contestualmente, l'amministratore giudiziario. Quest'ultimo, ricevuta l'investitura, ha dato corso alle operazioni di ricognizione dei beni aziendali e delle relative attività in essere della società e, relativamente alla sede, è emerso che l'immobile era stato edificato in virtù di concessione edilizia ottenuta dal precedente amministratore della società.

* In Giurisprudenza e Controllo

Al momento del sequestro, il fabbricato in questione risultava ultimato in tutte le sue parti e ampiamente utilizzato dalla società, non soltanto per lo svolgimento dell'attività economica, ma anche per le esigenze abitative del precedente legale rappresentante; in particolare, risultava la manifesta difformità dell'edificio rispetto alla concessione edilizia.

L'amministratore giudiziario ha, quindi, proposto al giudice delegato alla misura di prevenzione di valutare l'opportunità di chiedere al Comune il rilascio di una concessione in sanatoria, invocando, altresì, con urgenza, lo spostamento della sede legale dell'azienda, al fine di interrompere con sollecitudine l'uso abitativo che sino ad allora veniva fatto.

Il Comune, tuttavia, ha ingiunto, con ordinanza, alla società, in persona dell'amministratore giudiziario, di demolire, entro il termine di 90 giorni dalla notifica del provvedimento, le opere edilizie realizzate abusivamente in assenza di concessione edilizia.

L'amministratore giudiziario impugnava l'ordinanza davanti al T.A.R. e il Comune si costituiva in giudizio, chiedendo di rigettare il ricorso.

Anche la Curatela del Fallimento si costituiva, insistendo in tutte le domande già avanzate con ricorso introduttivo.

2. I motivi del ricorso al T.A.R.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, sono stati dedotti i vizi di difetto di legittimazione passiva e violazione dell'art. 31, c. 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 380/01.

In particolare, per la parte ricorrente, i legittimati passivi all'ordinanza di ingiunzione a demolire sarebbero stati il proprietario ed il responsabile dell'abuso, citando, a sostegno della propria tesi, la sentenza della Corte Costituzionale, n. 345 del 15 luglio 1991, con la quale si è affermato che il proprietario è legittimato passivo indipendentemente dall'essere o meno estraneo alla realizzazione dell'abuso, in quanto l'estraneità del proprietario, cui è diretta l'ordinanza di demolizione, rispetto agli abusi edilizi commessi sul bene di cui abbia la piena ed esclusiva disponibilità – anche se commessi anteriormente al suo acquisto dal precedente proprietario – non implica l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di riduzione in pristino dello stato dei luoghi.

Dunque, per il ricorrente, è solo l'attuale proprietario del bene abusivo il soggetto legittimato passivamente ad ottemperare all'ordinanza, ovvero il responsabile dell'abuso edilizio, e non l'amministratore giudiziario che, in quanto tale, non ha alcun diritto reale sul bene abusivamente realizzato; per il deducente, l'amministratore giudiziario, nella qualità di mero esecutore delle direttive del giudice delegato, non può in alcun modo essere definito proprietario o comunque titolare dei beni sottoposti a sequestro preventivo.

Inoltre, col primo motivo di ricorso, si argomenta che l'ordinanza di ingiunzione impugnata non reca la notifica del suddetto provvedimento al responsabile dell'abuso, nella qualità di precedente rappresentante legale della società, peraltro qualificato dallo stesso provvedimento proprietario dell'immobile, così come previsto dall'art. 31, c. 2, d.P.R. n. 380/2001.

Infine, la parte ricorrente osserva che, a fronte di un abuso realizzato nel 2008, il Comune ha effettuato il sopralluogo solo molti anni dopo, in costanza di amministrazione giudiziaria, adottando l'ordine di demolizione nel gennaio 2013.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, sono stati dedotti i vizi di violazione di legge, violazione dell'art. 321 del Codice penale, e degli artt. 20, c. 1, 34, c. 9 e 40 c. 3, del d.lgs. 159/2011.

La parte ricorrente, in particolare, ha tracciato le caratteristiche salienti dell'istituto

del sequestro preventivo, delineandone il profilo peculiare di impedire che una cosa pertinente al reato possa essere utilizzata per estendere nel tempo o in intensità le conseguenze del crimine o per agevolare il compimento di altri reati.

Per l'esponente, dunque, poste queste considerazioni, l'immobile su cui grava il provvedimento impugnato è allo stato imm modificabile e l'ordinanza di demolizione, qualora fosse ottemperata dall'amministratore giudiziario nominato, avrebbe come palese conseguenza la violazione del vincolo di indisponibilità e consequenziale configurazione del reato di violazione di sigilli, di cui all'art 349 c.p.

Inoltre, la parte ricorrente afferma che la presenza del provvedimento di sequestro non risulta compatibile con il provvedimento di ingiunzione a demolire, essendo opinione costante in giurisprudenza penale e amministrativa che il sequestro preventivo non osti di per sé all'emanazione del provvedimento di ingiunzione adottato dal Comune ex art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, ma l'ordinanza di demolizione può ritenersi legittimamente emanata solo nell'ipotesi in cui il provvedimento di prevenzione sia strumentale all'abuso edilizio per il quale si chiede la condanna a demolire.

La deducente osserva, ancora, che il provvedimento di sequestro preventivo, di cui all'art. 321 del Codice di procedura penale, e quello di ingiunzione di demolizione, di cui all'art. 31 del d.P.R. 380/2001, possono coesistere, ma la loro coesistenza è in ogni caso disciplinata dalla competente autorità giudiziaria penale, alla quale spetta il compito di ponderare le esigenze cautelari con l'esigenza di ripristino dello stato dei luoghi, talché solo l'istanza di dissequestro negata può rilevare come scriminante nei riguardi dell'autore dell'abuso edilizio che non ottemperi all'ordine del Comune.

Quindi, secondo l'esponente, il Comune ove ha sede l'immobile abusivo e sottoposto a sequestro preventivo dall'Autorità penale a causa della sua abusività, può legittimamente emettere l'ordinanza di demolizione se, in sede penale, venga accertato che l'esigenza di ripristino e tutela del territorio sia preponderante rispetto a quella della temporanea imm modificabilità dei luoghi ai fini preventivi. Nel caso di specie, invece, secondo la parte ricorrente, il sequestro preventivo ex art. 321 c.p. dell'immobile abusivo non è stato disposto dal giudice penale a seguito della realizzazione dell'opera abusiva e a seguito dell'accertamento previsto dall'art. 44 del d.P.R. 380/2001, ma dalla Sezione misure di prevenzione del Tribunale, nell'ambito del procedimento penale di applicazione delle misure di prevenzione, con finalità precipua di prevenzione dei reati di associazione a delinquere di stampo mafioso e non tanto di tutela dell'ambiente e delle norme in materia di urbanistica ed edilizia.

Il deducente, inoltre, osserva che, nell'ipotesi di accertamento positivo delle fattispecie di reato, l'immobile *de quo* verrà acquisito alla titolarità dello Stato mentre, in caso contrario, tornerà nella disponibilità dei legittimi proprietari che, peraltro, in quanto autori dell'abuso edilizio risponderanno all'ordine di ingiunzione.

Con il secondo motivo di ricorso viene, altresì, argomentato che l'immodificabilità impressa dal sequestro preventivo rende illegittima qualsiasi statuizione modificativa dello stato dei luoghi e della consistenza del patrimonio sequestrato, quindi, l'ordinanza di ingiunzione a demolire, intervenuta dopo cinque anni dall'abuso e in costanza di amministrazione giudiziaria, risulta illegittima poiché adottata in violazione del combinato disposto di cui all'art. 321 c.p. e 20, c. 1, d.lgs. 159/2011.

Nel ricorso, viene osservato che le finalità e il bene giuridico tutelato sono differenti nel caso di sequestro preventivo ex art. 321 c.p. eseguito in combinato disposto con gli artt. 20, c. 1, e 34 c. 9, del d.lgs. 159/2011, in quanto le norme contenute nel c.d. Codice antimafia mirano a imprimere ai beni della persona sottoposta a procedimento penale per i reati di cui agli artt. 416-bis c.p. un vincolo di indisponibilità allorché si ha motivo, sulla base di sufficienti indizi, di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. E, secondo il deducente, tale

vincolo è imprimevole anche sui beni connessi ad attività economiche quando, a seguito degli accertamenti di cui all'art. 19 del d.lgs. 159/2011, ricorrono sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio delle sopradette attività, comprese quelle imprenditoriali, sia direttamente che indirettamente, possa comunque agevolare l'attività delle persone sottoposte a procedimento penale o ai suoi familiari e, in tal caso, il Tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei predetti beni; viene aggiunto che, se poi vi è concreto pericolo che i beni sottoposti all'amministrazione giudiziaria vengano dispersi, sottratti o alienati, il Procuratore della Repubblica, il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia o il Questore possono chiedere al Tribunale di disporre il sequestro.

Nel ricorso, si evidenzia anche come dall'esame dell'impianto normativo dettato dal c.d. Codice antimafia del 2011, emerge che in presenza di sufficienti indizi di reità su persone sottoposte a procedimento penale per i reati stabiliti dall'art. 416-bis c.p. le autorità preposte possano disporre, nelle forme dell'art. 321 c.p., il sequestro dei beni personali, nonché dei beni connessi ad attività commerciali ed imprenditoriali che possono costituire il frutto dell'attività illecita o del suo reimpiego e, a tal fine, le suddette norme mirano a tutelare un interesse pubblico primario evitando che i reati di cui all'art. 416-bis c.p., vengano portati ad ulteriori conseguenze, qualora i beni non vengano temporaneamente sequestrati o le aziende vengano lasciate nel libero esercizio delle loro attività.

Secondo l'esponente, ulteriore finalità del Codice antimafia, una volta accertato con sentenza definitiva in sede penale che il bene sequestrato è frutto dell'attività illecita, è quella di apprenderlo alla titolarità definitiva dello Stato con lo strumento della confisca e l'ottemperanza all'ingiunzione di demolizione frusterebbe la *ratio* della normativa antimafia, in quanto sottrarrebbe il bene sequestrato alla disponibilità temporanea dello Stato e a quella eventualmente definitiva, con evidente danno economico al patrimonio statale, ponendosi di conseguenza in evidente contrasto con le norme del Codice antimafia.

Altro profilo di illegittimità, per la parte ricorrente, risiede nella violazione dell'art. 40 del d.lgs. 159/2011 che disciplina la gestione dei beni sequestrati affidandone al giudice delegato alla misura di prevenzione ed al nominato amministratore giudiziario la *gestio*. In particolare, il primo impartisce al secondo le direttive generali della gestione, che dev'essere svolta sotto il rigido controllo del giudice delegato; l'amministratore giudiziario, infatti, nella gestione dei beni, non può stare in giudizio, né contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare immobili, compiere atti di straordinaria amministrazione anche a tutela dei diritti dei terzi, senza autorizzazione scritta del giudice delegato.

Si osserva, inoltre, che anche l'ipotetica ottemperanza all'ordine di demolizione, per la deducente, violerebbe la "competenza esclusiva" di cui gode il giudice penale delegato alla misura di prevenzione, che è il solo organo deputato alla gestione del bene sequestrato, sino a quando è pendente il procedimento penale.

In conclusione, per la parte deducente, solo all'esito del procedimento che accerti la mancanza dei presupposti di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 159/2011, con conseguenziale dissequestro del bene e restituzione dello stesso agli aventi diritto, legittimi proprietari, si potrà ottemperare all'ingiunzione a demolire.

3. Le argomentazioni del T.A.R.

3.1 Il T.A.R. Sicilia, con la sentenza in commento, dichiara il primo motivo infondato.

Secondo il Collegio, infatti, come si ricava nell'ordinanza avversata, la concessione edilizia in esame, per la realizzazione del fabbricato oggetto della contestata misura repressiva, è stata rilasciata in persona dell'amministratore unico; lo stesso provvedimento impugnato ha rivolto l'ingiunzione di demolizione in persona dell'amministratore giudiziario.

Viene richiamato, a questo punto, un principio espresso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽¹⁾, secondo il quale, ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001, la demolizione o la rimozione dell'opera abusiva va ingiunta "al proprietario e al responsabile dell'abuso" e non è previsto uno sdoppiamento della responsabilità per il caso in cui essa sia ascrivibile ad una persona giuridica: l'illecito amministrativo, che si estrinseca nella realizzazione di opere edilizie abusive non è tipizzato quale illecito del quale deve rispondere, a titolo personale, anche, o solo, il legale rappresentante della persona giuridica alla quale l'opera abusiva debba essere imputata e, di conseguenza, quando il soggetto responsabile dell'abuso sia da individuare in una persona giuridica, sarà a quest'ultima che deve essere indirizzata l'ingiunzione di rimozione o demolizione, e non già, a titolo personale, al legale rappresentante di questa.

Dunque, il T.A.R. Sicilia evidenzia che, nella vicenda in esame, l'Amministrazione comunale resistente, in piena aderenza al dettato normativo, ha indirizzato l'avversata ordinanza di demolizione nei confronti del soggetto direttamente responsabile dell'abuso e non a titolo personale all'amministratore giudiziario della compagine societaria ricorrente.

Inoltre, viene osservato dal T.A.R. che la circostanza dell'intervenuto mutamento della persona dell'amministratore, dall'amministratore unico della società, all'amministratore giudiziario, è irrilevante ai fini di interesse, in ragione del già evidenziato presupposto dell'individuazione - quale soggetto responsabile dell'abuso - della persona giuridica rappresentante della società.

Infine, il T.A.R., aderendo ad un orientamento giurisprudenziale consolidato⁽²⁾, chiarisce che la circostanza che, a fronte dell'abuso del 2008, la misura demolitoria è stata adottata decorsi cinque anni, non inficia la validità dell'ordinanza impugnata, in quanto la repressione degli abusi edilizi è, per giurisprudenza costante, attività vincolata, che prescinde del tutto dall'epoca di realizzazione e dallo stesso momento di verifica dei medesimi.

3.2 Anche il secondo motivo di ricorso, secondo il T.A.R., è da ritenersi infondato.

Il Collegio, preliminarmente, afferma che non risulta contestata, dalla parte ricorrente, l'abusività del manufatto edilizio in questione, avendo anzi la stessa parte dato atto della "manifesta difformità dell'edificio dall'anzidetta concessione edilizia" e che non risulta dimostrata l'avvenuta presentazione di una istanza di sanatoria, oggetto di proposta dell'amministratore giudiziario al giudice delegato.

Sul punto, il Collegio si pronuncia in conformità all'indirizzo giurisprudenziale⁽³⁾ consolidato in materia, affermando che la sanzione demolitoria, in edilizia, ha carattere doveroso e vincolato.

Quindi, il T.A.R. si sofferma sul tema degli effetti del sequestro giudiziario sul procedimento amministrativo di repressione di abusi edilizi, osservando che, in materia, si registrano, in giurisprudenza, tre distinti orientamenti.

Secondo il primo⁽⁴⁾, l'ordine di demolizione adottato nella vigenza di un sequestro penale è affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione agli artt. 1346 e 1418 cod. civ. e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando.

1 Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2022, n. 5031

2 *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 17 novembre 2020, n. 1702

3 *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 12 dicembre 2022, n. 7702; T.A.R. Toscana, sez. III, 5 agosto 2022, n. 992

4 *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2020, n. 2431; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 13 gennaio 2022, n. 11

In base al secondo⁽⁵⁾, invece, il sequestro di un immobile abusivo da parte dell'Autorità giudiziaria penale non determina l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione che lo attinge, ma soltanto l'eventuale differimento del termine fissato per la rimessa in pristino, decorrente dalla data del dissequestro, che sarà onere dell'interessato richiedere tempestivamente. Conseguentemente, la circostanza che il fabbricato è oggetto di un sequestro penale deve essere tenuta in conto dall'Amministrazione precedente soltanto ai fini delle valutazioni di competenza circa l'eseguibilità materiale del provvedimento repressivo. Secondo la tesi in esame, quindi, l'obbligato ha l'onere di chiedere all'Autorità giudiziaria penale il dissequestro, secondo la procedura prevista dall'art. 85 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale, allo scopo di ottenere l'autorizzazione a provvedere direttamente alla demolizione e al ripristino dei luoghi, sicché, in tal caso, soltanto il rigetto dell'istanza giustificerebbe il *factum principis* tale da inibire l'ordine di demolizione e/o l'avvio del procedimento di acquisizione al patrimonio comunale.

Infine, per il terzo orientamento⁽⁶⁾, non può mai configurarsi un obbligo di chi abbia patito un provvedimento di sequestro di un suo bene, di attivarsi in alcun modo per assicurare l'esecuzione, in pendenza del sequestro medesimo, di un'ingiunzione a demolire e nemmeno è ravvisabile un onere di collaborazione con l'autorità comunale, onde portare ad esecuzione un'ingiunzione a demolire, in pendenza di un sequestro penale. Il Collegio specifica che, per detto orientamento, l'assenza di un obbligo o di un onere siffatto, non porta ad escludere che, in casi particolari, chi sia stato colpito da un sequestro penale, e in pendenza del medesimo, possa comunque - al di fuori di qualunque assetto coercitivo - avere interesse a ottemperare all'ordine di demolizione emanato da una amministrazione comunale, senza attendere l'esito del processo penale.

Ancora, il Collegio sottolinea che per il terzo indirizzo ermeneutico, non sembra possa confermarsi l'indirizzo che reputa nulla, nella sostanza per impossibilità dell'oggetto, l'ordinanza comunale a demolire un manufatto abusivo in pendenza del predetto sequestro penale, in quanto l'oggetto di un'ordinanza siffatta, anche perdurante il vincolo penale, esiste nella sua materialità e spiega per intero la sua antiggiuridicità, non essendosi in presenza di un oggetto "impossibile".

Semmai, per il T.A.R., stante quanto considerato in merito all'inesistenza di un obbligo o di un onere di collaborazione *contra se* con l'autorità amministrativa, per tutta la durata del sequestro, l'ordinanza di demolizione non potrà essere eseguita in assenza della collaborazione dell'interessato.

Nella sentenza si osserva che, però, la provvisoria mancanza dell'esecutività dell'ingiunzione a demolire non può riverberarsi, a ritroso, sulla validità giuridica del provvedimento e, cioè, anche qualora ricada su un immobile sequestrato in sede penale, l'ingiunzione a demolire è un provvedimento perfetto e giuridicamente valido, in quanto avente un oggetto individuato e possibile e la medesima ordinanza, invece, è carente di esecutività in ragione di un vincolo esterno rappresentato dal sequestro penale e fintanto che duri l'efficacia del sequestro.

Premessa la ricostruzione degli indirizzi interpretativi sul punto, il Collegio ritiene di aderire al terzo degli orientamenti esposti, affermando che proprio in ragione del carattere doveroso e vincolato della misura ripristinatoria, l'ordinanza impugnata deve ritenersi esente dai vizi denunciati e la sua efficacia è subordinata all'evento della cessazione del sequestro.

In conclusione, per le ragioni argomentate, il T.A.R. decide che il ricorso deve essere respinto.

5 *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 febbraio 2023, n. 426; T.A.R. Umbria, sez. I, 14 dicembre 2022, n. 943

6 *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Ad. Sez. Riun., 23 ottobre 2020, n. 277

* * * * *

Massima: *L'ingiunzione a demolire è un provvedimento perfetto e giuridicamente valido, anche qualora ricada su un immobile sequestrato in sede penale, in quanto avente un oggetto individuato e possibile; tuttavia, la sua efficacia è subordinata all'evento della cessazione del sequestro.*

Pubblicato il 01/03/2023

N. 02192/2023 REG. PROV. COLL.
N. 09454/2021 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9454 del 2021, proposto da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cecchetti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Firenze, via S. Spirito, n. 29;

contro

Comune di Manduria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa Di Giovanni, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

nei confronti

Ca.De.Me. Campo dei Messapi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Sticchi Damiani, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

Lega Navale Italiana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Manelli, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

Sirio s.r.l., Bonadea s.r.l., Lo Scivolo di Guiderdone Pamela Monica s.a.s., Bevagna s.r.l., S.I.B. Sindacato Italiano Balneari, Federazione Imprese Demaniali, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, nonché Kevin Cosimo Modeo, Giancarlo Carcaccio, Angela Lacavalla, Armando Carpitella, Gennaro Vita, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce (Sezione Prima) n. 00981/2021, resa tra le parti, concernente la proroga di alcune concessioni demaniali marittime.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Manduria, della Ca.De.Me. Campo dei Messapi S.r.l. e della Lega Navale Italiana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Marcello Cecchetti e Saverio Sticchi Damiani, in sostituzione degli avvocati Andrea Sticchi Damiani e Gianluigi Manelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con deliberazione della Giunta comunale 19/11/2020, n. 27, il Comune di Mandu-

ria, preso atto di quanto disposto dall'art. 1, commi 682, 683 e 684 della L. 30/12/2018, n. 45 e dall'art. 182, comma 2, del D.L. 19/5/2020, n. 34, conv. in L. 17/7/2020, n. 77, ha dato indicazioni al Responsabile del competente servizio per la predisposizione degli atti finalizzati all'estensione, sino al 31/12/2033, del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Tali concessioni sono state, poi, concretamente prorogate con apposite annotazioni apposte in calce ai relativi titoli.

Ritenendo la detta delibera e le concrete proroghe, in contrasto con gli artt. 49 e 56 del TFUE e, in generale, con la normativa unionale contenuta nella direttiva 12/12/2006, n. 2006/123/CE (c.d. direttiva *Bolkestein*), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha notificato al comune il parere motivato di cui all'art. 21 *bis* della L. 10/10/1990, n. 287, evidenziando l'esigenza del previo espletamento di procedure a evidenza pubblica al fine di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento, anche in ambito transfrontaliero, significando, in particolare, il contrasto della normativa nazionale di proroga delle concessioni di cui trattasi con la direttiva n. 2006/123/CE, con conseguente obbligo di disapplicazione da parte di tutti gli organi dello Stato, sia giurisdizionali sia amministrativi.

Successivamente, poiché l'amministrazione comunale non si è adeguata ai rilievi mossi dall'Autorità, quest'ultima ha impugnato la menzionata delibera, n. 27/2020 con ricorso al T.A.R. Puglia - Lecce, il quale, con sentenza 29/6/2021, n. 981, per un verso, lo ha dichiarato inammissibile e, per altro verso, ritenuto di doverlo, comunque, esaminare nel merito, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello l'AGCM.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio il Comune di Manduria, la Lega Navale Italiana e la Ca.De.Me. Campo dei Messapi s.r.l. (d'ora in poi solo Ca.De.Ma.), la quale ha, anche, proposto appello incidentale.

Con successive memorie tutte le parti, a eccezione del comune, hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 16/2/2023 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va disattesa la richiesta di sospensione "impropria" del presente giudizio, avanzata sia dalla Ca.De.Ma., sia dalla Lega Navale Italiana, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su varie questioni pregiudiziali, concernenti la direttiva *Bolkestein*, sottoposte dal T.A.R. Puglia - Lecce con ordinanza 11/5/2022, n. 743.

E invero, la facoltà del giudice di procedere alla sospensione impropria del giudizio fa capo ad un potere ampiamente discrezionale che trova la propria giustificazione nel principio di economia dei mezzi processuali.

Tale facoltà va temperata col disposto dell'art. 73, comma 1-*bis*, del c.p.a. il quale stabilisce, espressamente, che il rinvio della trattazione della causa può essere disposto solo per casi eccezionali.

Alla luce delle esposte considerazioni, se il giudizio può essere, comunque, definito, indipendentemente dalla decisione della questione pregiudiziale sollevata in una diversa causa, non c'è spazio per la sospensione impropria, la quale, ove accordata, comporterebbe una violazione del principio di ragionevole durata del processo, fissato dall'art. 111, comma 2, cost., il quale assume particolare rilievo nel processo amministrativo in cui vengono in gioco interessi pubblici.

Nel caso di specie, le questioni dedotte possono essere risolte, come più sotto verrà meglio puntualizzato, alla luce dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze 9/11/2021, nn. 17 e 18 e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 14/7/2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15 *Promoiimpresa*, e tanto basta a negare la reclamata sospensione del processo.

E del resto, nel caso di specie ricorre una delle situazioni in presenza delle quali, in base alla sentenza 6/10/1982, in C-283/81, Cilfit (di recente, ribadita, sia pure con alcuni correttivi volti a renderla più flessibile, dalla Corte di giustizia, Grande Camera, nella sentenza 6/10/2021, in C-561/19), i giudici nazionali di ultima istanza non sono sottoposti all'obbligo di rinvio pregiudiziale. La questione controversa è stata, infatti, già oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia e gli argomenti invocati per superare l'interpretazione già resa dal giudice europeo non appaiono idonei a indurre ragionevoli dubbi, come confermato anche dal fatto che i principi espressi dalla sentenza Promoimpresa sono stati recepiti da tutta la giurisprudenza amministrativa nazionale sia di primo che di secondo grado, con l'unica isolata eccezione del T.A.R. Puglia- Lecce.

Nell'economia del presente giudizio assume rilievo pregiudiziale la trattazione dell'appello incidentale.

Col primo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso promosso da AGCM, basata sull'illegittimità costituzionale della norma, di cui dell'art. 21-*bis*, della L. n. 287/1990, che attribuisce all'Autorità la legittimazione "*ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*".

Il giudice di prime cure in realtà si sarebbe limitato a affermare l'esistenza del potere di agire senza esaminare la prospettata questione di costituzionalità, incentrata sul fatto che il potere d'impugnazione sarebbe sganciato da ogni collegamento col carattere soggettivo imposto alla giurisdizione amministrativa, di modo che l'azione sarebbe finalizzata unicamente a perseguire la legalità dell'azione amministrativa.

La doglianza non merita condivisione risultando la prospettata questione di costituzionalità manifestamente infondata.

La disposizione, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale, che potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art 103 Cost., delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, benché riferito ad un'Autorità pubblica.

La norma, invero, non introduce un generalizzato controllo di legittimità, bensì un potere di iniziativa che, integrando quelli conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della L. n. 287 del 1990, risulta finalizzato a contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (Corte Cost. 14/02/2013, n. 20).

La particolare legittimazione ad agire di cui si discute non può dirsi generalizzata, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L'interesse sostanziale, a tutela del quale l'AGCM può ricorrere, *ex art. 21-bis* della citata L. n. 287/1990, assume i connotati dell'interesse a un bene della vita, nella specie quello al corretto funzionamento del mercato, che trova tutela a livello comunitario e costituzionale, e del quale l'AGCM, secondo la L. n. 287/1990, è, istituzionalmente, portatrice.

L'Autorità, quindi, in base alla menzionata normativa, è preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza questa idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-*bis* citato.

La scelta del legislatore di attribuire all'Autorità un potere di agire a tutela di tale interesse, costituisce un'opzione di stretto diritto positivo, che lungi dall'essere contraria al vigente quadro costituzionale, si inserisce, anzi, nell'ambito degli strumenti

di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa.

Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre, del resto, sempre più frequenti esempi di legittimazione ad agire, in qualche modo sganciata dai canonici criteri di individuazione della situazione di interesse legittimo.

Si pensi, in primo luogo, alle due ipotesi di legittimazione delle associazioni di categoria ad agire a tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi previste dall'art. 4 della L. 11/11/2011, n. 180 (legittimazione delle associazioni rappresentate in almeno cinque camere di commercio e delle loro articolazioni territoriali e di categoria ad agire in giudizio sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale, sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti; legittimazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi).

Un altro esempio si rinviene nel D. Lgs. 20/12/2009, n. 198, che, in attuazione dell'art. 4 della L. 4/3/2009, n. 15, ha riconosciuto ai “*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*” il potere di agire al fine di “*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*”.

Un'ulteriore esempio ancora può trarsi dall'art. 52, comma 4, del D.Lgs. 15/12/1997, n. 446, in materia di “*Potestà regolamentare generale delle province e dei comuni*”, secondo il quale “*Il Ministero delle finanze può impugnare i regolamenti sulle entrate tributarie per vizi di legittimità avanti gli organi di giustizia amministrativa*”.

Al riguardo, si è ritenuto che tale disposizione attribuisca “*...al ministero dell'economia e delle finanze una sorta di legittimazione straordinaria a ricorrere alla giustizia amministrativa, per l'annullamento dei regolamenti e degli atti in materia di tributi adottati dall'ente locale, per motivi di legittimità. Tale legittimazione ... prescinde dall'esistenza di una lesione di una situazione giuridica tutelabile in capo allo stesso dicastero, configurandosi come una legittimazione ex lege, esclusivamente in funzione e a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata al Ministero dalla stessa legge (cfr. Cons. Stato, sez. 3, parere del 14 luglio 1998)*” (così Cons. Stato, 17/1/2018, n. 267).

In definitiva, l'art. 21-bis della L. n. 287/1990 assegna all'Autorità una legittimazione straordinaria, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 30/4/2018, n. 2583; 15/5/2017, n. 2294) del tutto coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.

Col secondo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a ritenere irrilevante, ai fini dell'ammissibilità del gravame, l'omessa impugnazione delle circolari nn. 25/2/2019, n. 4184 e 28/10/2019, n. 21804, nonché degli ulteriori atti di indirizzo espressi dall'Ufficio demanio della Regione Puglia.

Con tale atti, infatti, l'amministrazione regionale avrebbe inteso garantire, con effetto vincolante, una gestione unitaria, a livello regionale, dell'art. 1, commi 682 e ss., della L. n. 145/2018, esercitando il proprio potere di “*programmazione, indirizzo e coordinamento generale*”, ai sensi dell'art. 6, comma 1, della L.R. 10/4/2015, n. 17 e in coerenza con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost..

La doglianza è infondata.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, attraverso gli atti di che trattasi, la regione per un verso si è limitata a dare indicazioni procedurali per l'attuazione della proroga legale, mentre nella specie ciò che si contesta e la possibilità, a monte, di procedere alla proroga, per altro verso, ha espresso il proprio avviso sulla natura asseritamente vincolante della normativa statale e, com'è noto, dalle circolari interpretative di norme pri-

marie non sorge alcun vincolo per il giudice (Cons. Stato, Sez. V, 29/11/2013, n. 5714).

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel non aver rilevato l'inapplicabilità alla fattispecie della direttiva Bolkestein, atteso che, oggetto delle concessioni demaniali, sarebbe un bene e non un servizio, data la prevalenza della componente fisica, come sarebbe confermato anche dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23/2/2014.

Nemmeno questa doglianza merita condivisione.

Al riguardo è sufficiente richiamare quanto al riguardo stabilito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle 9/11/2021, nn. 17 e 18, nelle quali si è affermato che: «*Non ha pregio neanche l'argomento volto a contestare la qualificazione della concessione demaniale con finalità turistico-ricreativa in termini di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123. Come si è visto, a sostegno di tale posizione si osserva, in sintesi, che la concessione attribuisce il bene (rectius, il diritto di sfruttarlo), ma non autorizza l'esercizio dell'attività e che le attività svolte dal concessionario non sono sempre attività di servizi.*

Tale impostazione risulta, tuttavia, meramente formalistica, perché valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni (come atto con effetti costitutivi/traslativi che attribuisce un diritto nuovo su un'area demaniale) e autorizzazione di attività (come atto che si limita a rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente).

Questa distinzione, di stampo giuridico-formale, deve essere rivisitata nell'ottica funzionale e pragmatica che caratterizza il diritto dell'Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell'istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingente al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi. Dall'art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per "servizio", ai fini di tale direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, "un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).

La stessa decisione della Commissione 4 dicembre 2020 relativa al regime di aiuti SA. 38399 2019/C (ex 2018/E) "Tassazione dei porti in Italia" contiene l'affermazione per cui "la locazione di proprietà demaniali dietro il pagamento di un corrispettivo costituisce un'attività economica". È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come asset aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123, un'autorizzazione di servizi contingente e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara.

Del resto, come ricordato dalla Corte di giustizia nella più volte citata sentenza Proimimpresa, "il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di regime di autorizzazione dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni". E la stessa sentenza ha chiaramente affermato che "tali concessioni possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia

la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”.

L'Adunanza plenaria non può che condividere tali conclusioni e ribadire che le concessioni di beni demaniali per finalità turistico-ricreative rappresentano autorizzazioni di servizi ai sensi dell'art. 12 della direttiva c.d. servizi, come tali sottoposte all'obbligo di gara».

Col quarto motivo si lamenta che il Tribunale non avrebbe pronunciato sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso, qui riproposte, con le quali si era dedotto che:

a) rispetto alla Ca.De.Me., non sarebbe configurabile alcuna lesione della concorrenza, in quanto l'area demaniale in concessione avrebbe carattere di pertinenza della proprietà privata della medesima e sarebbe raggiungibile, esclusivamente, per il tramite di quest'ultima

b) non fosse ipotizzabile alcuna scarsità della risorsa naturale in quanto su 16 km di coste, di cui 3 km sono destinati a concessioni demaniali, solo 500 metri sarebbero attualmente oggetto di concessione.

Nessuna dei due profili di censura merita accoglimento.

Con riguardo al primo occorre prioritariamente rilevare che costituisce oggetto d'impugnazione un atto di carattere generale, con cui il comune, senza specifico riferimento alla concessione dell'appellante incidentale, ha

dato indicazione ai propri uffici per l'automatica proroga di tutte le concessioni demaniali marittime in essere nel territorio comunale e tale atto, di per sé, si pone in contrasto con il diritto europeo più volte richiamato.

Conseguentemente è ininfluyente, ai fini di causa, la specifica situazione della Ca. De.Me., la quale potrà, eventualmente, assumere rilevanza solo in relazione al concreto provvedimento con cui dovesse essere negata l'estensione della durata della concessione.

Al di là di ciò, come correttamente dedotto dall'AGCM, dalla relazione tecnica prodotta nel giudizio di primo grado dalla stessa Ca.De.Me., si ricava come non sia affatto vero che l'area in concessione sia raggiungibile esclusivamente attraverso la sua struttura alberghiera, né è dirimente il fatto che la stessa abbia carattere pertinenziale rispetto a tale struttura.

Relativamente al secondo profilo basta richiamare le affermazioni delle menzionate sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021 secondo cui: « *nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione».*

Considerato che, ai fini di stabilire l'entità della risorsa in questione, occorre aver riguardo alla situazione del territorio comunale (Corte Giust. UE, 14/7/2016, in cause riunite C-458/14 e 67/15) e che, come emerge dalle stesse affermazioni dell'appellante incidentale, nel Comune di Manduria l'arenile concedibile per finalità turistico ricreative è di appena 3 km, di cui 500 mt già assegnati in concessione, deve ritenersi che nel detto comune sia dimostrata la scarsità del bene di che trattasi.

Esaurita la trattazione dell'appello incidentale, può passarsi all'esame di quello principale.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel dichiarare inammissibile il ricorso sul presupposto dell'omessa deduzione di censure di incostituzionalità nei confronti dei commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, qualificate come norme provvedimento.

Il giudice di prime cure non avrebbe, infatti, considerato che le critiche mosse dall'appellante alla delibera impugnata si appuntavano sull'omessa disapplicazione

della normativa nazionale per contrasto con la direttiva *Bolkestein*, che, con norma *self executing* (l'art. 12), vieterebbe agli Stati membri di stabilire procedure di "rinnovo automatico" delle concessioni in scadenza.

Conseguentemente, nell'economia del presente giudizio, sarebbe del tutto irrilevante l'omessa deduzione di censure di costituzionalità, atteso che nella fattispecie l'antinomia concretamente fatta valere riguarderebbe il rapporto tra il diritto interno e quello europeo dotato di efficacia diretta, nell'ordinamento interno per il tramite di norme sovranazionali c.d. "auto-esecutive".

In ogni caso, il ricorso non avrebbe potuto essere dichiarato inammissibile, stante la norma di cui all'art. 23 della L. 11/3/1953, n. 87, che consente al giudice di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale.

Col secondo motivo si censura l'appellata sentenza per aver affermato l'assenza di lesività della delibera impugnata riconnettendosi la stessa direttamente all'art. 1, commi 682 e 683 della L. n. 145/2018.

Difatti, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, attraverso la contestata delibera il comune avrebbe dato concreta attuazione a una disciplina normativa interna contraria all'art. 12 della citata direttiva n. 2006/123/CE e quindi da disapplicare.

Le due doglianze, che si prestano a una trattazione congiunta, meritano accoglimento.

Va, in primo luogo, rilevato che, con la delibera n. 27/2020 e con gli atti sulla base della stessa adottati, il Comune ha espressamente inteso dare attuazione alla disciplina dettata dai commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, disponendo la proroga delle concessioni in essere.

Il che, indipendentemente dalla configurabilità delle suddette disposizioni come legge-provvedimento, ha indubbiamente dato luogo a una lesione concreta e attuale dell'interesse, alla libertà di concorrenza e al corretto funzionamento del mercato, di cui l'Autorità è istituzionalmente portatrice, posto che il comune, anziché orientarsi per l'applicazione del diritto unionale, attivando, di conseguenza, le procedure a evidenza pubblica per la riassegnazione delle concessioni scadute, ha scelto di adeguarsi alla normativa interna disponendo l'estensione automatica del termine di scadenza delle concessioni in essere.

Non è quindi dubbio l'interesse dell'AGCM all'immediata impugnazione degli atti gravati.

Ciò posto, non ha pregio, come rilevato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, nelle citate sentenza n. 17 e 18 del 2021, «... la tesi volta a sostenere che la disposizione in questione (l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE) non potrebbe considerarsi *self-executing*, perché non sufficientemente dettagliata o specifica.

Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, invero, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione che è necessaria per realizzare tale risultato. Da questo punto di vista, l'art. 12 della direttiva persegue l'obiettivo di aprire il mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, ad un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata a chi è già titolare di antiche concessioni, un regime di evidenza pubblica che assicuri la par condicio fa i soggetti potenzialmente interessati. Rispetto a tale obiettivo, la disposizione ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Pur essendo auspicabile (come si dirà nel prosieguo con maggiore dettaglio) che il legislatore intervenga, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale, non vi è dubbio, tuttavia, che

nell'inerzia del legislatore, l'art. 12 della direttiva 2006/123 e i principi che essa richiama, tenendo anche conto di come essi sono stati più volte declinati dalla giurisprudenza europea e nazionale, già forniscono tutti gli elementi necessari per consentire alle Amministrazioni di bandire gare per il rilascio delle concessioni demaniali in questione, non applicando il regime di proroga ex lege.

27. Alla luce delle considerazioni che precedono deve, quindi, ritenersi che anche l'art. 12 della direttiva 2006/123 sia applicabile al rilascio e al rinnovo delle concessioni demaniali marittime, con conseguente incompatibilità comunitaria, anche sotto tale profilo, della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica e generalizzata delle concessioni già rilasciate».

Orbene, in base a ormai più che pacifici e consolidati principi in materia di rapporto tra normativa interna e normativa unionale autoesecutiva, in caso di contrasto tra le due deve darsi precedenza alla seconda, con conseguente necessità che tutte le autorità dello stato membro, siano essi organi giurisdizionali o pubbliche amministrazioni, disapplichino la norma interna a favore di quella sovranazionale (Corte Cost., 24/6/2010, n. 227; 15/4/2008, n. 102; 11/7/1989, n. 389; 8/6/1984, n. 170; Cons. Stato, A.P. n. 17 e 18 del 2021 citate, Sez. VI, 2/2/2001, n. 430).

Alla luce degli esposti principi, i rilievi sulla base dei quali il Tribunale ha dichiarato il ricorso inammissibile sono del tutto inconferenti, atteso che l'odierna appellante aveva dedotto il contrasto dell'art. 1, commi 682 e 683, della L. n. 145/2018 con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, e ciò era sufficiente a far sorgere il dovere del giudice di prime cure di pronunciare nel merito della prospettata questione di compatibilità della norma interna e della delibera comunale che ne ha fatto applicazione, col diritto unionale.

Col terzo motivo si contesta l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non avrebbe carattere autoesecutivo, per cui, in assenza di norme interne di dettaglio e attuative, relative, tra l'altro, alle modalità con cui attivare le procedure a evidenza pubblica, lo stesso non sarebbe immediatamente applicabile.

Il Tribunale, infatti, non avrebbe colto che non era stata dedotta la natura *self executing* della direttiva nella sua interezza o del suo art. 12, bensì della specifica e puntuale "norma di divieto", contenuta in tale articolo, la quale ha sicuramente "efficacia diretta", prevedendo un obbligo chiaro, preciso, completo e incondizionato a carico degli Stati membri.

Inoltre, diversamente da quanto affermato dal medesimo giudice, l'applicabilità del divieto contenuto nell'art. 12 della direttiva Bolkestein opererebbe indipendentemente dal fatto che le concessioni prese in considerazione rivestano interesse transfrontaliero certo.

Non sarebbe nemmeno condivisibile l'affermazione secondo cui le spiagge non costituirebbero una risorsa scarsa.

Col quarto mezzo di gravame si lamenta che, diversamente da quanto sostenuto dal giudice di primo grado, l'obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante col diritto unionale, sussisterebbe anche in capo alla pubblica amministrazione.

Si sostiene, infatti, che quest'ultima dovrebbe "nel caso di una direttiva - attenersi all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione di legge certa ed applicabile alla fattispecie, sulla base di un soggettivo quanto opinabile convincimento della natura *self executing* di una direttiva comunitaria, attraverso una interpretazione abrogante nella specie non consentita".

Solo il giudice, in definitiva, avrebbe il potere di disapplicare la norma nazionale non coerente col diritto dell'Unione.

Le due censure, entrambe infondate, possono essere affrontate in unico contesto.

Ai fini della sua reiezione è sufficiente fare riferimento ai principi enunciati, in sede nomofilattica, nelle citate sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021 con le quali, in coerenza con l'orientamento in materia espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza *Promoimpresa*, è stato affermato che:

a) l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, laddove sancisce il divieto di proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è norma *self executing* e quindi immediatamente applicabile nell'ordinamento interno, con la conseguenza che le disposizioni legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle suddette concessioni sono con essa in contrasto e pertanto, non devono essere applicate (cfr., in termini, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VII, 21/2/2023, n. 1780; 6/7/2022, n. 5625; 15/9/2022 n. 810);

b) il dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con quella eurounitaria autoesecutiva, riguarda, per pacifico orientamento giurisprudenziale, tanto i giudici quanto la pubblica amministrazione (Corte Cost., 11/7/1989, n. 389; Cons Stato Sez. VI, 18/11/2019 n. 7874; 23/5/2006, n. 3072; Corte Giust. UE, 22/6/1989, in C- 103/88, *Fratelli Costanzo*, e 24/5/2012, in C-97/11, *Amia*);

c) l'art. 12 della menzionata direttiva 2006/123/CE, prescinde del tutto «*dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103)*»;

d) come più sopra rilevato in sede di esame dell'appello incidentale, i fini dell'applicabilità dell'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative deve ritenersi sussistente il requisito della scarsità della risorsa naturale a disposizione di nuovi potenziali operatori economici.

In conclusione giova soltanto aggiungere che, sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato.

L'appello principale dev'essere, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così dispone:

a) accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti con esso impugnati;

b) respinge l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, *Presidente*

Luigi Massimiliano Tarantino, *Consigliere*

Alessandro Maggio, *Consigliere, Estensore*

Lorenzo Cordi, *Consigliere*

Giovanni Gallone, *Consigliere*

IL SEGRETARIO

Civile Ord. Sez. U Num. 974 Anno 2023
 Presidente: SPIRITO ANGELO
 Relatore: CONTI ROBERTO GIOVANNI
 Data pubblicazione: 13/01/2023

CORTE DI CASSAZIONE

ORDINANZA

sul ricorso 28626-2021 proposto da:

ISTITUTO PER IL CREDITO SPORTIVO - ENTE DI DIRITTO PUBBLICO CON GESTIONE AUTONOMA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE LIEGI 32, presso lo studio dell'avvocato MARCELLO CLARICH, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALESSANDRO BOTTO;

- *ricorrente* -

contro

BDO ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso lo studio dell'avvocato FRANCO COCCOLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MARCO DI LULLO; PRICEWATERHOUSECOOPERS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, LARGO ANGELO FOCHETTI 29, presso lo STUDIO LEGALE PWC TLS AVVOCATI E COMMERCIALISTI, rappresentata e difesa dall'avvocato GUIDO AJELLO;

- *controricorrenti* -

nonchè contro

EY S.P.A.;

- *intimata* -

avverso la sentenza n. 6272/2021 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 13/09/2021. Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 06/12/2022 dal Consigliere ROBERTO GIOVANNI CONTI; lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale ALBERTO CARDINO, il quale chiede l'accoglimento del ricorso.

Fatti di causa:

La società di revisione BDO Italia S.p.A. impugnava innanzi al Tar del Lazio gli atti di una gara informale avviata dall'Istituto per il Credito Sportivo - d'ora in avanti, *breviter*, ICS - per l'affidamento dei servizi di revisione legale per il periodo 2020-2028. In particolare, sostenendo la natura di organismo di diritto pubblico dell'ICS, la ricorrente, risultata prima classificata nella graduatoria, chiedeva l'annullamento dell'avviso di mancata aggiudicazione della gara per contrasto con le regole pubblicistiche di scelta del contraente previste dal Codice dei contratti pubblici, nonché con i principi del procedimento amministrativo.

Con sentenza n.5336 del 20 maggio 2020 il Tar del Lazio, in accoglimento dell'eccezione formulata dall'Istituto di credito resistente e dalla società aggiudicataria (PricewaterhouseCoopers S.p.A.), dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice adito, indicando come munita di giurisdizione nella causa l'autorità giudiziaria ordinaria.

Il Tar, avendo ritenuto che l'ICS opera con metodo economico nel settore - aperto alla concorrenza - del credito per lo sport e per le attività culturali e assume i rischi d'impresa collegati a tale attività, ha escluso la riconducibilità dell'Istituto alla figura giuridica di "organismo di diritto pubblico", tenuto conto dell'assenza del requisito teleologico integrato dal soddisfacimento di "esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale".

Il Consiglio di Stato, con sentenza depositata il 13 settembre 2021, n.6272, ritenuti sussistenti in capo ad ICS tutti i requisiti per la relativa qualificazione come organismo di diritto pubblico, in accoglimento dell'appello proposto da BDO Italia S.p.A., ha annullato con rinvio la sentenza del Tar Lazio, dichiarando la giurisdizione del giudice amministrativo.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto determinante ai fini della sussistenza del c.d. requisito teleologico, la missione pubblica dell'Istituto, affermando la preminenza logica sulle modalità di svolgimento dell'attività cui è preposto il soggetto, delle ragioni istitutive e delle finalità pubblicistiche perseguite, individuandole in interessi socialmente e costituzionalmente rilevanti (tutela del risparmio e promozione dello sport e della cultura).

Il giudice amministrativo di appello ha poi evidenziato, al fine di sostenere l'estraneità dell'Istituto ai meccanismi concorrenziali del settore creditizio in cui opera, l'influenza dominante delle amministrazioni statali nella gestione dell'ente, emergente oltre che dalla composizione degli organi di amministrazione, in particolare, dal supporto finanziario statale derivante dall'iscrizione a capitale di Fondi speciali di titolarità dello Stato gestiti dall'Istituto e utilizzabili dallo stesso per il ripianamento di eventuali perdite. Il Consiglio di Stato ha ritenuto tale elemento idoneo ad escludere, con riferimento all'attività istituzionalmente svolta da ICS, l'assunzione del rischio di impresa, non ravvisando, pertanto, alcun ostacolo al riconoscimento in capo all'Istituto del requisito teleologico e dunque alla relativa individuazione della natura di organismo di diritto pubblico.

L'Istituto per il Credito Sportivo ha proposto innanzi a queste Sezioni Unite ricorso per motivi di giurisdizione, in relazione agli artt. 111, comma 8 Cost. e 362, comma 1 c.p.c., avverso la sentenza indicata in epigrafe, insistendo affinché fosse dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La PricewaterhouseCoopers S.p.A. si è costituita nel presente giudizio con contro-ricorso in qualità di controinteressata in adesione al ricorso introduttivo dell'Istituto.

La BDO Italia S.p.A. ha resistito con controricorso nei confronti dell'Istituto per il Credito Sportivo e della società PwC, chiedendo il rigetto dei rispettivi atti di parte.

Il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Le parti hanno depositato memorie.

La causa è stata posta in decisione all'udienza del 6 dicembre 2022.

Ragioni della decisione

1. Occorre preliminarmente rilevare, per una completa cognizione delle vicende che ruotano attorno al presente giudizio, che la BDO S.p.A., per effetto della sentenza del Consiglio di Stato qui impugnata, ha riassunto il giudizio innanzi al TAR e che, con istanza del 16 dicembre 2021, l'Istituto per il Credito Sportivo - d'ora in avanti, *breviter*, ICS - ha chiesto al Consiglio di Stato la sospensione degli effetti della sentenza impugnata, ai sensi dell'art. 111, comma 1 c.p.a.

1.1 Istanza che è stata accolta con ordinanza n.430 del 31 gennaio 2022.

1.2 Inoltre, va ricordato che la sentenza oggi all'esame di queste Sezioni Unite è stata separatamente impugnata per revocazione dall'Istituto per il credito sportivo in-

nanzi al Consiglio di Stato che, con sentenza n. 4050 del 23 maggio 2022, ha dichiarato inammissibile il ricorso.

2. Tanto premesso, con l'unico motivo di ricorso l'ICS prospetta l'eccesso di potere giurisdizionale nel quale sarebbe incorso il Consiglio di Stato nell'affermare la natura di organismo di diritto pubblico dell'Istituto per il credito sportivo e, per l'effetto, nel ritenere la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla controversia promossa dalla società di revisione BDO Italia S.p.A.

2.1 In particolare, il ricorrente muovendo dal presupposto della natura imprenditoriale dell'attività bancaria dallo stesso esercitata, deduce l'inapplicabilità alla procedura informale di gara indetta per l'affidamento del servizio di revisione legale dell'Istituto dei vincoli dell'evidenza pubblica previsti dal Codice dei contratti pubblici, per carenza in capo allo stesso del presupposto soggettivo di tale disciplina.

2.2. La sentenza impugnata, nel qualificare l'ICS organismo di diritto pubblico, avrebbe fatto errata applicazione dei principi affermati in materia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e ribaditi da queste Sezioni Unite, per aver reputato elemento fondante la qualifica di organismo di diritto pubblico la rilevanza generale degli interessi, omettendo così di considerare il criterio fondamentale delle concrete modalità di svolgimento dell'attività.

2.3 In particolare, secondo l'Istituto, la composizione in gran parte pubblica del proprio capitale – valorizzata dal Consiglio di Stato per qualificare l'ICS come organismo di diritto pubblico – non potrebbe essere considerata elemento tale da differenziare l'ICS dalle altre imprese bancarie che operano sul mercato del credito in regime di concorrenza, né tantomeno rilevare ai fini della configurabilità o meno di un rischio di impresa, inerendo propriamente tale elemento al requisito dell'influenza dominante e non già a quello teleologico.

3 Occorre a questo punto preliminarmente esaminare le eccezioni di inammissibilità del ricorso e del controricorso in adesione proposte dalla BDO Italia S.p.A. controricorrente, rispetto alle quali occorre rammentare che, muovendo dalla nota pronuncia della Corte costituzionale n.6/2018, è principio consolidatosi nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 362 c.p.c., comma 1 e 110 c.p.a., è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni della giurisdizione, cui attengono gli *errores in iudicando o in procedendo* (Cass. S.U., n.6891/2016; conf., di recente, Cass., S.U., n.25503/2022, all'indomani di Corte giust. UE, 21 dicembre 2021, *Randstad*, C-497/20, nonché Cass. S.U., n. 36899/2021 e Cass. S.U., n.25499/2022).

3.1 Spetta poi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione non solo il giudizio vertente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato relativo all'applicazione delle disposizioni, non meramente processuali, che regolano la deducibilità e il rilievo del difetto di giurisdizione, nonché di quelle correlate attinenti al sistema delle impugnazioni (Cass., S.U., n. 20727/2012; Cass. S.U., 9 marzo 2015 n. 4682/2015; Cass. S.U., n. 21260/2016).

3.2 Ciò posto, va in particolare rammentato che le controversie sulle procedure per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture rientrano nella giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 7 c.p.a., al ricorrere della duplice condizione di cui all'art. 133, c.1, lett. e), n. 1), c.p.a. occorrendo, per un verso, che il contratto da affidare rientri nella tipologia contrattuale per la quale è previsto l'espletamento

di una procedura di gara avente ad oggetto «lavori, servizi e forniture» (presupposto oggettivo) e, per altro verso, che la procedura di scelta del contraente sia espletata da soggetti «comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale» (presupposto soggettivo).

3.3 Ora, costituendo la qualificazione di ICS come organismo di diritto pubblico operata dal Consiglio di Stato il presupposto dell'attrazione nella giurisdizione del g.a. della controversia, rientra sicuramente nel perimetro delle prerogative riservate al sindacato di queste Sezioni Unite in punto di giurisdizione sollecitato dall'Istituto ricorrente la verifica in ordine alla corretta applicazione delle disposizioni che condizionano la giurisdizione del giudice amministrativo, stante la piena riconducibilità delle censure prospettate ai motivi inerenti alla giurisdizione, di cui all'art. 111, c.8 Cost.

3.4 Va invece dichiarata l'inammissibilità per tardività del controricorso in adesione di PwC S.p.A., sollecitata dalla BDO S.p.A.

3.5 Ed invero, secondo la giurisprudenza di questa Corte qualora un atto, anche se denominato controricorso, non contesti il ricorso principale ma aderisca ad esso, deve qualificarsi come ricorso incidentale di tipo adesivo, sicché si è in presenza di una semplice costituzione in giudizio subordinata alla sorte dell'impugnazione principale (Cass., n.10329/2016 e Cass., n. 7564/2006), con

conseguente inapplicabilità dell'art. 334 c.p.c. in tema di impugnazione incidentale tardiva, operante esclusivamente per il ricorso incidentale in senso stretto e, cioè, proveniente dalla parte contro cui è stata proposta l'impugnazione principale.

3.6 Nel caso in esame, il "controricorso" incidentale di PwC è stato invece proposto a tutela di un interesse sorto non dall'impugnazione principale (né diretta contro di essa), ma dall'emanazione della sentenza e non si sottrae - quindi - all'osservanza dei termini ordinari di impugnazione, neppure ove contenga censure aggiuntive rispetto a quelle contenute nel ricorso principale (in questo senso, Cass., n.41254/2021; Cass. n.24155/2017; Cass. n.26505/2009).

3.7 Orbene, essendo stata la sentenza del Consiglio di Stato notificata a tutte le parti in data 14.09.2021, il deposito dell'atto difensivo di PwC è stato depositato il 3.12.2021 e, dunque, oltre il termine di sessanta giorni fissato dagli artt. 325, c.2 e 326, c.1., c.p.c., non operando in questo caso il maggior termine di cui all'art. 327, c.1 c.p.c.

3.8 Ne consegue l'inammissibilità di tale atto.

4.0 Ciò posto, la questione all'esame di queste Sezioni Unite si impernia sulla qualificazione dell'ICS come organismo di diritto pubblico, in quanto provvisto del requisito teleologico, non essendo in discussione i requisiti dell'influenza pubblica dominante e della personalità giuridica, già acclarati dal giudice amministrativo.

5.0 Ora, per risolvere la questione prospettata occorre muovere dalla normativa eurounitaria in materia di contratti pubblici e dal suo recepimento nella legislazione nazionale.

5.1 L'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici dispone che «ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: "organismi di diritto pubblico": gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o

di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico».

5.2 L'articolo 3, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - Codice dei contratti pubblici - alla lett. d), qualifica come organismo di diritto pubblico “qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV”, con i seguenti tre requisiti: “1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico [...]”.

5.2.1 Tale disposizione rinvia ai fini della individuazione dell'organismo di diritto pubblico all'elenco contenuto nell'allegato IV - avente carattere dichiaratamente non tassativo - recante “Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari” (All. IV che sostituisce l'Allegato III al d.lgs. n.163/2006), che nelle categorie individua, tra gli altri, anche “Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero” nonché “Enti culturali e di promozione artistica”.

5.2.2 Ed è sempre l'art. 3, ult.cit., ad includere gli organismi di diritto pubblico tra le amministrazioni aggiudicatrici (lett. a) e tra gli enti aggiudicatori (lett. e), cui si applica la disciplina degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture dettata dal medesimo decreto.

5.3 Tale inquadramento determina, per l'un verso, l'assoggettamento *ex lege* delle procedure di scelta del contraente alla normativa UE ed alle regole di evidenza pubblica e, quanto ai criteri di riparto, la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma primo, lett. e), n. 1 del d.lgs. n.104 del 2010.

5.4 Orbene, come già ricordato da queste Sezioni Unite - Cass. S.U., n.1494/2022 - la disposizione di cui al richiamato art. 3 d.lgs. n.50/2016 riproduce quella contenuta nell'art. 6, par. 4, della direttiva 2014/23/CE e nell'art. 2, par. 1, n. 4 della direttiva 2014/24/CE, di cui il d.lgs. n. 50 cit. costituisce gemmazione ed a sua volta riprende quella già riportata nell'abrogato art. 3, c.26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, attuativo degli artt. 2, par. 1, della direttiva 2004/17/CE e 1, par. 9 della direttiva 2014/18/CE.

6. Ora, la matrice comunitaria della disciplina in tema di organismo di diritto pubblico impone di considerare che l'interpretazione del diritto interno attuativo di una normativa UE deve essere conforme al quadro normativo eurounitario nell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in modo da salvaguardare il canone dell'interpretazione c.d. funzionale o dell'effetto c.d. utile, dovendosi, pertanto, interpretare sia le norme UE che quelle interne in modo che abbiano una utilità pratica e al fine di sviluppare quanto più possibile il loro contenuto.

6.1 In estrema sintesi, i tre requisiti di cui si è detto sono stati ritenuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea *cumulativi*, nel senso che in assenza di una sola di tali condizioni, l'ente non può essere considerato «organismo di diritto pubblico», fermo restando che i tre criteri menzionati nell'ambito del terzo requisito hanno invece carattere alternativo (v., in tal senso, Corte giust., 3 febbraio 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (FIGC), cause riunite C-155/19 e C-156/19, par.35; Corte giust., 12 settembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, par.20, nonché Corte giust., 5 ottobre 2017, *LitSpecMet UAB*, C-567/15, par.30).

6.2 Si è altresì precisato che la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata estensivamente, “alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure

di aggiudicazione degli appalti pubblici” (Corte giust., 27 febbraio 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, par.43; Corte giust., 15 maggio 2003, *Commissione/Spagna*, C-214/00, par.53), al fine di «escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell’attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche» (Corte giust., 5 ottobre 2017, *LitSpecMet UAB*, C-567/15, par.55).

6.3 In questo senso, si è detto, alla nozione di «organismo di diritto pubblico» de-
v’essere data un’interpretazione funzionale (v., in particolare, Corte giust., 15 maggio 2003, *Commissione/Spagna*, C-214/00, par.53; Corte giust., 12 dicembre 2002, *Universale Bau e a.*, C-470/99, par. 51-53).

6.4 Il giudice di Lussemburgo ha infatti precisato che l’effetto utile delle direttive in materia di appalti pubblici non sarebbe pienamente preservato qualora l’applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell’ambito del diritto privato (Corte giust., 15 maggio 2003, *Commissione/Spagna*, C-214/00, par.56), ovvero per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica. Ragion per cui l’intento di garantire l’effetto utile della normativa eurounitaria osta a che si operi la distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività (Corte giust., 12 dicembre 2002, *Universale Bau e a.*, C-470/99, par.57-58).

6.5 Inoltre, quanto al requisito teleologico, si è evidenziato che l’unica interpretazione idonea a garantire l’effetto utile sia quella di ritenere che la disposizione che lo individua abbia istituito, nell’ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sottocategoria comprendente quelli di carattere non industriale o commerciale (Corte giust., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C- 360/96, par.34). In tale prospettiva la valutazione di detto carattere deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell’organismo considerato e le condizioni in cui quest’ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale ivi comprese, in particolare, l’assenza di concorrenza sul mercato, il mancato perseguimento di uno scopo di lucro, la non assunzione dei rischi collegati alle attività svolte nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi -cfr. Corte giust., 5 ottobre 2017, *LitSpecMet UAB*, C-567/15, par.47; Corte giust., 27 febbraio 2003, *Adolf Truley*, C- 373/00, par.66; Corte giust., 22 maggio 2003, *Korhonen e a.*, C- 18/01, par.48-.

6.6 Orbene, al fine di individuare se un certo organismo è dotato di tale requisito c.d. teleologico si deve in primo luogo verificare se le attività cui è preposto soddisfino effettivamente esigenze d’interesse generale e successivamente determinare, se del caso, se le stesse abbiano o meno carattere industriale o commerciale (Corte giust., 22 maggio 2003, *Korhonen e a.*, C-18/01, par.40).

6.7 Sono state ritenute, in particolare, esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale quelle che sono soddisfatte in modo diverso dall’offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, per motivi connessi all’interesse generale lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un’influenza determinante (v. Corte giust., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C-360/96, par.50- 51; Corte giust., 10 maggio 2001, *Agorà e Excelsior*, C-223/99 e C-260/99, par.37; Corte giust., 27 febbraio 2003, *Adolf Truley*, C- 373/00, par.50).

6.8 Occorre ancora evidenziare che l'assenza di concorrenza di per sé non costituisce una condizione necessaria ai fini della qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico.

6.9 Infatti, pretendere che non vi siano imprese private che possano soddisfare i bisogni per i quali è stato creato un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico, essendo difficile immaginare attività che non possano essere in alcun caso svolte da imprese private (v., in tal senso, Corte giust., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C-360/96, par.44; Corte giust., 27 febbraio 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, par.59).

6.10 Tanto è ancora più evidente “avuto riguardo alla molteplicità dei bisogni della cui soddisfazione la Pubblica Amministrazione si fa carico nella realtà attuale, alla sempre più frequente estraneità delle prestazioni rese all'ambito dei compiti tradizionalmente assegnati agli enti pubblici ed alla possibile fungibilità dei beni e dei servizi dagli stessi forniti rispetto a quelli offerti da operatori privati” (Cass., S.U. n.1482/2022 e Cass. S.U., n.1494/2022).

6.11 Pertanto, pur non essendo del tutto irrilevante, l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé, di escludere il requisito teleologico, potendo al più concorrere ad avvalorare simile conclusione attraverso un'analisi congiunta ad altri indici quali quelli della gestione improntata a criteri di rendimento, efficacia e redditività, del perseguimento di scopi lucrativi e della circostanza

che gli effettivi beneficiari dei servizi appaltati siano privati imprenditori (in questo senso, v. Corte giust., 10 maggio 2001, *Agorà e Excelsior*, C-223/99 e C-260/99, parr. 39 e 43).

6.12 E dunque, solo se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale (cfr. Corte giust., 22 maggio 2003, *Korhonen e a.*, C- 18/01, par.51), tenuto conto della necessità di interpretare in senso funzionale tale nozione “in sé ambigua o polisemica” (in questo senso, cfr. le conclusioni presentate dall'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona il 27 aprile 2017, nella causa *LitSpecMet UAB*, C-567/15, parr.49-50) nonché del fatto che la normativa comunitaria non include alcuna definizione della nozione di «bisogni di interesse generale» (Corte giust., 27 febbraio 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, par.33).

6.13 Quanto alla portata definitoria dell'Allegato III al d.lgs. n.163/2006 - sostituito dall'All.n.4 al d.lgs.n.50/2016 - di cui si è già detto, è appena il caso di ricordare che secondo la Corte di Giustizia, anche se dalla menzione di un dato organismo nell'allegato I della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE (poi, allegato III della direttiva 2004/18/CE, abrogata dalla direttiva 2014/24) non deriva una presunzione assoluta del fatto che detto organismo costituisce un «organismo di diritto pubblico» (Corte giust., 12 settembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, par.18), appare utile, a tal fine, farvi riferimento. Ed invero, tale elenco, pur non essendo esaustivo, è volto ad essere il più completo possibile (Corte giust., 10 maggio 2001, *Agorà e Excelsior*, C-223/99 e C-260/99, par.36).

6.14 Ciò posto, la giurisprudenza di queste Sezioni Unite si è mossa sui binari tracciati dalla Corte di Giustizia, ben sintetizzati da Cass., S.U. n.1482/2022 e n.1494/2022 cit. e richiamati in modo altrettanto puntuale da Cass., S.U. n.33482/2022, alle quali è opportuno fare rinvio. È in questa sede sufficiente ricordare soltanto l'affermazione per cui, ai fini dell'accertamento del requisito teleologico, “occorre avere riguardo in

primo luogo alla circostanza che l'attività sia rivolta, anche non esclusivamente o prevalentemente, alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria al soddisfacimento di tale interesse, e che il soggetto, pur eventualmente operando in un mercato concorrenziale, non fondi la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali devono ricadere sull'Amministrazione controllante, ed in secondo luogo alla circostanza che il servizio d'interesse generale, oggetto di detta attività, non possa essere rifiutato per ragioni di convenienza economica" -cfr. Cass. S.U., n.1494/2022 cit.-.

6.15 In particolare, in tale valutazione queste Sezioni Unite hanno valorizzato "la preminenza dei compiti posti a base della istituzione dell'ente sulle modalità con cui l'attività viene da esso svolta". Ed infatti, le modalità "non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure eurounitarie, non sono idonee a differenziare chiaramente l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato [...] e sono potenzialmente mutevoli nel tempo" (Cass. S.U., n.33482/2022 cit.).

7. Orbene, fatte le superiori premesse in diritto, queste Sezioni Unite ritengono che l'ICS, esaminato complessivamente il quadro fattuale e normativo di riferimento quanto a natura, ragioni istitutive, funzioni e modalità operative, presenti tutti i requisiti per essere qualificato, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica, organismo di diritto pubblico, compreso - per quel che specificamente qui rileva - quello c.d. teleologico.

7.1 Occorre preliminarmente rilevare che si tratta di soggetto - come pure chiarito nello statuto (art. 1, Statuto dell'Istituto per il Credito Sportivo approvato con D.M. del 24 gennaio 2014) - avente natura di "ente di diritto pubblico con gestione autonoma", istituito con legge 24 dicembre 1957, n.1295 recante "Costituzione di un Istituto per il credito sportivo con sede in Roma".

7.2 In particolare, l'art. 3 della detta legge istitutiva ha previsto che "L'Istituto esercita, sotto forma di mutui a medio e lungo termine, il credito a favore di enti pubblici locali e di altri enti pubblici che, in base a progetti approvati ai sensi di legge, sentito il parere tecnico del C.O.N.I. intendano costruire, ampliare, attrezzare e migliorare impianti sportivi", ben potendo l'attività creditizia svolta dall'ICS essere indirizzata, "con le medesime modalità e per le medesime finalità, anche in favore di federazioni sportive nazionali riconosciute dal C.O.N.I., di società ed associazioni sportive e di enti di promozione sportiva aventi personalità giuridica e riconosciuti dal CONI, di società e associazioni sportive affiliate ai predetti enti di promozione sportiva, costituite senza fine di lucro, aventi personalità giuridica, nonché a favore di ogni altro ente morale che perseguisse, in conformità della normativa ad esso relativa e sia pure indirettamente, finalità ricreative e sportive senza fine di lucro" (v., in questo senso, Corte cost. n.241/2003).

7.3 Giova ancora rammentare, per quanto qui rileva, che la legge n.1295 del 1957 è stata pressoché integralmente abrogata dall'art. 161 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), finendo l'ICS per rimanere - come precisato dallo Statuto, all'art. 1, comma 2 - l'unica banca pubblica esistente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 151 del T.U.B., in quanto non incluso nel processo di trasformazione in società per azioni degli enti pubblici creditizi da attuarsi entro il 30 giugno 1994, ai sensi dell'art. 2, c.1 l. 26 novembre 1993 n.489, secondo le disposizioni della l. 30 luglio 1990, n.218 e del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356.

7.4 Ora, è certo che l'attività svolta dall'Istituto per il Credito Sportivo sia qualificabile come attività bancaria che, ai sensi dell'art. 2, c.2 lett. a) dello Statuto, con-

siste nella raccolta del risparmio tra il pubblico sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma e nell'esercizio del credito, sotto qualsiasi forma - v., del resto, Corte cost. n.241/2003 cit. - Attività riservata appunto alle banche e che, ai sensi dell'art. 10 cpv del T.U.B., "ha carattere d'impresa".

7.5 Né può parimenti trascurarsi che, ai sensi dell'art. 2, ult. cit., l'Istituto "esercita ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna di essa" e "può compiere, nei limiti della disciplina vigente, ogni operazione strumentale, connessa e accessoria e così, tra l'altro, compiere operazioni commerciali e industriali, ipotecarie, mobiliari, immobiliari, finanziarie, attive e passive", nonché "svolgere, direttamente o indirettamente, attività di consulenza, anche tecnica, nel settore dello sport e della cultura, nonché qualsiasi altra attività consentita alle banche, nessuna esclusa."

7.6 Occorre però sottolineare che, a differenza di quanto previsto per tutte le altre entità bancarie organizzate in forma di s.p.a., le modifiche dello Statuto non vengono sottoposte alla valutazione dei partecipanti al capitale ma "all'approvazione delle competenti Autorità", ai sensi dell'art. 15, c.4 lett. a) Statuto ICS, il quale, peraltro, non è stato votato dai soci ma emanato con Decreto interministeriale del 24 gennaio 2014.

7.7 Inoltre, lo stesso bilancio d'esercizio non viene approvato da un'assemblea, ma unicamente dal consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 15, c.4, lett. h) Statuto e gli utili di bilancio non possono essere trasferiti a soggetti diversi dai menzionati partecipanti al capitale (art. 28, c.3, Statuto ICS).

7.8 In particolare, questi sono rappresentati in larghissima parte da soggetti pubblici, quali il Ministero dell'Economia e delle Finanze (per l'80,438%), Coni Servizi S.p.A. (per il 6,702%) e Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. (per il 2,214%), cui si aggiungono, con quote minimali, banche e compagnie assicuratrici.

7.9 Peraltro, giova rammentare per quanto qui ancora rileva che, in attuazione della delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa (legge 15 marzo 1997, n.59), il d.lgs. 31 marzo 1998, n.112, aveva disposto al comma 3 dell'art. 157, sotto la rubrica "Competenze in materia di sport", che restavano riservate allo Stato le funzioni di vigilanza sul CONI e sull'Istituto per il credito sportivo, prevedendosi poi al comma 4 della stessa norma, che il Governo provvedesse al riordino dell'Istituto, "anche garantendo una adeguata presenza nell'organo di amministrazione di rappresentanti delle regioni e delle autonomie locali". Previsione, tuttavia, rimasta inattuata per effetto della legge 16 giugno 1998, n.191 che ha escluso da tale conferimento le funzioni riconducibili alla materia "moneta, perequazione delle risorse finanziarie e sistema valutario" e quelle afferenti alla materia "banche".

7.10 Va ancora ricordato che l'ICS, ai sensi dell'art. 2, c.2 lett. b) dello Statuto, è preposto altresì alla gestione, a titolo gratuito, di due "Fondi Speciali" (disciplinati dagli artt. 7 ss. dello Statuto), di titolarità dello Stato.

7.11 Si tratta, nello specifico, del: a) "Fondo speciale per la concessione di contributi in conto interessi sui finanziamenti per finalità sportive", anche se accordati da altre banche e dalla Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., alimentato con il versamento da parte dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli dell'aliquota di cui all'art. 5 del Regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 19 giugno 2003, n. 17911, nonché del: b) "Fondo di Garanzia ex lege n. 289/02", previsto per la fornitura di garanzia per i mutui relativi alla costruzione, all'ampliamento, all'attrezzatura, al miglioramento o all'acquisto di impianti sportivi [...], la cui dotazione finanziaria è costituita dall'importo annualmente acquisito dal Fondo speciale indicato sub a), nonché dai premi riservati al CONI a norma dell'articolo 6 del d.lgs. 14 aprile 1948, n.496.

7.12 A questi è stato poi di recente aggiunto il Fondo Patrimonio Culturale

previsto dall'art. 184, comma 4, D.L. 19 maggio 2020 n.34 conv. con modif. dalla L. 17 luglio 2020, n.77, costituito presso l'Istituto per il Credito Sportivo, ai sensi dell'art. 5 del decreto interministeriale MiBACT – MEF n. 546 del 30 novembre 2020, articolato in due comparti, con una dotazione di 10 milioni di euro ciascuno, ai fini del riconoscimento di garanzie e della concessione di contributi in conto interessi su finanziamenti per interventi di salvaguardia e valorizzazione del patrimonio culturale.

7.13 Inoltre, sempre sul versante della configurazione patrimoniale dell'ente, non è tutt'affatto irrilevante la circostanza che gli amministratori, ai sensi degli artt. 4-5 dello Statuto, siano tenuti con riguardo ai conferimenti e trasferimenti di quote, a dare conto della riconducibilità di tali operazioni sul capitale a "ragioni di sana e prudente gestione", né tantomeno deve trascurarsi la previsione di cui al c.1 dell'art. 28 dello Statuto, a tenore del quale, dagli utili netti annuali è prelevata una quota del 50% da destinare alla "Riserva ordinaria", aggiungendosi ai commi successivi che una ulteriore quota del 5% è destinata dal Consiglio di Amministrazione a Fondi di riserva straordinaria e ad un fondo da destinare a finalità culturali e sociali [...] - quali sono quelli individuati poc'anzi - e che la quota residua del 45% è assegnata ai partecipanti al "capitale" (o "Fondo di Dotazione") come dividendo, in misura proporzionale alla quota di "capitale" (o "Fondo di Dotazione") di pertinenza di ciascun Partecipante al "capitale" (o "Fondo di Dotazione").

7.14 Va infine sottolineato che, ai sensi del c.4 dell'art. 28, ult.cit., "Nel caso in cui un esercizio si chiuda in perdita, gli utili netti degli esercizi successivi sono destinati a reintegrare la perdita subita."

8. Orbene, secondo queste Sezioni Unite gli elementi qui passati in rassegna orientano nel senso di ritenere che, per motivi strettamente connessi all'interesse generale lo Stato abbia, tanto in passato quanto allo stato attuale, inteso mantenere un'influenza determinante sul settore del credito per lo sport e per la cultura cui è istituzionalmente diretta l'attività svolta da ICS, che non si esaurisce nella fase istitutiva, ma permea l'intero operato dell'ente.

9. Ne consegue che è del tutto inconferente, per affermarne od escludere la qualifica pubblicistica dell'ICS, la circostanza che il nuovo Statuto di ICS rispetto alla previgente disciplina, in aggiunta all'indicazione del settore tipico di operatività dell'Istituto (credito per lo sport e per le attività culturali), preveda la possibilità di svolgere le attività ulteriori individuate dal richiamato art. 2 Statuto.

9.1 Ciò che risulta determinante è, invero, la circostanza che il medesimo organismo "continui a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare" (Corte giust., 15 gennaio 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, C-44/96, par.25; Corte giust., 12 dicembre 2002, *Universale Bau e a.*, C-470/99, par.55), come si evince anche dall'art. 30 dello Statuto stesso, che prescrive in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero alle altre autorità individuate dalla norma, una verifica del rispetto delle finalità pubblicistiche dell'Istituto.

9.2 Le considerazioni appena espresse in ordine alla reale natura dell'ente e delle attività svolte da ICS consentono di superare la prospettiva di segno contrario espressa dal Procuratore generale e resistono alle prospettazioni di parte ricorrente, il quale ha sostenuto la piena assimilazione dell'attività svolta da ICS a quella delle banche, con conseguente applicazione all'Istituto predetto della disciplina prevista in materia di società di capitali anche in punto di assoggettamento alle procedure concorsuali.

9.3 In questa prospettiva la difesa di ICS ha sottolineato che detto Istituto fa ricorso a fonti di provvista del tutto ordinarie per le banche, provenienti dalla Banca Centrale Europea e dalla Banca Europea per gli Investimenti, nonché che molte operazioni di finanziamento di ICS sono effettuate insieme ad altre banche (operazioni cc.dd. in

pool) e che altri finanziamenti relativi ad impianti sportivi sono erogati in proprio da banche diverse dall'Istituto.

10. Ora, secondo queste Sezioni Unite detti argomenti sono atti unicamente ad avvalorare la natura - indiscussa - di banca in capo ad ICS, ma non escludono per ciò solo la sua qualificazione in termini di "organismo di diritto pubblico", se appunto si orienta l'analisi verso una ponderazione complessiva degli indici rivelatori della natura dell'ente e funzionale al rispetto della normativa UE, come interpretata dalla Corte di Giustizia (cfr. giur. cit. ai par.6.1 ss.), recepita dalla legislazione interna ed applicata dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite (v., *supra*, par. 6.14 e 6.15).

11. Occorre, piuttosto, verificare specificamente in quali termini ICS provveda ad erogare il credito e, per l'effetto, a soddisfare le esigenze per cui è stato istituito e su cui, si è visto (v., *supra*, par.7.3 ss.), lo Stato ha inteso ed intende mantenere un'influenza determinante.

12. Orbene, con riferimento all'attività bancaria e finanziaria prestata da ICS, deve rilevarsi che i clienti con i quali essa può operare, anche ad ammettere che fruiscono di condizioni concorrenziali in un mercato specializzato come quello del credito per lo sport e per la cultura in cui operano investitori qualificati, sono perlopiù rappresentati da soggetti pubblici e, tra questi, soprattutto enti territoriali (Regioni, Comuni, Province e Città

Metropolitane) e istituzionali (CUS -Centro Universitario Sportivo-, CONI, CIP -Comitato Italiano Paraolimpico-), in aggiunta ad associazioni sportive dilettantistiche, società sportive dilettantistiche ed imprese, università e altri organismi sportivi, nonché parrocchie ed enti culturali e religiosi.

12.1 Ora, non può dunque revocarsi in dubbio che i finanziamenti erogati da ICS ad enti pubblici statali o locali tornino pur sempre a vantaggio degli investitori istituzionali qualificati che finanziano ICS, sotto forma di utili spettanti integralmente ai partecipanti al capitale di ICS, ai sensi del ricordato art. 28 dello Statuto(v.Corte giust., 3 ottobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, par. 15 e 22).

13. Peraltro, sempre sul versante operativo-funzionale, l'ICS è tenuto a gestire gratuitamente e con modalità predeterminate dallo Statuto stesso, l'accesso dei terzi richiedenti ai tre "Fondi Speciali" di cui si è detto (v., *supra*, par.7.10 ss.), laddove lo stesso ricorrente sottolinea l'apertura dei detti Fondi anche ad istituti di credito diversi da ICS, ai sensi dell'art. 47, c.1, T.U.B., essendo pertanto evidente che ICS non possa sottrarsi per ragioni di convenienza economica a tale attività, strettamente connessa all'attività bancaria e finanziaria cui è istituzionalmente preposto.

13.1 Né può sostenersi, come ritiene il ricorrente, che la gestione dei Fondi Speciali sarebbe affidata ad un organo terzo, distinto dal Consiglio di Amministrazione dell'ICS, in modo tale da escludere eventuali privilegi nella gestione, da parte di ICS, di tali fondi.

13.2 Ed invero, ai sensi dell'art. 16 dello Statuto ICS, il Comitato di Gestione dei Fondi Speciali è un organo di nomina integralmente governativa composto - oltre che da due membri diversi rispetto ai componenti del Consiglio di Amministrazione - anche dallo stesso Presidente del Consiglio di Amministrazione.

14. Non può dunque escludersi che l'ICS sia stato "istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale" per il solo fatto che abbia natura di banca, come tale operante in un settore generalmente aperto alla concorrenza, dovendosi effettuare una ponderazione complessiva degli indici rivelatori della natura dell'ente, funzionale al rispetto della normativa UE, come interpretata dalla Corte di Giustizia. Proprio l'esame composito degli elementi

fattuali e normativi individuati consente anzi di ritenere che lo Stato abbia inteso mantenere un'influenza determinante sul settore in cui opera primariamente l'ICS che non si esaurisce nella fase istitutiva, ma permea il suo intero operato, sicché ai fini dell'affidamento di lavori, servizi o forniture, esso deve considerarsi tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica.

15. Ne consegue che la sentenza del Consiglio di Stato qui esaminata si è pienamente conformata ai suesposti principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE (v. giur. cit. ai par.6.1 ss.), avuto riguardo alla puntuale ricostruzione anche in fatto della specifica disciplina organizzativa e funzionale dell'Istituto medesimo.

15.1 Ed infatti, deve pienamente condividersi l'assunto con il quale il Consiglio di Stato, nel dare rilievo preminente alle ragioni istitutive e alle finalità del soggetto, ha propriamente ritenuto elemento fondante la qualifica di "organismo di diritto pubblico", la rilevanza generale degli interessi perseguiti da ICS.

15.2 In tal senso la pronuncia impugnata ha valorizzato il riferimento alla tutela costituzionale del risparmio nell'esercizio del credito (art. 47 Cost.) e all'art. 9 Cost., a tenore del quale "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica", nonché - con riguardo alla promozione dello sport - la rilevanza sociale ed economica che ha assunto il fenomeno sportivo, spesso praticato a livello professionistico ed organizzato su base imprenditoriale, in cui trovano attuazione sia fondamentali diritti di libertà che non meno significativi diritti connessi a rapporti patrimoniali, tutti oggetto di considerazione anche a livello costituzionale (cfr. Cass. S.U., n.28022/2022).

15.3 Parimenti condivisibile, alla luce di quanto qui ritenuto, risulta la decisione impugnata laddove ha reputato che la previsione di cui all'art. 28, c.4 dello Statuto, congiuntamente agli altri elementi di seguito esposti, andasse propriamente intesa nel senso di individuare un sostegno finanziario pubblico di ICS, tale per cui "il capitale dell'Istituto è costituito, per circa il 90 per cento, da partecipazioni pubbliche e/o di organismi di diritto pubblico (Statuto, art. 3); il 55 per cento degli utili è destinato, secondo quanto espressamente previsto dallo Statuto, alle attività dell'Istituto stesso; tutti gli utili sono obbligatoriamente destinati al ripianamento delle eventuali perdite (art. 28, c.4 Statuto), il che garantisce sul piano normativo la solvibilità e la solidità dell'Ente."

15.4 In questa prospettiva il Consiglio di Stato ha, peraltro, correttamente dato rilievo alle conseguenze della capitalizzazione di alcuni fondi pubblici, prodottasi per effetto del nuovo assetto dell'Istituto mediante l'approvazione dello Statuto vigente, evidenziando che "la riallocazione a capitale dei Fondi, così utilizzabili per la copertura delle perdite, consente senz'altro ad ICS di beneficiare di un ulteriore (e peculiare) elemento di stabilità patrimoniale, rispetto alle altre imprese del settore bancario e creditizio", tale per cui "l'Istituto fa fronte, infatti, al rischio imprenditoriale grazie al supporto finanziario dello Stato costituito dai detti Fondi, integrante un flusso contributivo pubblico che esclude il rischio di impresa."

16. Emerge, in definitiva, che l'ICS non fonda la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assume su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali ricadono invece sulle amministrazioni controllanti, per modo che il servizio d'interesse generale, oggetto dell'attività istituzionalmente esercitata dall'ICS non può dallo stesso essere rifiutato per ragioni di convenienza economica; ciò perché l'attività bancaria e finanziaria prestata da tale ente risulta strettamente connessa a quella inerente la gestione, a titolo gratuito, dell'accesso dei terzi richiedenti ai tre fondi speciali, cui l'ICS è doverosamente tenuto con modalità predeterminate dallo Statuto stesso. Prospettiva, quest'ultima, puntualmente colta

dal Consiglio di Stato nei passaggi argomentativi sopra riportati, i quali si agganciano su indici regolamentari e normativi idonei ad escludere una posizione paritetica effettiva dell'ICS rispetto alle altre imprese operanti nel medesimo segmento di mercato bancario e creditizio.

17. Ritengono, in definitiva, queste Sezioni Unite che l'ICS vada qualificato come "organismo di diritto pubblico" non solo e non tanto in quanto già configurato come "ente di diritto pubblico" dalla legge istitutiva e dall'art. 1 del vigente Statuto e sussumibile nella categoria di "Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero" contemplata dall'allegato IV all'art. 3 d.lgs. 50/2016, recante l'elenco degli organismi di diritto pubblico (v. *supra*, par. 6.13), ma anche e soprattutto sulla base di un'interpretazione funzionale ed estensiva del requisito teleologico condizionante l'applicabilità della disciplina dell'evidenza pubblica, in ragione dell'esame complessivo e non atomistico di tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alle modalità operative e al regime di controllo cui è sottoposto l'Istituto, in ossequio al principio dell'effetto utile che permea la nozione di "esigenze di interesse pubblico non aventi carattere industriale o commerciale".

18. Alla stregua di tali considerazioni, idonee a superare i pur notevoli spunti difensivi esposti dal ricorrente anche in memoria e dal Procuratore generale, il ricorso va rigettato.

19. Ricorrono giusti motivi, in relazione alla novità della questione trattata, per compensare fra tutte le parti le spese del giudizio.

20. Ricorrono infine i presupposti processuali per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, che ha aggiunto il comma 1-quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. n. 115 del 2002, della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per la stessa impugnazione, se dovuto.

PQM

Dichiara inammissibile il controricorso proposto da PricewaterhouseCoopers S.p.A. e rigetta il ricorso.

Compensa le spese fra tutte le parti.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1 - bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso il 6 dicembre 2022 in Roma dalle Sezioni Unite civili

Pubblicato il 15/03/2023

N. 02704/2023 REG. PROV. COLL.
N. 03067/2016 REG. RIC.**R E P U B B L I C A I T A L I A N A****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3067 del 2016, proposto da Raffaele D'Urso e Anna Savarese, rappresentati e difesi dall'avvocato Elio Trombetta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudia De Curtis in Roma, viale Giuseppe Mazzini n. 142;

contro

Comune di Vico Equense, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio eletto presso lo studio Dorina Furno Guerriero in Roma, viale dei Colli Portuensi 187;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 04678/2015, resa tra le parti, concernente la demolizione di opere edilizie abusive.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Vico Equense;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame, le parti ricorrenti hanno impugnato la sentenza del TAR Campania, Sez. VII, n. 4678/2015, con il quale è stato respinto il ricorso proposto dalle stesse parti avverso l'ordinanza prot. n. 710 del 30 dicembre 2008 del Responsabile del Servizio Urbanistica del Comune di Vico Equense, di demolizione delle opere di cui agli accertamenti tecnici all'uopo effettuati il 07 novembre 2008, di cui alla relazione del servizio urbanistica del 23.12.2008 ed all'ordinanza di sospensione dei lavori n. 632 del 12.11.2008.

1.1 In particolare, l'ordinanza impugnata riguardava la realizzazione, accertata in data 07.11.2008 dal Personale dell'ufficio tecnico comunale e del Comando di Polizia comunale, di un locale seminterrato adibito ad officina meccanica, previo sbancamento e successivo riporto di terreno vegetale, delle dimensioni in pianta di mt. 10,65 x mt. 6,50, pari a mq. 69,23 ed altezza utile interna pari a mt. 3,40 e di una rampa carrabile in calcestruzzo cementizio avente sagoma ad L, di collegamento tra il locale realizzato

e la strada comunale, di lunghezza complessiva pari a mt. 18,00 e larghezza media pari a mt. 3,00, realizzati in assenza del permesso di costruire e dell'autorizzazione ambientale in "zona omogenea E -Agricola secondo il vigente P.R.G. adeguato al P.U.T." ed in "zona territoriale 4 (Riqualificazione insediativa ed ambientale di 1° grado)" secondo il P.U.T. dell'area sorrentino-amalfitana, approvato con legge della regione Campania n. 35 del 1987.

1.2. Si evince dalla ricostruzione del fatto contenuto nell'impugnata sentenza di primo grado che *"l'area che ha visto la realizzazione dell'intervento sopra descritto (locale seminterrato destinato ad officina meccanica e rampa di accesso), era destinata a "cisterna completamente interrata", giusto permesso di costruire n. 48 del 2 novembre 2005; detto intervento non venne effettuato ed al suo posto venne dato inizio ad una diversa edificazione sanzionata con ordinanza n. 380 del 4 settembre 2006 (che contestava la realizzazione di "un solaio... riferito alla pianta della cisterna autorizzata"); con sentenza n. 16535 del 28 dicembre 2007 questa Sezione respinse il ricorso proposto avverso la detta ordinanza dal D'Urso e dalla Savarese ...poiché, per quanto afferiva ai profili sostanziali, "i ricorrenti invece di costruire una cisterna completamente interrata (ossia ricoperta da uno strato di 1,00 mt di terreno vegetale, come previsto nel permesso di costruire) e quindi priva di un significativo impatto ambientale hanno realizzato una cisterna il cui solaio risulta posizionato a livello del terreno e che presenta un maggiore impatto ambientale a causa della presenza del cordolo perimetrale in blocchi di lapil-cemento, ossia un intervento edilizio che ha comportato un evidente mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio originariamente assentito"*.

1.3. In seguito al predetto sopralluogo del 7.11.2008, è stata notificata in data 12.11.2008 l'ordinanza di sospensione lavori n. 632 del 12.11.2008 ed è stato redatto rapporto prot. 35758 del 23.12.2008, nel quale sono stati indicati - oltre agli abusi accertati in assenza di permesso di costruire, del parere ambientale di cui all'art. 146 D.Lgs. n. 42/2004 e dell'invio al competente Genio civile dei calcoli strutturali relativi a lavori su area dichiarata sismica ed in contrasto con la zona omogenea di riferimento del PRG - anche i pregressi accertamenti effettuati presso la proprietà dei ricorrenti; infine, con ordinanza n. 710 del 30.12.2008, è stata disposta la demolizione delle opere abusive.

1.4. Avverso il predetto provvedimento è stato proposto ricorso al TAR della Campania, basato su sette motivi di impugnazione, con i quali è stato sostenuto che:

- gli abusi sarebbero opere pertinenziali e non costituirebbero volume, per cui sarebbero sanabili;
- in data 20.02.2009 sarebbe stata presentata domanda di accertamento di conformità, per cui il Comune avrebbe dovuto adottare un nuovo provvedimento sanzionatorio, assegnando un nuovo termine per adempiere, in quanto l'ordinanza di demolizione, a seguito dell'istanza di sanatoria, sarebbe divenuta priva di efficacia, atteso che deve essere sostituita o dalla concessione in sanatoria o da un nuovo provvedimento sanzionatorio;
- sull'istanza di accertamento di conformità si sarebbe formato silenzio inadempiuto;
- gli abusi non costituirebbero volume e, comunque, non supererebbero il 20% dell'edificio principale; in estremo subordine sarebbero soggetti a DIA
- sarebbe stato leso il legittimo affidamento e l'ordinanza non terrebbe conto di quanto assentito (cisterna autorizzata);
- si tratterebbe di manutenzione ordinaria, straordinario consolidamento statico e restauro.

1.5. All'esito del giudizio di prime cure il Tar ha respinto le censure, rilevando:

- che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la legittimità e l'efficacia

dei provvedimenti che ingiungono la rimozione/demolizione di opere realizzate abusivamente non sono suscettibili di essere posti in discussione e/o paralizzati dalla mera successiva presentazione di istanze di accertamento di conformità, di compatibilità paesaggistica o aventi quanti altri contenuti non tipizzati, che non incidono su di loro (su legittimità ed efficacia) e, quindi, non si frappongono alla decisione sul merito del ricorso proposto per il loro annullamento, quale richiesta dalla parte ricorrente a mezzo della proposta domanda processuale;

- che sull'istanza di accertamento della conformità urbanistico-edilizia si è formato il silenzio rigetto previsto dall'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, non impugnato dai ricorrenti, al che consegue, in via immediata e diretta, il consolidamento degli effetti dell'ordine di ripristino dello stato dei luoghi impartito con l'ordinanza al vaglio;

- che la cisterna interrata assentita con il permesso di costruire del 2005 (per come concluso nella pregressa pronuncia resa inter partes dalla Sezione del TAR Campania), non è stata mai realizzata, ma è stata sostituita da un intervento già a sua volta sanzionato con la demolizione, il quale era propedeutico a quello poi ultimato e a sua volta sanzionato con l'ordine di demolizione qui impugnato;

- che nella "zona territoriale 4" (di "Riqualificazione insediativa ed ambientale di 1° grado") del P.U.T. dell'area sorrentino-amalfitana, destinata a "zona E" Agricola, l'edificazione privata è possibile solo quale "nuova edilizia rurale" per il fabbisogno di "nuovi vani residenziali" nel rispetto di predefiniti indici di fabbricabilità e che sono realizzabili solo "strade interpoderali" (e non rampe di accesso), per cui l'asserita adibizione a parcheggio residenziale del locale pertinenziale, che avrebbe dovuto essere "la cisterna interrata" assentita con il permesso di costruire del 2005, non può condurre in nessun modo a far ritenere compatibile quanto realizzato con le riportate previsioni del PUT;

- che nessun obbligo sussisteva in capo all'amministrazione di indicare la data di realizzazione degli interventi, rinvenuti in loco nel 2008, peraltro collocabile per tabulas ad epoca successiva all'adozione della precedente ordinanza n. 380 del settembre del 2006, nella quale era riportato lo stato dei luoghi a tale data;

- che, per costante e condivisa giurisprudenza, nel corpo dell'ordine di demolizione è necessaria e sufficiente l'analitica definizione delle opere abusivamente realizzate, in modo da consentire al destinatario della sanzione di rimuoverle spontaneamente, mentre non è necessaria la descrizione precisa della superficie occupata e dell'area di sedime destinata ad essere gratuitamente acquisita al patrimonio comunale in caso di inottemperanza alla predetta ingiunzione, potendo la specificazione intervenire nella successiva fase dell'accertamento dell'inottemperanza;

- che la natura interrata dell'opera non ne consentiva certo la realizzazione in difetto dei titoli dovuti, ovvero, della previa autorizzazione paesaggistica, in quanto "per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e seminterrati" (cfr. Tar Campania, sezione settima, 7 novembre 2014, n. 5761 e la giurisprudenza del giudice di appello al suo interno riportata);

- che la legge impone di intervenire con la sanzione demolitoria in via immediata e diretta in assenza del titolo paesaggistico, ossia in ragione solo della sua assenza, a meno che non si tratti di opere a ricomprendersi fra quelle eseguibili senza il detto titolo, ovvero rientranti sotto lo scudo dell'art. 149 del D.l.vo n. 42 del 2004 che sottrae alla necessità dell'autorizzazione solo interventi a carattere manutentivo o di restauro non ravvisabili nel caso concreto.

2. Avverso la sentenza di primo grado parte appellante ha formulato i seguenti motivi di appello:

(1) Error in procedendo et in iudicando. Violazione art. 36 D.P.R. n. 380 del 2001. Violazione dei principi in materia di repressione degli abusi edifici.

(2) Error in procedendo et in iudicando. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omessa pronuncia. Riproposizione del quarto motivo del ricorso di primo grado (“4 Violazione e falsa applicazione del DPR n. 380/01 e, in particolare, degli artt. 27 e 31. Difetto dei presupposti e di istruttoria”).

(2.1) Error in procedendo et in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e mancata applicazione dell'art. 27 DPR n. 380/2001. Violazione del principio di tipicità e tassatività. Erronea percezione dei motivi di ricorso.

(3) Error in procedendo et in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 149 e 167 D.lgs. n. 42/2004.

(4) Error in procedendo et in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e mancata applicazione dell'art. 27 DPR n. 380/2001. Violazione dell'art. 64 cpa. Omessa corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omesso esame di aspetti rilevanti ai fini della decisione. Erronea valutazione delle evidenze istruttorie.

2.1. Il Comune di Vico Equense si è costituito con memoria di stile depositata il 30.06.2016, chiedendo il rigetto dell'appello.

2.2. In vista dell'udienza di discussione il Comune di Vico Equense ha depositato nota di passaggio in decisione del 26.09.2022, contenente alcune deduzioni in diritto.

2.3. Alla pubblica udienza del 29.09.2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Prima di passare all'esame dei singoli motivi di appello, il Collegio rileva che la memoria del Comune di Vico Equense, depositata solamente in data 26.09.2022 e quindi tre giorni prima dell'udienza, non può essere considerata, in quanto tardiva con riferimento al disposto dell'art. 73, comma 1, cpa, secondo il quale le parti possono depositare memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi prima dell'udienza.

4. Nel merito l'appello è infondato.

4.1. Non possono essere accolte le censure dedotte con il primo motivo di appello, con le quali gli appellanti sostengono che la sentenza sia errata nella parte in cui rigetta le deduzioni contenute nel primo motivo di impugnazione, con le quali si sosteneva che l'ordinanza di demolizione, a seguito della presentazione di istanza di sanatoria ex art. 36 del DPR n. 380/2001, diventi priva di efficacia, dovendo essa essere sostituita o dalla concessione in sanatoria o da un nuovo provvedimento sanzionatorio.

Secondo gli appellanti, l'orientamento espresso nella sentenza impugnata darebbe prevalenza all'aspetto meramente formale della carenza del titolo, sanzionato con l'ordine di demolizione, rispetto alla coerenza dell'intervento con la normativa sollecitata con l'istanza di accertamento; sarebbe invece necessario che la P.A. - una volta sollecitata ad esprimersi sulla conformità dell'intervento - si pronunci anche sulla conformità sostanziale dell'intervento, dovendo la misura repressiva della demolizione superare pure la verifica della fattibilità in concreto dell'intervento ed essere rinnovata se tale verifica abbia esito negativo.

4.2. La tesi degli appellanti non ha pregio.

Quando vi è l'impugnazione di un atto avente natura sanzionatoria in materia edilizia e vi è la proposizione di una domanda di accertamento di conformità, in base alla legislazione vigente nessuna disposizione prevede che il giudice amministrativo debba sospendere il giudizio, ovvero che l'amministrazione o il giudice debbano rilevare la sopravvenuta carenza di effetti dell'atto sanzionatorio in precedenza emesso.

4.3. Al riguardo: *“Sostenere che la sola presentazione della domanda di accertamento di conformità determina il superamento del provvedimento sanzionatorio innescherebbe un procedimento ricorsivo senza fine perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare (senza limitazioni di alcun genere) la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento. E ciò in contrasto con i principi dell'ordinamento che impongono l'accertamento*

delle situazioni giuridiche in via definitiva” (Cons. Stato, sez. VI, 16.2.2021, n. 1432; 08.01.2021, n. 308).

4.4. Secondo l'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, la presentazione di una istanza di sanatoria, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, come avvenuto nel caso concreto da parte degli appellanti, determina soltanto un arresto interinale dell'efficacia dell'ordine di demolizione, ponendolo in stato di temporanea quiescenza. In caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, senza alcuna necessità per l'Amministrazione di adottarne uno nuovo (Cfr. ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, n. 1150 del 2022; n. 1432 del 2021, n. 2681 del 2017, n. 1565 del 2017, n. 1393 del 2016, n. 466 del 2015, n. 2307 del 2014).

4.5. Ne consegue che la statuizione censurata della sentenza impugnata è corretta e in piena coerenza con l'orientamento giurisprudenziale condiviso da questo Collegio.

5. È pure infondata la doglianza secondo la quale, nel caso di istanza di accertamento di conformità in sanatoria, il prolungato silenzio della P.A. oltre i sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza sarebbe da inquadrare come silenzio inadempimento come regolato dalla legge regionale 22.12.2004, n. 16, e non come silenzio rigetto.

5.1. Infatti, secondo consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato (cfr. ex multis: sent sez. VI n. 3396/2022), *” Il silenzio della p.a. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sulla istanza di accertamento di conformità, di cui all'art. 36 t.u. edilizia, ha un valore legale tipico di rigetto, costituisce cioè una ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego; in effetti la natura provvedimentale è anche confermata dall'articolo stesso, secondo cui sulla richiesta di sanatoria si pronuncia il dirigente o il responsabile entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata; è anche evidente che l'inutile decorso del predetto termine comporta la reiezione della domanda de qua e quindi si inverte un vero e proprio provvedimento tacito di diniego (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3417). Il silenzio serbato dal Comune sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica quindi non ha valore di silenzio-inadempimento, ma di silenzio-rigetto, con la conseguenza che, una volta decorso il relativo termine, non sussiste un obbligo di provvedere; ciò comporta altresì il permanere della facoltà di provvedere espressamente, nella specie esercitata ragionevolmente, anche a fronte del supplemento istruttorio svolto dall'amministrazione”*

5.2. Non merita accoglimento il secondo motivo di appello, con il quale gli appellanti sostengono che il Giudice di prime cure non si sarebbe pronunciato sul quarto motivo del ricorso introduttivo, con il quale è stata rilevata la violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 31 del DPR n. 380/2001, sostenendo che - essendo il Comune di Vico Equense sottoposto a vincolo paesaggistico, - si sarebbe dovuto applicare lo speciale regime sanzionatorio dell'art. 27 del DPR n. 380/2001 e non quello di cui all'art. 31 che comporta anche l'eventuale e più penalizzante acquisizione del bene.

5.3. Premesso che l'art. 27 del D.P.R. n. 380/2001 è collocato nel capo I (artt. 27-29) del titolo IV del T.U. n. 380/2001 che contiene le disposizioni sulla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e la responsabilità, mentre l'art. 31 è collocato nel capo II (artt. 30-48) del titolo IV concernente le sanzioni, l'acquisizione gratuita rappresenta una sanzione autonoma (cfr. Corte Cost. n. 82/1991, Corte Cost. n. 345/1991), avente come presupposto un illecito diverso dall'abuso edilizio, che consiste nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione in precedenza emesso dall'amministrazione (Cons. St., sez. VI, 24.12.2018, n. 7210). In altre parole, essa rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere dal privato che, dapprima, esegue un'opera abusiva e, successivamente, non adempie all'obbligo di demolire entro il termine fissato dall'amministrazione (cfr. Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2639; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2016, n. 3834).

5.4. Alla luce dei principi esposti, deve ritenersi infondata la doglianza, in quanto le questioni relative all'acquisizione dell'area, ed i relativi presupposti, attenendo ad un successivo momento procedimentale, non possono essere introdotte nel giudizio con il quale si impugna l'ordine di demolizione, bensì avverso l'eventuale provvedimento di acquisizione laddove venga effettivamente emesso.

6. Per le argomentazioni e statuizioni contenute al punto precedente, sono infondate anche le deduzioni contenute nell'ulteriore motivo di appello con il quale – facendo valere la violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e la mancata applicazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 380/2001 – si censura la sentenza per erronea percezione dei motivi di ricorso.

6.1. Nel caso de quo, ove in “zona omogenea E -Agricola secondo il vigente P.R.G. adeguato al P.U.T.” ed in “zona territoriale 4 (Riqualificazione insediativa ed ambientale di 1° grado)” secondo il P.U.T. dell'area sorrentino-amalfitana, approvato con legge della regione Campania n. 35 del 1987, le opere abusive - ossia il garage seminterrato adibito ad officina meccanica e la rampa carrabile di collegamento tra il locale realizzato e la strada comunale - sono stati eseguiti sia in assenza di titolo abilitativo che di autorizzazione paesaggistica, il Collegio non può che condividere le statuizioni contenute nella sentenza impugnata con le quali il Giudice di primo grado ha correttamente rilevato *“che, anche ove avesse avuto a sussistere la compatibilità urbanistica, la sanzione demolitoria comminata avrebbe egualmente resistito alla censura di parte in quanto volta a sanzionare, come imposto dalla legge, la mancanza della previa autorizzazione paesaggistica, in cui assenza emergono gli “obblighi di ripristino a proprie spese”, di cui all'art. 167 del d. l.vo n. 42 del 2004. ed in cui assenza “l'applicazione della sanzione demolitoria costituisce atto dovuto per l'Amministrazione comunale ... Obblighi peraltro discendenti direttamente anche dal Testo unico dell'edilizia, il cui art. 27 la medesima sanzione prevede in presenza di esecuzione senza titolo di opere in territorio assoggettato al vincolo, anche ove eseguibili a mezzo di DIA (o di SCIA), ed il cui art. 37, invocato ex latere attoreo, non esclude: avuto conto che la sanzione pecuniaria è prevista quale unica comminabile solo in presenza di interventi edilizi di cui all'art. 22, commi 1 e 2, fra i quali, per quanto innanzi concluso, non può comunque dirsi rientrare il coacervo di quelli qui in discorso”.*

6.2. Infatti, la predetta statuizione del Giudice di primo grado trova piena conferma nella decisione di questa Sezione n. 7426/2021, secondo la quale *“In caso di vincolo paesaggistico qualsiasi intervento idoneo ad alterare il pregresso stato dei luoghi deve essere preceduto da autorizzazione paesaggistica e in sua assenza è soggetto a sanzione demolitoria. Inoltre, in tali casi è sufficiente che si tratti di opere realizzabili mediante d.i.a., atteso che l'art. 27 del D.P.R. n. 380/2001, impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico”.*

7. Con il terzo motivo di appello viene censurato il punto 10 della sentenza impugnata, laddove respinge il sesto motivo del ricorso di primo grado con il quale gli appellanti sostenevano che i lavori realizzati, in quanto aventi natura meramente interrata, non avrebbero impattato il territorio.

7.1. La doglianza è infondata. Per quanto concerne la soggezione ad autorizzazione paesaggistica dei volumi seminterrati o interrati, il Collegio condivide l'assunto del Giudice di primo grado sulla necessità dell'autorizzazione paesaggistica, stante il loro rilievo ai fini paesaggistici, confermato anche dalla seguente decisione: *“ Quanto al rilievo dei volumi seminterrati o interrati (che ad avviso delle originarie ricorrenti e del TAR non rilevarebbero ai fini paesaggistici), la Sezione richiama e ribadisce in questa sede la propria consolidata giurisprudenza, per la quale – come si desume dall'articolo 167, comma 4, del medesimo Codice - hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e*

seminterrati: così come per essi è applicabile il divieto di sanatoria quando sono realizzati senza titolo (perché il comma 4 vieta il rilascio della sanatoria paesaggistica quando l'abuso abbia riguardato volumi di qualsiasi natura), così essi hanno una propria rilevanza paesaggistica per le opere da realizzare. Pertanto, per tali volumi (e per le relative superfici) si applicano i divieti di realizzare nuove opere (divieti disposti per l'area in questione dal Piano paesaggistico) ovvero, in loro assenza, l'autorità statale competente può valutare se la modifica dello stato dei luoghi abbia una negativa incidenza dei valori paesaggistici coinvolti" (Cons. Stato, Sez. VI, 11.09.2013, n. 4503).

7.2. Ad avviso del Collegio, per quanto riguarda la consistenza delle opere abusive, il loro inquadramento ai fini dell'impatto paesaggistico e la necessità dei titoli abilitativi, il Giudice di primo grado ha correttamente rilevato, sulla base del contenuto del provvedimento impugnato e della documentazione versata in atti, che la cisterna interrata assentita nel 2005 (completamente interrata, ossia ricoperta da uno strato di 1,00 mt di terreno vegetale, come previsto nel permesso di costruire del 2005 e quindi priva di impatto ambientale), non era mai stata realizzata, essendo stata sostituita da un intervento, già a sua volta sanzionato con la demolizione (ordinanza n. 380 del 4.9.2006 che ha ordinato la demolizione in quanto la cisterna è stata realizzata con un solaio posizionato a livello di terreno con un cordolo perimetrale in blocchi di lapilcimento, realizzando un intervento edilizio che ha comportato un evidente mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio originariamente assentito), propedeutico a quello poi ultimato, per il quale è stata emessa l'ordinanza di demolizione n. 710/2008, oggetto del presente procedimento, per cui, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale riportato nella sopra riportata decisione n. 4503/2013, le censure degli appellanti si dimostrano infondate.

8. Infine, con il quarto motivo di appello si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e la mancata applicazione dell'art. 27 del DPR n. 380/2001 con riferimento alla qualificazione delle opere abusive, sostenendo che le opere - anche se realizzate in difformità con l'originario titolo - sarebbero in parte state abilitate in base alla vecchia concessione per la cisterna interrata, mentre, per quanto attiene alla rampa, ne sarebbe stata dedotta la natura pertinenziale, quale mera pavimentazione. Secondo gli appellanti, l'esistenza di una preesistenza costituirebbe un ineludibile parametro di riferimento per la qualificazione delle opere contestate, escludendone la riconducibilità nella categoria della nuova edificazione.

Gli appellanti sostengono inoltre che il TAR, ai punti 8 e 9 della sentenza, non avrebbe percepito l'esatta portata dei motivi di ricorso: per quanto concerne l'officina, al fine di escludere la configurabilità di una nuova opera ai sensi dell'art. 3 del DPR n. 380/2001, non si sarebbe tenuto conto della affermazione dei ricorrenti secondo cui si sarebbe trattato di una preesistenza assentita; nella prospettiva dell'esclusione della necessità del previo permesso di costruire, non sarebbe stato percepito dal TAR che piuttosto di un'officina si sarebbe trattato di parcheggio pertinenziale assentibile ai sensi della legge n. 122/1989; il richiamo a tale legge sarebbe stato, poi, funzionale al rilievo che i parcheggi interrati possono essere realizzati previa denuncia di inizio attività; in tale prospettiva sarebbe stato fatto anche riferimento all'art. 45 del Regolamento edilizio del Comune di Vico Equense, laddove esso subordina, tra l'altro a DIA, la realizzazione di parcheggi da destinare a pertinenza di unità immobiliari; in merito alla rampa di accesso il TAR avrebbe disatteso il rilievo in fatto ed in diritto dedotto dai ricorrenti, secondo i quali la rampa avrebbe costituito pertinenza in senso edilizio e come tale sarebbe stata soggetta a DIA.

8.1. Le censure mosse con questo motivo e le deduzioni poste a fondamento delle critiche alla sentenza ed al provvedimento impugnati, non sono fondate.

8.2. Secondo il tenore dell'art. 3 D.P.R. n. 380/2001, sono "e) "interventi di nuova

costruzione”, quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti. Sono comunque da considerarsi tali: e.1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l’ampliamento di quelli esistenti all’esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6)”.

8.3. Come già ampiamente rilevato nei punti precedenti, è destituita di fondamento la tesi degli appellanti secondo la quale le opere sarebbero in parte abilitate in base alla vecchia concessione rilasciata nel 2005 per la cisterna interrata.

8.4. Infatti, pare indubbio che rispetto alla cisterna interrata che era assentita per una altezza utile interna di m 2,40 e la quale avrebbe dovuto essere ricoperta (come emerge dalla relativa concessione edilizia del 2005) da uno strato di 1,00 mt di terreno vegetale, le opere eseguite - consistenti in un garage seminterrato adibito ad officina meccanica, delle dimensioni in pianta di mt. 10,65 x mt. 6,50, pari a mq. 69,23 ed altezza utile interna pari a mt. 3,40 ed in una rampa carrabile in calcestruzzo cementizio avente sagoma ad L, di collegamento tra il locale realizzato e la strada comunale, di lunghezza complessiva pari a mt. 18,00 e larghezza media pari a mt. 3,00 - sono state correttamente individuate nell’ordinanza di demolizione qui impugnata quali opere realizzate in assenza di permesso di costruire e dell’autorizzazione ambientale, atteso anche che l’opera che è stata realizzata al posto della cisterna, come emerge dalla documentazione depositata dal Comune di Vico Equense nel giudizio di primo grado, era oggetto di precedente ordinanza di demolizione n. 380/2006.

8.5. Ad ogni modo, le svariate doglianze fatte valere e le tesi sviluppate dagli appellanti al fine di escludere la riconducibilità delle opere alla categoria della nuova edificazione soggetta a permesso di costruire, sono comunque infondate.

8.6. Per quanto concerne le tesi offerte dagli appellanti ai fini di escludere - con riferimento all’officina - la configurabilità di una nuova opera ai sensi dell’art. 3 del DPR n. 380/2001, a prescindere dal fatto che per i motivi sopra delineati non si può parlare di preesistenza, non può essere condivisa l’argomentazione secondo la quale si tratterebbe di parcheggio pertinenziale, assentibile ai sensi della legge n. 122/1989, in quanto il disposto dell’art. 9 della legge n. 122 del 1989 il quale, nel prevedere espressamente in materia di parcheggi pertinenziali, la derogabilità degli strumenti urbanistici, fa tuttavia salvi i vincoli previsti dalla legislazione in materia paesaggistica ed ambientale.

8.7. Inoltre, il concetto di pertinenza rileva solo a fini urbanistici, laddove a fini ambientali rileva l’aumento o meno di volume, senza che al riguardo possa assegnarsi rilievo alla definizione di volume tecnico. Mentre ai fini edilizi un volume per le sue caratteristiche può anche non essere considerato rilevante e non essere oggetto di computo fra le volumetrie assentibili, viceversa ai fini paesaggistici un volume può assumere comunque una sua rilevanza e determinare una possibile alterazione dello stato dei luoghi che le norme di tutela vogliono impedire.

8.8. Anche per quanto riguarda la tesi sostenuta dagli appellanti sulla natura pertinenziale della rampa quale mera pavimentazione, valgono le argomentazioni sopra esposte. Infatti, la consistenza della rampa, descritta nel rapporto tecnico del 23.12.2008 come prima indicato, che rappresenta una “trincea” nell’appezzamento di terreno originario essendo i fronti tagliati a vista e sprovvisti di opere di contenimento, non lascia dubbi che non si tratti solo di mera pavimentazione, ma di nuove opere, soggette a permesso di costruzione.

8.9. Ne consegue, per il caso in esame, che la realizzazione oltre che di volumi sotterranei, anche di opere esterne, quale la rampa di collegamento tra il locale adibito ad officina e la strada comunale, sono rilevanti ai fini paesaggistici e come tali si pongono in contrasto con quelle disposizioni volte a impedire l’alterazione dello stato dei luoghi attraverso la realizzazione di nuove strutture.

8.10. Riassumendo, come già rilevato al precedente punto 7.1., per la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato hanno rilievo paesaggistico i volumi interrati e seminterrati: così come per essi è applicabile il divieto di sanatoria quando sono realizzati senza titolo (perché il comma 4 dell'art. 167 vieta il rilascio della sanatoria paesaggistica quando l'abuso abbia riguardato volumi di qualsiasi natura), così essi hanno una propria rilevanza paesaggistica per le opere da realizzare. Pertanto, per tali volumi (e per le relative superfici) si applicano i divieti di realizzare nuove opere, ovvero, in loro assenza, l'autorità competente può valutare se la modifica dello stato dei luoghi abbia una negativa incidenza dei valori paesaggistici coinvolti.

8.11. In conclusione, i motivi posti a corredo dell'atto d'appello sono infondati, ragione per cui il gravame va respinto.

9. Le spese del presente grado, stante l'inattività difensiva del Comune appellato, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente
Stefano Toschei, Consigliere
Davide Ponte, Consigliere
Francesco De Luca, Consigliere
Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ulrike Lobis

IL PRESIDENTE

Carmine Volpe

IL SEGRETARIO

Publicato il 13/03/2023

N. 01644/2023 REG. PROV. COLL.
N. 03219/2022 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3219 del 2022, proposto da OMISSIS- rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Zarone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Marzano Appio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Di Benedetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

1. ordinanza n° 5 - Gen. 6 emessa dal Sindaco del Comune di Marzano Appio (CE) il 29 marzo 2022, notificata a mani il 29 marzo 2022;
2. ordinanza n° 6 Gen. 8 emessa dal Sindaco del Comune di Marzano Appio (CE) il 03 maggio 2022 e notificata a mani il 03 maggio 2022 e 3. di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Marzano Appio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2023 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il presente gravame, l'odierna ricorrente ha dedotto in fatto le seguenti circostanze:

di essere proprietaria del fondo sito in agro del Comune di Marzano Appio (CE), riportato in catasto al Foglio n° 25, p. lla n° 5028 (ex 335), pervenute per compravendita per Notar Dott. Luigi Ronza da Caserta del 10 novembre 1997, Rep. n° 64518 - Raccolta n° 16485;

che il fondo di quo confinava con altro fondo (p. lla n° 5005, Foglio n° 25) su cui insisteva il campo sportivo comunale, gestito dal Comune di Marzano Appio (CE);

che su tale ultimo fondo era presente una vera e propria discarica a cielo aperto, come evincibile da rilievi fotografici esibiti, ritraenti materiali di risulta, rifiuti ed oggetti della più disparata natura ivi depositati, come peraltro dalla stessa ricorrente denunciato con esposto datato 20 novembre 2021, indirizzato il 18 dicembre 2021 al

Nucleo Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente di Napoli;

tuttavia, a seguito dell'accertamento condotto dalla polizia giudiziaria sull'indicato fondo e previa comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della Legge 241/1990 e s.m.i., per l'adozione dei provvedimenti, ai sensi dell'art. 192 del D. Lgs. 152/2006 e s.m.i., finalizzati alla rimozione, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, il resistente Comune le aveva notificato le impugnate ordinanze sindacali, ordinandole, in qualità di proprietaria/possessore del fondo, di procedere a propria cura e spese, entro e non oltre il termine di sessanta giorni, alla rimozione, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani e speciali, pericolosi e non pericolosi, previa caratterizzazione materica opportunamente documentata e redatta da tecnico abilitato.

Avverso tali ordinanze è insorta l'odierna ricorrente, censurandone l'illegittimità in quanto adottate con eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto per l'adozione dell'ordinanza sindacale ex art. 192 D.lgs. n. 152/2006, in assenza di qualsiasi accertamento in ordine alla responsabilità imputabile a titolo di dolo o colpa in capo alla ricorrente.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale, contestando la fondatezza della prospettazione censoria.

Accolta la domanda cautelare con ordinanza collegiale n. 1387/2022, la causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 21 febbraio 2023.

2.- Il ricorso introduttivo è fondato e dev'essere accolto, assumendo portata decisiva ed assorbente la doglianza di insufficienza dell'istruttoria e della motivazione in relazione all'imposizione a carico della ricorrente degli interventi di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica e di caratterizzazione dei rifiuti rinvenuti sul fondo di sua proprietà.

In proposito, costituisce *jus receptum* l'orientamento a mente del quale, quando un fenomeno di inquinamento non è ascrivibile alla sfera di azione del proprietario medesimo, va escluso il coinvolgimento coattivo del proprietario dell'area inquinata, nelle attività di rimozione, prevenzione e messa in sicurezza di emergenza: al più tale soggetto potrà essere chiamato, nel caso, a rispondere sul piano patrimoniale e a tale titolo potrà essere tenuto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi, secondo quanto desumibile dal contenuto dell'art. 253 del codice dell'ambiente (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 novembre 2016, n. 4647 e 16 luglio 2015, n. 3544).

La questione centrale da dirimere involgente la presente controversia attiene, dunque, al se il proprietario di un'area inquinata, non responsabile dell'inquinamento, sia tenuto agli oneri di bonifica per come imposti dalla amministrazione pubblica ovvero abbia una mera facoltà di eseguirli pena, altrimenti, l'esecuzione d'ufficio degli stessi da parte della amministrazione procedente e con responsabilità, in tal caso, solo patrimoniale del proprietario (nei limiti del valore venale del bene all'esito degli interventi di riqualificazione ambientale).

2.1.- È pacifico in atti che la odierna ricorrente è soltanto proprietaria del fondo oggetto dell'accertata attività illecita di abbandono di rifiuti, non avendo l'amministrazione resistente svolto una specifica istruttoria al precipuo scopo, da un lato, di accertare il concorso, anche in minima misura, della ricorrente in ordine alla causazione del rilevato fenomeno inquinante e, dall'altro, di confutare la tesi, da quest'ultima sostenuta, circa l'addebitabilità a terzi della summenzionata condotta illecita. Peraltro, nella stessa motivazione dell'impugnata ordinanza è espressamente ammesso il fallimento dell'attività svolta al fine di individuare i responsabili dell'incriminato sversamento.

È noto che il d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (Codice dell'ambiente) abbia confermato la scelta (già presente nella pregressa disciplina della materia contenuta nel citato art. 17

del d. lgs. n. 22 del 1997) afferente l'allocazione del titolo di responsabilità e delle conseguenze sul piano degli oneri di riparazione del danno proprio nel senso anzidetto, cioè della responsabilità solo patrimoniale del proprietario non responsabile, nei limiti stabiliti dalla norma, salvi gli oneri relativi agli interventi di urgenza e salva la facoltà di eseguire spontaneamente gli interventi di bonifica ambientale.

In particolare, può dirsi, in estrema sintesi, che dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 152/2006 (in particolare, nel Titolo V della Parte IV) possono ricavarsi le seguenti regole:

1) il proprietario, ai sensi dell'art. 245, comma 2, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. 1), ovvero "le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia";

2) gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano esclusivamente sul responsabile della contaminazione, cioè sul soggetto al quale sia imputabile, almeno sotto il profilo oggettivo, l'inquinamento (art. 244, comma 2);

3) se il responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito o altro soggetto interessato), gli interventi che risultassero necessari sono adottati dalla p.a. competente (art. 244, comma 4);

4) le spese sostenute per effettuare tali interventi potranno essere recuperate, sulla base di un motivato provvedimento (che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità), agendo piuttosto in rivalsa verso il proprietario, che risponderà nei limiti del valore di mercato del sito a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi (art. 253, comma 4);

5) a garanzia di tale diritto di rivalsa, il sito è gravato di un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare (art. 253, comma 2).

La scelta del legislatore nazionale, desumibile dall'applicazione delle richiamate regole, è stata adottata in applicazione, nel nostro ordinamento, del principio comunitario "chi inquina paga", ormai confluito in una specifica disposizione (art. 191) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nel quale rientra come uno degli obiettivi principali sui quali si basa l'azione europea in materia ambientale ed in attuazione della direttiva 2004/35/CE.

Tale sistema normativo, che, come anticipato, ripete lo stesso schema dispositivo già contenuto nell'art. 17 del d.lgs. n. 22 del 1997, è stato tuttavia sottoposto a critica da una parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa, che vi ha ravvisato dei possibili profili di incompatibilità con i principi comunitari di precauzione, di prevenzione e di correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente. In particolare ci si è chiesti se la normativa comunitaria ed i principi dalla stessa desumibili siano compatibili con un sistema incentrato su un significativo innalzamento della soglia di tutela ambientale quante volte l'incertezza nella individuazione del nesso di causalità tra condotta e danno da inquinamento ambientale ed il ritardo nell'accertamento delle responsabilità (anche a fronte di evidenze scientifiche malcerte) potrebbe determinare rischi irreversibili alla salute o all'ambiente. In tali casi, ci si è chiesti se il proprietario dell'area inquinata, il quale utilizza il sito per l'esercizio della sua attività d'impresa, non possa essere chiamato a compiere gli interventi di ripristino ambientale a titolo di responsabilità oggettiva, per la relazione speciale con la cosa immobile strumentale all'esercizio della sua attività, ed anche in ragione degli oneri di custodia e di particolare diligenza esigibili nei confronti del titolare di beni suscettibili, oggettivamente, di arrecare danno ad interessi particolarmente sensibili.

In particolare, di tali considerazioni critiche rispetto all'impianto normativo recato dal Codice dell'ambiente si è fatta carico l'Adunanza plenaria che, con l'ordinanza 25 settembre 2013 n. 21, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa:

“se i principi dell'Unione europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla direttiva 2004/35/U.e. del 21 aprile 2004 (articoli 1 ed 8 n. 3; 13° e 24° considerando) - in particolare, il principio per cui “chi inquina, paga”, il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio della correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente - ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244,245 e 253 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e d'impossibilità d'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa d'imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica”.

L'interpretazione prospettata dall'Adunanza plenaria si faceva carico, in definitiva, di superare alcune criticità insorte dall'esame di una pluralità di casi, in cui il responsabile dell'inquinamento risultava nella maggior parte dei casi irreperibile per avere, con operazioni negoziali di sospetta portata elusiva, alienato la cosa inquinata, mentre il nuovo proprietario trovava proprio nelle richiamate disposizioni inerenti alla limitazione della sua responsabilità (essendo ammessa solo una responsabilità di tipo patrimoniale correlata al valore commerciale del cespite) un commodus discessus per liberarsi dei ben più gravosi oneri economici connessi alla integrale bonifica del sito.

Con la sentenza del 4 marzo 2015 (resa nella causa C-534/13), la Corte di Lussemburgo ha confermato il proprio orientamento (già espresso nella sentenza 9 marzo 2010, C- 378/08), non diverso da quello preponderante emerso nell'ordinamento italiano e richiamato dalla stessa ordinanza di rinvio dell'Adunanza plenaria, secondo cui “la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale (...) la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi”.

Del resto, la stessa sentenza della Corte di Lussemburgo ricorda come il diritto dell'Unione non è di ostacolo ad una normativa nazionale che non consenta di imporre misure riparatorie al proprietario del sito non responsabile dell'inquinamento, di tal che la pronuncia non riguarda soltanto le disposizioni particolari del Codice dell'ambiente applicabili in quel giudizio (che vengono utilizzate in quanto poste a base della controversia davanti al giudice a quo) ma si riferisce evidentemente a tutte le disposizioni nazionali, antecedenti o susseguenti a quelle scrutinate, che siano ispirate al medesimo criterio di riparto della responsabilità e degli oneri consequenziali tra il proprietario del sito inquinato ed il responsabile dell'inquinamento.

Infine, come da ultimo chiarito dalle Sezioni Unite (Cassazione civile sez. un., 01/02/2023, n. 3077) le misure di messa in sicurezza, non esigibili dal proprietario, consistono in ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle

condizioni di emergenza in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente. Le misure di prevenzione, viceversa, sono definite come le iniziative per contrastare un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l'ambiente, intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia; inoltre, con riguardo allo stato di conservazione di una specie, anche l'art. 302 comma 8 cod. amb., nel riprendere più da vicino la nozione di misure di prevenzione, le ridefinisce come quelle prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno. La non assimilabilità delle m.i.s.e. alle misure di prevenzione, nonostante anche le prime possano materialmente assolvere ad una finalità di contenimento del danno ambientale, sembra allora e con evidenza correlarsi al fatto che solo le seconde implicano un danno ancora non presente, su tale senso convergendo le formule della minaccia imminente, il rischio sufficientemente probabile, lo scenario di un futuro prossimo, insieme alle nozioni di impedimento al realizzarsi della minaccia.

2.2.- Ciò detto, vale osservare che, nel caso di specie, non avendo l'amministrazione comunale, mediante dei puntuali riscontri probatori acquisiti all'esito di una compiuta istruttoria, determinato in capo alla ricorrente la responsabilità dell'inquinamento del fondo, la stessa ricorrente non è tenuta ad eseguire la caratterizzazione dell'area e la sua bonifica, secondo le prescrizioni imposte dall'amministrazione.

Invero, nel caso in questione, nella stessa motivazione corredante l'impugnata ordinanza si è dato atto dell'impossibilità di individuare tutti i responsabili dell'inquinamento del fondo in oggetto, non risultando, pertanto, accertata la responsabilità della ricorrente in ordine alla genesi ovvero all'aggravamento dell'inquinamento del sito, neppure sotto il profilo del nesso di causalità tra la predetta situazione di inquinamento ed una sua condotta omissiva, cosicché, allo stato, la posizione della ricorrente non può essere assimilata a quella dell'operatore "responsabile dell'inquinamento".

Non assume a tal fine rilevanza l'omessa recinzione del fondo de quo, poiché la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che "in virtù dell'art. 192, d.lgs. n. 152/2006, l'obbligo di rimozione dei rifiuti grava in via principale sull'inquinatore e, in solido, sul proprietario del terreno e sui titolari di diritti reali o personali di godimento dell'area, qualora a costoro sia imputabile una condotta dolosa o colposa, da accertarsi previo contraddittorio, secondo il principio di matrice eurolunitaria in materia ambientale per cui "chi inquina paga". La disposizione in questione è, infatti, chiara nell'imporre, in via solidale, le conseguenze ripristinatorie della condotta lesiva dell'ambiente anche al proprietario nell'eventualità in cui quest'ultimo si sia reso colpevole di inidonea vigilanza sui beni interessati dall'abbandono dei rifiuti. Ciò implica l'insufficienza della sola titolarità del diritto reale o di godimento sulle aree interessate, richiedendo, invece, il legislatore l'accertamento della sussistenza dell'elemento psicologico in ordine ai fatti contestati" (ex multis, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 11 febbraio 2022, n. 91). Ne consegue che, in linea generale, prima di ordinare la rimozione dei rifiuti abbandonati ed il ripristino dello stato dei luoghi, il Comune è tenuto ad accertare che il proprietario "non responsabile" dell'abbandono abbia tenuto una condotta quanto meno colposa, con la precisazione che, ai fini dell'accertamento de quo, l'omessa recinzione del fondo inquinato non costituisce ex se un indice di negligenza, posto che "nel nostro sistema (art. 841 c.c.) la recinzione è una facoltà (ossia un agere licere) del dominus: come tale, la scelta di non fruirne non può tradursi in un fatto colposo (art. 1127, com-

ma primo, c.c.) ovvero in un onere di ordinaria diligenza (art. 1227, comma secondo, c.c.), che circoscrive (recte, elide) il diritto al risarcimento del danno” (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 7657).

Detti principi, come sopra detto, sono stati precisati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3 del 26 gennaio 2021) che, nell'affrontare la problematica riguardante gli obblighi di carattere ambientale che fanno capo al curatore fallimentare, dopo aver preso atto che quest'ultimo non è avente causa del fallito, ha sancito che egli deve essere qualificato “detentore dei rifiuti” e, come tale, è obbligato a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero.

La Plenaria ha, infatti, evidenziato che l'art. 14, paragrafo 1, della direttiva n. 2008/98/CE, secondo cui, in base al principio chi “inquina paga”, i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti, fra l'altro, “dai detentori del momento”, appare idoneo a sussumere sia la figura del detentore dei rifiuti sia quella del detentore del fondo sul quale i rifiuti sono stati abbandonati (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 gennaio 2021, n. 3), con la conseguenza che “solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può, in definitiva, invocare la cd. “esimente interna” prevista dall'art. 192, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006” (Consiglio di Stato, adunanza plenaria 3/21 cit.).

Tale decisione è stata, poi, approfondita da successive pronunce che, con specifico riferimento alla possibilità di addossare all'acquirente di un fondo già inquinato (o già oggetto di abbandono rifiuti) l'obbligo di provvedere alla bonifica o alla rimozione di quanto in esso depositato, hanno affermato che “la normativa nazionale deve essere interpretata in chiave europea e in maniera compatibile con canoni di assoluto rigore a tutela dell'ambiente. Nella sostanza, la sentenza della Adunanza Plenaria n. 3 del 2021 ha incentrato la tutela dell'ambiente intorno al fondamentale cardine della responsabilità del proprietario in chiave dinamica, ossia nel senso di ritenere responsabile degli oneri di bonifica e di riduzione in pristino anche il soggetto non direttamente responsabile della produzione del rifiuto, il quale sia tuttavia divenuto proprietario e detentore dell'area o del sito in cui è presente, per esservi stato in precedenza depositato, stoccato o anche semplicemente abbandonato, il rifiuto in questione. La responsabilità del proprietario del sito, in tal caso, non rinviene necessariamente la propria causa nel cd. fattore della produzione, bensì anche, eventualmente, in quello della detenzione o del possesso (corrispondenti, rispettivamente, al contenuto di un diritto personale o reale di godimento) dell'area sulla quale è oggettivamente presente il rifiuto, dal momento che grava su colui che è in relazione con la cosa l'obbligo di attivarsi per fare in modo che la cosa medesima non rappresenti più un danno o un pericolo di danno (o anche di aggravamento di un danno già prodotto)” (ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2021, n. 4383).

Sulla scorta della giurisprudenza amministrativa ormai maggioritaria non può neppure sostenersi che il carattere eminentemente cautelare (e non anche *latu sensu* sanzionatorio) delle prescrizioni impartite non contrasterebbe con (ma anzi risulterebbe imposta dal)l'applicazione del principio “chi inquina paga” in forza del principio di precauzione. Va in proposito osservato che la direttiva 2004/35/CE (la quale declina in puntuali statuizioni i richiamati principi comunitari e fornisce indici ermeneutici di grande rilievo sistematico) non opera alcuna distinzione, per quanto riguarda la necessaria sussistenza del nesso eziologico in punto di causazione del danno, fra le misure di prevenzione e le misure di riparazione di cui all'articolo 2, punti 10 e 11. Al contrario, in entrambi i casi, l'insussistenza di un nesso eziologico fra la condotta dell'operatore e l'evento dannoso vale ad escludere qualsiasi conseguenza a suo carico, sia per ciò che riguarda le misure di prevenzione, sia per quanto riguarda le misure di riparazione in senso proprio.

Poiché, dunque, gli interventi di messa in sicurezza di emergenza consistono, a norma dell'art. 2 del D.M. Ambiente n. 471/99, nella rimozione delle fonti inquinanti e l'esecuzione delle opere di ripristino, di presidio e di caratterizzazione, secondo quanto prescritto dall'art. 242 del d.lgs. n. 152/2006, e gli stessi devono essere posti a carico del soggetto che inquina, i provvedimenti impugnati – nella parte in cui ingiungono tali adempimenti alla ricorrente - devono essere annullati.

Nell'ipotesi di mancata individuazione del responsabile, o di mancata esecuzione degli interventi in esame da parte sua, e sempreché non provvedano spontaneamente né il proprietario del sito, né altri soggetti interessati, le opere di recupero ambientale devono essere eseguite dall'Amministrazione competente (art. 250 D. Lgs. n. 152/2006), che potrà poi rivalersi, testualmente, esclusivamente sul proprietario del sito, nei limiti del valore dell'area bonificata, anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi (art. 253 decreto citato).

La ratio che ha indotto la giurisprudenza a ritenere applicabile anche al detentore qualificato del bene l'onere di adoperarsi preventivamente per la messa in sicurezza del sito non è, ad avviso del Collegio, tale da giustificare l'estensione al mero detentore del bene – anche qualora fosse titolare di un diritto reale dello stesso sull'area - della ripetizione dei costi per la messa in sicurezza.

Del resto, mentre l'art. 245 del d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), quanto alle procedure per gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale, fa riferimento, in generale, agli "interessati non responsabili" e fa riferimento espresso tanto al proprietario del bene quanto al gestore dell'area, l'art. 243 del medesimo d.lgs., quanto al recupero delle spese sostenute in danno, prevede che la rivalsa - non a caso assistita da onere reale e privilegio speciale - possa essere esperita esclusivamente a carico del proprietario del bene, il quale soltanto, a sua volta, "ha diritto di rivalersi nei confronti del responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute e per l'eventuale maggior danno subito".

Tale disposizione deve essere quindi interpretata nel senso che, in caso di accertata contaminazione di un sito e di impossibilità di ottenere dal soggetto responsabile interventi di riparazione, la Pubblica Amministrazione competente può richiedere esclusivamente al proprietario del suolo il rimborso delle spese sostenute per effettuare la bonifica, limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica (T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. III, Sent., 22/02/2017, n. 325), anche esercitando, ove la rivalsa non vada a buon fine, le garanzie gravanti sul terreno oggetto dei medesimi interventi (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, 13/06/2017, n. 1326) che, evidentemente, non potrebbero essere esercitate nei confronti del semplice concessionario dell'area.

Peraltro, come più volte indicato dalla giurisprudenza, le spese sostenute per effettuare gli interventi di bonifica potranno essere recuperate (dal proprietario) solo previo motivato provvedimento, adottato nel rispetto dell'art. 7 della legge n. 241/90, il quale giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero quella di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità (Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 10/09/2015, n. 4225).

La ricorrente, in qualità di proprietaria dell'area, sarà, sempreché gli interventi di bonifica dovessero riguardare il fondo di sua proprietà, responsabile esclusivamente sul piano patrimoniale e a tal titolo sarà tenuta, ove occorra, al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito determinato dopo l'esecuzione di tali interventi, secondo quanto desumibile dalla disciplina vigente come sopra interpretata.

In conclusione, il ricorso dev'essere accolto, con conseguente annullamento, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, dell'impugnato provvedimento.

4.- Per la complessità delle questioni trattate, caratterizzate, nel corso degli anni, da una rilevante evoluzione normativa e giurisprudenziale da ultimo segnata dall'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, le spese di giudizio possono essere compensate, per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie; spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Fabio Maffei

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

Pubblicato il 06/03/2023

N. 00735/2023 REG. PROV. COLL.
N. 01100/2013 REG. RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1100 del 2013, proposto da Curatela del Fallimento -OMISSIS-. in liquidazione, in persona del curatore, rappresentata e difesa - in virtù di provvedimento del G.D. del Tribunale di Palermo, sez. fallimentare, del 23 marzo 2022 - dall'avvocato Giuliana Ardito, con domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC giulianaardito@pec.it;

contro

Comune di Milazzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Rugolo, con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensiva

dell'ordinanza di ingiunzione a demolire n. 1/13 del 24 gennaio 2013, notificata alla ricorrente in data 4 febbraio 2013 con la quale si ingiunge di demolire, entro il termine di 90 giorni dalla notifica, l'immobile sito in Milazzo, contrada -OMISSIS- s.n.c. identificato al N.C.E.U. del predetto Comune al foglio -OMISSIS-, particelle -OMISSIS-05 e 2007 e di tutti gli atti presupposti e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milazzo;

Visto l'atto di costituzione per prosecuzione del giudizio della Curatela del Fallimento -OMISSIS-. in liquidazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza straordinaria dedicata allo smaltimento dell'arretrato del giorno 13 febbraio 2023, svoltasi con le modalità di cui all'art. 87, comma 4-*bis*, cod. proc. amm. (novellato dall'art. 17, comma 7, lett. a), n. 6, del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113), il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e uditi per le parti i difensori presenti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 8 aprile 2013 e depositato in data 7 maggio 2013 -OMISSIS-. ha rappresentato quanto segue.

Il Tribunale di Palermo - Sezione Misure di Prevenzione, con decreto 22-23 dicem-

bre 2011 ha disposto, ai sensi degli artt. 20 e ss. del D.lgs. n. 159/2011, la misura del sequestro dell'intero capitale sociale e del relativo compendio aziendale della -OMISSIS-, con sede in Milazzo, nominando a tal uopo l'avvocato Andrea Aiello quale amministratore giudiziario.

In virtù dell'investitura ricevuta nei primi giorni di gennaio 20-OMISSIS-, l'amministratore giudiziario avvocato Aiello ha dato corso alle operazioni di ricognizione dei beni aziendali e delle relative attività in essere della società ricorrente e, relativamente alla sede, è emerso che l'immobile identificato al catasto del Comune di Milazzo, al foglio -OMISSIS-, particelle -OMISSIS-05 e 2007, era stato edificato in terreno agricolo zona "E" e che in data 24 gennaio 2007 il precedente amministratore aveva chiesto ed ottenuto, specificatamente il 13 giugno 2008, concessione edilizia n. 86 per la realizzazione, sulla predetta area, di un fabbricato rustico di servizio ad una elevazione fuori terra ed un piano seminterrato.

Al momento del sequestro il fabbricato in questione risultava ultimato in tutte le sue parti e ampiamente utilizzato dalla società, non soltanto per lo svolgimento dell'attività economica, ma anche per le esigenze abitative del precedente legale rappresentante, sig.ra -OMISSIS-; l'immobile, infatti, è allo stato costituito da una palazzina di tre piani, di cui uno seminterrato, utilizzata per le esigenze abitative della sig.ra -OMISSIS- per il piano secondo e, per l'attività aziendale della -OMISSIS-, per il piano primo ed il seminterrato.

Al momento del sequestro, inoltre, lo stesso immobile non risultava ancora censito al N.C.E.U., e quello che più conta era ed è manifesta difformità dell'edificio dall'anzidetta concessione edilizia.

L'amministratore giudiziario ha quindi proposto al giudice delegato alla misura di prevenzione di valutare l'opportunità - nonché la fattibilità - di chiedere il rilascio di una concessione in sanatoria invocando altresì con urgenza lo spostamento della sede da Milazzo a Palermo (come poi è avvenuto) al fine di interrompere con sollecitudine l'uso abitativo che sino ad allora veniva fatto.

Con ordinanza n. 1 del 24 gennaio 2013 - avversata con il ricorso in epigrafe - il Comune di Milazzo - 2° Ufficio di Staff "Politica del Territorio" ha ingiunto alla -OMISSIS-, in persona dell'amministratore giudiziario, di demolire, entro il termine di 90 giorni dalla notifica del provvedimento, le opere edilizie realizzate abusivamente in assenza di concessione edilizia.

1.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Milazzo chiedendo di respingere la domanda cautelare e di dichiarare inammissibile, infondato e comunque di rigettare il ricorso.

1.2. Con ordinanza 4 giugno 2013, n. 528 è stata respinta la domanda cautelare.

1.3. Con atto di costituzione per prosecuzione del giudizio notificato in data 17 giugno 2022 e depositato in data 20 giugno 2022 la Curatela del Fallimento -OMISSIS- in liquidazione ha insistito in tutte le domande già avanzate con il ricorso introduttivo.

1.4. In data 19 luglio 2022 la Curatela del Fallimento -OMISSIS- in liquidazione ha depositato istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato ai sensi del D.P.R. n. 115/2020; con decreto 28 settembre 2022, n. 160 la Commissione per il patrocinio a spese dello Stato ha accolto l'istanza.

1.5. All'udienza straordinaria dedicata allo smaltimento dell'arretrato del giorno 13 febbraio 2023, come da verbale, il difensore della parte ricorrente ha insistito sui motivi già proposti negli scritti difensivi, mentre il difensore del Comune resistente si è riportato agli atti ribadendo le proprie conclusioni. Terminata la discussione fra le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio prescinde dall'esame dell'eccezione di rito - di tardi-

va proposizione del ricorso introduttivo - frapposta dal Comune resistente, in ragione dell'infondatezza del gravame.

2. Con il primo motivo di ricorso sono stati dedotti i vizi di *Difetto di legittimazione passiva. Violazione dell'art. 31, commi 2 e 3 del DPR 380/01.*

Per la parte ricorrente, in sintesi, legittimato passivo all'ordinanza di ingiunzione a demolire è il proprietario ed il responsabile dell'abuso; la giurisprudenza ha poi precisato - confortata dalla Corte Costituzionale, sentenza n. 345 del 15 luglio 1991 - che il proprietario è legittimato passivo indipendentemente dall'essere o meno estraneo alla realizzazione dell'abuso: infatti, l'estraneità del proprietario (cui è diretta l'ordinanza di demolizione) agli abusi edilizi commessi sul bene di cui abbia la piena ed esclusiva disponibilità (ed anche se commessi anteriormente al suo acquisto dal precedente proprietario) non implica l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di riduzione in pristino dello stato dei luoghi.

Ne consegue, per la deducente, che è solo l'attuale proprietario del bene abusivo il soggetto legittimato passivamente ad ottemperare all'ordinanza, ovvero il responsabile dell'abuso edilizio, e non l'amministratore giudiziario che in quanto tale non ha alcun diritto reale sul bene abusivamente realizzato; l'amministratore giudiziario, infatti, nella qualità di mero esecutore delle direttive del giudice delegato, non può in alcun modo essere definito proprietario o comunque titolare dei beni sottoposti a sequestro preventivo.

Inoltre, argomenta la ricorrente, l'ordinanza di ingiunzione impugnata non reca la notifica del suddetto provvedimento al responsabile dell'abuso - sig.ra -OMISSIS- nella qualità di precedente rappresentante legale della -OMISSIS-, peraltro qualificata dallo stesso provvedimento proprietaria dell'immobile (cfr. pag. 2) - così come previsto dall'art. 31, comma 2, D.P.R. n. 380/2001.

Infine, osserva la parte ricorrente, a fronte di un abuso realizzato nel 2008 il Comune di Milazzo ha effettuato il sopralluogo solo nel dicembre del 20-OMISSIS- - in costanza di amministrazione giudiziaria - con emissione dell'ordine di demolizione nel gennaio 2013.

2.1. Il motivo è infondato.

Come si ricava nell'ordinanza avversata la concessione edilizia n. 86/08 del 13 giugno 2008 - per la realizzazione del fabbricato oggetto della contestata misura repressiva - è stata rilasciata alla -OMISSIS-, in persona dell'amministratore unico; lo stesso provvedimento impugnato ha rivolto l'ingiunzione di demolizione alla -OMISSIS-, in persona dell'amministratore giudiziario.

Orbene, come di recente chiarito dalla giurisprudenza, ai sensi dell'art. 31 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 la demolizione o la rimozione dell'opera abusiva va ingiunta "al proprietario e al responsabile dell'abuso", e non è previsto uno sdoppiamento della responsabilità per il caso in cui essa sia ascrivibile ad una persona giuridica: l'illecito amministrativo che si estrinseca nella realizzazione di opere edilizie abusive non è tipizzato quale illecito del quale deve rispondere, a titolo personale, anche, o solo, il legale rappresentante della persona giuridica alla quale l'opera abusiva debba essere imputata; di conseguenza, quando il soggetto responsabile dell'abuso sia da individuare in una persona giuridica, sarà a quest'ultima che deve essere indirizzata l'ingiunzione di rimozione o demolizione, e non già, a titolo personale, al legale rappresentante di questa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2022, n. 5031).

Nella vicenda in esame, l'Amministrazione comunale resistente ha individuato quale soggetto responsabile dell'abuso la stessa -OMISSIS-. alla quale, pertanto, in piena aderenza al dettato normativo, è stata indirizzata l'avversata ordinanza di demolizione.

L'ingiunzione di demolizione non è stata rivolta, invece, a titolo personale all'am-

ministratore giudiziario della compagine societaria ricorrente.

Inoltre, la circostanza dell'intervenuto mutamento della persona dell'amministratore - dall'amministratore unico sig.ra -OMISSIS- all'amministratore giudiziario avvocato Andrea Aiello - è irrilevante ai fini di interesse, in ragione del già evidenziato presupposto dell'individuazione - quale soggetto responsabile dell'abuso - della persona giuridica -OMISSIS-..

Il riferimento, nel provvedimento impugnato, alla sig.ra -OMISSIS- quale "proprietaria" appare verosimilmente un *lapsus calami*, e comunque non risulta né allegato né dimostrato dalla parte ricorrente che l'immobile in questione non è di proprietà della -OMISSIS-..

Infine, la circostanza che a fronte dell'abuso del 2008 il sopralluogo è stato effettuato dal Comune di Milazzo solo nel dicembre 20-OMISSIS- (con emissione della misura demolitoria nel gennaio 2013) non inficia la validità dell'ordinanza impugnata: invero, la repressione degli abusi edilizi è, per giurisprudenza costante, attività vincolata, che prescinde del tutto dall'epoca di realizzazione e dallo stesso momento di verifica dei medesimi (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 17 novembre 2020, n. 1702).

3. Con il secondo motivo sono stati dedotti i vizi di *Violazione di legge. Violazione dell'art. 321 c.p. nonché degli artt. 20, comma 1, 34, comma 9 e 40 comma 3, del D.lgs. 159/2011.*

La parte ricorrente, in sintesi, ha innanzitutto tracciato le caratteristiche salienti dell'istituto del sequestro preventivo, il cui profilo peculiare è quello di impedire che una cosa pertinente al reato possa essere utilizzata per estendere nel tempo o in intensità le conseguenze del crimine o per agevolare il compimento di altri reati.

Per l'esponente, dunque, le superiori considerazioni danno certezza del fatto che l'immobile su cui grava il provvedimento impugnato è allo stato imm modificabile: l'ordinanza di demolizione, infatti, qualora fosse ottemperata dall'amministratore giudiziario nominato, avrebbe come palese conseguenza la violazione del predetto vincolo di indisponibilità e consequenziale configurazione del reato di cui all'art. 349 c.p.; né, a ben vedere, la presenza del provvedimento di sequestro che qui occupa risulta compatibile in linea di principio con il provvedimento di ingiunzione a demolire, essendo opinione costante in giurisprudenza penale e amministrativa che il sequestro preventivo non osta di per sé alla emanazione del provvedimento di ingiunzione adottato dal Comune ex art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, ma l'ordinanza di demolizione può ritenersi legittimamente emanata solo nell'ipotesi in cui il provvedimento di prevenzione sia strumentale all'abuso edilizio per il quale si chiede la condanna a demolire.

Invero, osserva la deducente, il provvedimento di cui all'art. 321 c.p. e quello di cui all'art. 31 del D.P.R. 380/2001 possono coesistere ma la loro coesistenza è in ogni caso disciplinata dalla competente autorità giudiziaria penale, alla quale spetta il compito di ponderare le esigenze cautelari con l'esigenza di ripristino dello stato dei luoghi, talché solo l'istanza di dissequestro negata può rilevare come scriminante nei riguardi dell'autore dell'abuso edilizio che non ottemperi all'ordine del Comune.

In sostanza, per l'esponente, il Comune ove ha sede l'immobile abusivo e sottoposto a sequestro preventivo dall'Autorità penale a causa della sua abusività può legittimamente emettere l'ordinanza di demolizione se, in sede penale, venga accertato che l'esigenza di ripristino e tutela del territorio sia preponderante rispetto a quella della temporanea imm modificabilità dei luoghi ai fini preventivi. Nel caso che qui occupa, invece, il sequestro preventivo ex art. 321 c.p. dell'immobile abusivo non è stato disposto dal giudice penale a seguito della realizzazione dell'opera abusiva e a seguito dell'accertamento previsto dall'art. 44 del D.P.R. 380/2001, ma dal Tribunale di Palermo-sez. Misure di prevenzione nell'ambito del procedimento penale di applicazione delle misure di prevenzione a carico dei sigg.ri -OMISSIS- e -OMISSIS- e

della -OMISSIS-. con finalità precipua non tanto di tutela dell'ambiente e delle norme in materia di urbanistica ed edilizia, ma di prevenzione dei reati di associazione a delinquere di stampo mafioso (al fine di evitare che nelle more dell'accertamento della colpevolezza o meno degli imputati lo stesso immobile possa continuare ad essere utilizzato come possibile ed eventuale frutto dell'attività illecita o per il suo reimpiego). Osserva la deducente che, nell'ipotesi di accertamento positivo delle fattispecie di reato, l'immobile *de quo* verrà acquisito alla titolarità dello Stato mentre, in caso contrario, tornerà nella disponibilità dei legittimi proprietari che, peraltro, in quanto autori dell'abuso edilizio risponderanno all'ordine di ingiunzione.

In questo momento, argomenta la parte ricorrente, l'immodificabilità impressa dal sequestro preventivo rende illegittima qualsiasi statuizione modificativa dello stato dei luoghi e della consistenza del patrimonio sequestrato: ne consegue che l'ordinanza di ingiunzione a demolire (intervenuta dopo 5 anni dall'abuso e in costanza di amministrazione giudiziaria) risulta illegittima poiché adottata in violazione del combinato disposto di cui all'art. 321 c.p. e 20, comma 1, D.lgs. 159/2011.

Per l'esponente, infatti, ben diverse sono le finalità - e soprattutto il bene giuridico tutelato - nel caso di sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.* eseguito in combinato disposto con gli artt. 20, comma 1, e 34 comma 9, del D.lgs. 159/2011: le norme contenute nel c.d. codice antimafia mirano, infatti, a imprimere ai beni della persona sottoposta a procedimento penale per i reati di cui agli artt. 416-bis c.p. un vincolo di indisponibilità allorché si ha motivo - sulla base di sufficienti indizi - di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (cfr. art. 20, comma 1).

Tale vincolo è imprimevole anche sui beni connessi ad attività economiche quando, a seguito degli accertamenti di cui all'art. 19 del D.lgs. 159/2011, ricorrono sufficienti indizi per ritenere che l'esercizio delle sopradette attività (comprese quelle imprenditoriali), sia direttamente che indirettamente, possa comunque agevolare l'attività delle persone sottoposte a procedimento penale o ai suoi familiari; in tal caso il Tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei predetti beni (art. 34 commi 1 e 2). Se poi vi è concreto pericolo che i beni sottoposti all'amministrazione giudiziaria vengano dispersi, sottratti o alienati, il Procuratore della Repubblica, il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia o il Questore possono chiedere al Tribunale di disporre il sequestro (art. 34, comma 9).

Dall'esame dell'impianto normativo dettato dal c.d. codice antimafia del 2011, argomenta la deducente, emerge che in presenza di sufficienti indizi di reità su persone sottoposte a procedimento penale per i reati stabiliti dall'art. 416-bis c.p. le autorità preposte possono disporre, nelle forme dell'art. 321 c.p., il sequestro dei beni personali, nonché dei beni connessi ad attività commerciali ed imprenditoriali che possono costituire il frutto dell'attività illecita o del suo reimpiego; a tal fine le suddette norme mirano a tutelare un interesse pubblico primario evitando che i reati di cui all'art. 416-bis c.p., vengano portati ad ulteriori conseguenze qualora i beni non vengano temporaneamente sequestrati o le aziende vengano lasciate nel libero esercizio delle loro attività.

Ed infatti, per l'esponente, ulteriore finalità del codice antimafia è quella - una volta accertato con sentenza definitiva in sede penale che il bene sequestrato è frutto dell'attività illecita - di apprenderlo alla titolarità definitiva dello Stato con lo strumento della confisca e l'ottemperanza all'ingiunzione di demolizione frusterebbe la *ratio* della normativa antimafia: sottrarrebbe il bene sequestrato alla disponibilità temporanea dello Stato e a quella eventualmente definitiva, con evidente danno economico al patrimonio statale, ponendosi di conseguenza in evidente contrasto con le norme del codice antimafia.

Ulteriore profilo di illegittimità, per la parte ricorrente, risiede nella violazione dell'art. 40 del D.lgs 159/2011 che disciplina la gestione dei beni sequestrati affidando al giudice delegato alla misura di prevenzione ed al nominato amministratore giudiziario la *gestio* dei beni sequestrati.

Il primo, infatti, impartisce al secondo le direttive generali della gestione che dev'essere svolta sotto il rigido controllo del giudice delegato; l'amministratore giudiziario, infatti, nella gestione dei beni non può stare in giudizio, né contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare immobili, compiere atti di straordinaria amministrazione anche a tutela dei diritti dei terzi senza autorizzazione scritta del giudice delegato.

Anche l'ipotetica ottemperanza all'ordine di demolizione, per la deducente, violerebbe la "competenza esclusiva" di cui gode il giudice penale delegato alla misura di prevenzione, solo organo deputato alla gestione del bene sequestrato sino a quando è pendente il procedimento penale.

In conclusione, per il deducente, solo all'esito del predetto procedimento che accerti la mancanza dei presupposti di cui agli artt. 20 e ss. del D.lgs. 159/2011, con conseguenziale dissequestro del bene e restituzione dello stesso agli aventi diritto (ai legittimi proprietari), si potrà ottemperare all'ingiunzione a demolire.

3.1. Il motivo è infondato.

3.1.1. Giova premettere che non risulta contestata, dalla parte ricorrente, l'abusività del manufatto edilizio in questione, avendo anzi la stessa parte dato atto della "*manifesta difformità dell'edificio dall'anzidetta concessione edilizia*" (cfr. pag. 3 del ricorso); inoltre, non risulta dimostrata l'avvenuta presentazione di una istanza di sanatoria, oggetto di proposta dell'amministratore giudiziario al giudice delegato (cfr. sempre pag. 3 del ricorso).

3.1.2. Il Collegio ritiene, conformemente all'indirizzo giurisprudenziale consolidato in materia, che la sanzione demolitoria, in edilizia, ha carattere doveroso e vincolato (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, -OMISSIS- dicembre 2022, n. 7702; T.A.R. Toscana, sez. III, 5 agosto 2022, n. 992).

3.1.3. Fermo quanto sopra, in tema di effetti del sequestro giudiziario sul procedimento amministrativo di repressione di abusi edilizi, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti:

- secondo il primo, l'ordine di demolizione (o di riduzione in pristino stato) adottato nella vigenza di un sequestro penale è affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (in relazione agli artt. 1346 e 1418 cod. civ.) e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2020, n. 2431; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 13 gennaio 2022, n. 11);

- in base al secondo, invece, il sequestro di un immobile abusivo da parte dell'Autorità giudiziaria penale non determina l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione che lo attinge, ma soltanto l'eventuale differimento del termine fissato per la rimessa in pristino, decorrente dalla data del dissequestro, che sarà onere dell'interessato richiedere tempestivamente. Conseguentemente, la circostanza che il fabbricato è oggetto di un sequestro penale deve essere tenuta in conto dall'Amministrazione procedente soltanto ai fini delle valutazioni di competenza circa l'eseguità materiale del provvedimento repressivo. L'obbligato quindi ha l'onere di chiedere all'Autorità giudiziaria penale il dissequestro, secondo la procedura prevista dall'art. 85 disp. att. cod. proc. pen., allo scopo di ottenere l'autorizzazione a provvedere direttamente alla demolizione e al ripristino dei luoghi, sicché, in tal caso, soltanto il rigetto dell'istanza giustificerebbe il *factum principis* tale da inibire l'ordine di demolizione e/o l'avvio del procedimento

di acquisizione al patrimonio comunale (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 febbraio 2023, n. 426; T.A.R. Umbria, sez. I, 14 dicembre 2022, n. 943);

- infine, per il terzo orientamento, non può mai configurarsi un obbligo di chi abbia patito un provvedimento di sequestro di un suo bene, di attivarsi in alcun modo per assicurare l'esecuzione, in pendenza del sequestro medesimo, di una ingiunzione a demolire e nemmeno è ravvisabile un onere di collaborazione con l'autorità comunale, onde portare ad esecuzione una ingiunzione a demolire, in pendenza di un sequestro penale (per detto orientamento, l'assenza di un obbligo o di un onere siffatto, non porta ad escludere che, in casi particolari, chi sia stato colpito da un sequestro penale, e in pendenza del medesimo, possa comunque - al di fuori di qualunque assetto coercitivo - avere interesse a ottemperare all'ordine di demolizione emanato da una amministrazione comunale, senza attendere l'esito del processo penale). Per detto indirizzo ermeneutico, non sembra possa confermarsi l'indirizzo che reputa nulla, nella sostanza per impossibilità dell'oggetto, l'ordinanza comunale a demolire un manufatto abusivo in pendenza del predetto sequestro penale; a ben discernere, l'oggetto di un'ordinanza siffatta, anche perdurante il vincolo penale, esiste nella sua materialità e spiega per intero la sua anti-giuridicità, non essendosi in presenza insomma di un oggetto "impossibile". Semmai, stante quanto sopra considerato in merito all'inesistenza di un obbligo o di un onere di collaborazione *contra se* con l'autorità amministrativa, per tutta la durata del sequestro l'ordinanza di demolizione non potrà essere eseguita (in assenza della collaborazione dell'interessato nei modi sopra precisati). La provvisoria mancanza dell'esecutività dell'ingiunzione a demolire non può però riverberarsi, a ritroso, sulla validità giuridica del provvedimento. In altri termini, anche qualora ricada su un immobile sequestrato in sede penale, l'ingiunzione a demolire è un provvedimento perfetto e giuridicamente valido, in quanto avente un oggetto individuato e possibile; la medesima ordinanza, invece, è carente di esecutività in ragione di un vincolo esterno rappresentato dal sequestro penale e fintanto che duri l'efficacia del sequestro (cfr., *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Ad. Sez. Riun., 23 ottobre 2020, n. 277).

3.1.4. Premessa la superiore ricostruzione, il Collegio ritiene di aderire a tale ultimo (terzo) orientamento, la cui persuasività è, nella vicenda in esame, irrobustita dalla peculiare *ratio* e finalità del sequestro disposto dal Tribunale di Palermo – Sezione per l'applicazione delle misure di prevenzione, nonché dalle specifiche regole dettate in materia dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In altri termini, proprio in ragione del carattere doveroso e vincolato della misura ripristinatoria, come sopra evidenziato, l'ordinanza impugnata deve ritenersi esente dai vizi denunciati; nondimeno, la sua efficacia è subordinata all'evento della cessazione del sequestro.

4. In conclusione, per le ragioni sopra evidenziate il ricorso deve essere respinto.

5. La peculiarità della vicenda contenziosa nonché l'esistenza di dibattiti interpretativi sulle questioni esaminate giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

6. Come sopra evidenziato, con decreto 28 settembre 2022, n. 160 la Commissione per il patrocinio a spese dello Stato ha accolto l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato avanzata dalla Curatela del Fallimento della -OMISSIS- in liquidazione.

Orbene, ai fini delle determinazioni finali in materia occorre acquisire dalla parte ricorrente copia di idonea documentazione circa l'eventuale sopravvenienza di modifiche delle condizioni rilevanti in punto di ammissione al beneficio *de quo* e, segnatamente, il decreto del giudice delegato che attesta che non è disponibile il denaro necessario per le spese fino alla data di definizione della causa.

A tal fine viene pertanto assegnato alla parte ricorrente il termine di giorni sessan-

ta (60), dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, riservando ogni determinazione a successivo provvedimento.

All'uopo si deve sin d'ora precisare che, secondo condiviso orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'art. 83, comma 3 bis, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 (introdotto dall'art. 1, comma 783, della legge 28 dicembre 2015, n. 208) – in base al quale il decreto di pagamento deve essere emesso dal giudice contestualmente alla pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui si riferisce la relativa richiesta, relativamente ai compensi richiesti dal difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato - non impedisce al giudice di potersi pronunciare sulla richiesta (peraltro, nel caso in esame, depositata prima della definizione nel merito della causa) dopo che si sia pronunciato definitivamente sul merito (arg. ex Cass. civ., sez. II, 9 settembre 2019, n. 22448).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Assegna alla parte ricorrente il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza per il deposito della documentazione in motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e le persone menzionate.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2023, svoltesi con le modalità di cui all'art. 87, comma 4 *bis*, cod. proc. amm. (novellato dall'art. 17, comma 7, lett. a), n. 6, del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113), con l'intervento dei magistrati:

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giuseppe Antonio Dato

IL PRESIDENTE

Gustavo Giovanni Rosario Cumin

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

Corte di Giustizia Europea, sent. C-348/22 del 20 aprile 2023

Demanio marittimo - Concessioni - Articolo 12, paragrafi 1 e 2, Direttiva 2006/123/CE - Effetto diretto - Obbligo di procedura di selezione imparziale e trasparente - Divieto di rinnovo automatico autorizzazione - Carattere incondizionato e sufficientemente preciso - Normativa nazionale - disapplicazione

La Direttiva 2006/123/CE si applica a tutte le concessioni di occupazione del demanio marittimo, a prescindere, a tal proposito, dal fatto che esse presentino un interesse transfrontaliero certo o che riguardino una situazione i cui elementi rilevanti rimangono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro.

Il diritto dell'Unione non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione. È necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su parametri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati.

Dall'esame non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva relativa ai servizi nel mercato interno.

L'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso dalla direttiva. Poiché tali disposizioni sono produttive di effetti diretti, i giudici nazionali e le autorità amministrative, comprese quelle comunali, sono tenuti ad applicarle, e altresì a disapplicare le norme di diritto nazionale non conformi alle stesse.

* * *

Corte Costituzionale, sent. 18 aprile 2023, n. 75

Agricoltura e zootecnia - Indicazione geografica e denominazione di origine - Norme della Regione Siciliana - Istituzione e disciplina del Registro regionale telematico dei Comuni e dei relativi prodotti a denominazione comunale De.Co. - non fondatezza - inammissibilità

Non contrasta con la normativa dell'Unione europea sui marchi DOP (Denominazione di Origine Protetta), IGP (Indicazione Geografica Tipica) e STG (Specialità Tradizionale Garantita) la legge della Regione Siciliana n. 3 del 2022, che ha previsto l'istituzione del Registro regionale dei prodotti a denominazione comunale De.Co., quale strumento per la salvaguardia, la tutela e la diffusione, in particolare, delle produzioni agroalimentari ed enogastronomiche territoriali.

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata l'impugnativa del Governo affermando che la denominazione comunale (De.Co.) è una «attestazione di identità territoriale» destinata a individuare l'origine e il legame storico culturale di un deter-

minato prodotto tipico con il territorio comunale. Non si tratta di un marchio, come tale attestante la qualità, e pertanto le De.Co. non interferiscono con le denominazioni registrate a livello europeo (DOP, IGP e STG), né hanno un effetto equivalente a una restrizione quantitativa nel mercato interno.

[Corte Costituzionale, sent. 14 aprile 2023, n. 71](#)

Fondo di solidarietà comunale – Legge di Bilancio - autonomia finanziaria comunale - vincoli di destinazione – strumenti di perequazione – inammissibilità

Sono dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 172, 174, 563 e 564, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, promosse, in riferimento agli artt. 5 e 119, primo, terzo, quarto e quinto comma, della Costituzione, dalla Regione Liguria. Le prime tre disposizioni intervengono sulla disciplina del Fondo di solidarietà comunale incrementandone la dotazione attraverso risorse statali e al contempo stabilendo specifici vincoli di destinazione sulla relativa spesa, in funzione del raggiungimento di livelli essenziali delle prestazioni o di obiettivi di servizio; la quarta ridetermina l'ammontare complessivo del FSC.

La Corte ritiene inammissibile le questioni: dato il ventaglio delle soluzioni possibili, non può che spettare al legislatore il compito di adeguare il diritto vigente alla tutela costituzionale riconosciuta all'autonomia finanziaria comunale. La Corte tuttavia ha ritenuto opportuno rivolgere un monito al legislatore, chiamandolo a intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.

[Corte Costituzionale, sent. 6 aprile 2023, n. 60](#)

Comuni, Province e Città metropolitane - Norme della Regione autonoma Sardegna - Durata del mandato del Sindaco - Segretario comunale - Modalità di accesso all'albo dei segretari comunali- illegittimità costituzionale

E' costituzionalmente illegittima la normativa della Regione autonoma Sardegna che fissa un numero massimo di mandati consecutivi dei sindaci diverso da quello previsto dalla legislazione statale. La disposizione impugnata (art. 1 della legge della Regione Sardegna 11 aprile 2022, n. 9) discostandosi da quanto stabilito dalla legislazione statale in materia (articolo 51, c. 2, TUOEL) viola il principio di eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive di cui agli artt. 3 e 51 Cost., e, così facendo, eccede i limiti posti dallo statuto alla competenza primaria della Regione autonoma Sardegna.

La Corte dichiara costituzionalmente illegittima anche la seconda disposizione impugnata (art. 3 della legge della Regione Sardegna 11 aprile 2022, n. 9); la disposizione prevedendo, nelle more di una riforma regionale dell'ordinamento dei segretari comunali e provinciali, una modalità di accesso alla sezione regionale dell'albo dei segretari comunali e provinciali derogatoria rispetto a quella ordinaria viola il principio del pubblico concorso nonché il principio dell'accesso in condizione di eguaglianza agli uffici pubblici, di cui agli artt. 3 e 51 Cost.

[Corte Costituzionale, sent. 16 marzo 2023, n. 42](#)

Edilizia e urbanistica - Interventi edilizi in assenza o in difformità del titolo abilitativo - Accertamento di conformità - Condizione - Doppia conformità -

Differenza rispetto al condono edilizio - Relativo procedimento - Previsione del meccanismo del silenzio-rigetto, anziché del silenzio inadempimento - DPR 380/2001 - inammissibilità.

La Corte dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. (Testo A)», sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, e 113 della Costituzione.

L'accertamento di conformità, di cui all'art. 36 del t.u. edilizia, è condizionato alla rispondenza delle opere, realizzate in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell'opera quanto al momento dell'istanza. L'istituto consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico e si distingue, pertanto, dalle ipotesi del condono edilizio nelle quali la legge, in via straordinaria e con regole *ad hoc*, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia.

Nel procedimento per l'accertamento di conformità sul richiedente grava l'onere di dimostrare la doppia conformità e l'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione, entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata: si tratta di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (silenzio-rigetto) e non di mera inerzia nel provvedere (silenzio-inadempimento).

* * *

[Cassazione civile, Sezioni Unite, 10 maggio 2023, n. 12570](#)

Usi civici di dominio collettivo - Natura demaniale - Atto di sdemanializzazione - Decreto di esproprio

I beni gravati da uso civico di dominio collettivo sono assimilabili a quelli demaniale, dunque con il medesimo regime di inalienabilità, inusucapibilità, immodificabilità e di conservazione del vincolo di destinazione. Ne deriva che affinché la procedura espropriativa per pubblica utilità su tali beni possa essere ritenuta legittima, deve essere preceduta dalla preventiva "sdemanializzazione".

La "sdemanializzazione" si realizza in base ai criteri e con le procedure individuate dalla legge per ciascuna categoria di beni pubblici; non può invece avvenire - su beni gravati da uso civico di dominio collettivo - direttamente con l'esecuzione di una procedura di espropriazione per pubblica utilità, secondo le regole del diritto amministrativo comune.

La mancanza del provvedimento di sdemanializzazione rende invalido il decreto espropriativo, che implichi l'estinzione di tali usi civici collettivi e il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione.

Cassazione civile, sez. III, 5 aprile 2023, n. 9384

Abbattimento delle barriere architettoniche - Scala mobile - Diritti dei non vedenti - Cane guida - Condanna del Comune.

La nozione di discriminazione delle persone con disabilità è definita dall'art. 2, legge 1 marzo 2006, n. 67 con due accezioni: i) diretta, che si verifica "*quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia*

stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga”; ii) indiretta, che si verifica “quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone”

Le norme regolamentari che producano forme di discriminazione indiretta sono applicabili dal giudice ordinario.

Il divieto del Comune di accesso con cani-guida sulle scale mobili è un atto discriminatorio per il non vedente (o ipovedente) rispetto all’omologa situazione del normodotato, poiché per tali soggetti l’accompagnamento del cane è ausilio indispensabile per la mobilità.

Cassazione civile, sez. III, 29 marzo 2023, n. 8879

Responsabilità da cose in custodia – Responsabilità del Comune – Pozzetto scoperto e non segnalato – Responsabilità solidale

Ai sensi dell’art. 2, comma 1, del nuovo codice della strada, nella definizione di “strada” è rilevante la sua destinazione ad uso pubblico, e non la titolarità pubblica o privata della proprietà. Tale destinazione di uso pubblico giustifica la soggezione di tali strade al codice della strada e la legittimazione passiva del Comune, fondata “sugli obblighi di custodia correlati al controllo del territorio e alla tutela della sicurezza ed incolumità dei fruitori delle strade di uso pubblico, in relazione agli eventuali danni riportati dagli utenti della strada”.

Le strade “vicinali” sono assimilate alle strade comunali (art. 2, comma 6, codice della strada), nonostante siano per definizione (art. 3, comma 1, n. 52, stesso codice) di proprietà privata. Il Comune ha dunque: i) la responsabilità per custodia sulle strade vicinali inserite tra le strade adibite a pubblico transito, a prescindere dal fatto che esse siano di proprietà privata; ii) l’obbligo di sorveglianza sulle suddette strade vicinali, anche in riferimento alla esecuzione della manutenzione, con l’onere di sostituirsi ai privati in caso di carenza della stessa.

La legittimazione passiva del Comune può concorrere con quella del Consorzio dei comproprietari dei fondi vicini, fondata sul concorrente obbligo di custodia esistente in capo ai proprietari del bene.

Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 2023, n. 8794

Società in house - Ambito di applicazione della legge fallimentare – Assunzione dei rischi connessi alla loro insolvenza

In caso di adozione del modello societario, l’ente pubblico socio assume i rischi connessi all’insolvenza dell’impresa e lo stesso, in ragione della necessità di una predeterminazione certa del regime delle responsabilità e del rischio, risponde nei soli limiti del capitale d’investimento immesso nella società divenuta insolvente.

La scelta del legislatore di consentire al Comune l’esercizio di determinate attività attraverso la costituzione di società di capitali, perseguendo l’interesse pubblico con strumentazione privatistica, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, anche nel caso di società in house; ciò per la coerente applicazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto, nonché delle regole di concorrenza e parità di trattamento tra quanti operano all’interno di uno stesso mercato. Depongono in tal senso: i) sia il quadro normativo (si veda

l'art. 1, comma 3 e l'art. 14, del D.Lgs. n. 175 del 2016), che conferma l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché a quelle in materia di amministrazione straordinaria; ii) sia il profilo funzionale, in base al quale ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, rileva la natura del soggetto (e non l'attività esercitata).

La sottrazione delle società pubbliche all'assoggettabilità alla procedura fallimentare non può trovare giustificazione neppure nel carattere essenziale dei servizi pubblici alla stessa affidati, la cui interruzione può ben essere scongiurata attraverso l'affidamento del servizio ad un altro soggetto ed il ricorso, *medio tempore*, all'istituto dell'esercizio provvisorio.

Cassazione civile, Sezioni Unite, 23 marzo 2023, n. 5668

Danno da lesione della salute – Omessa adozione di provvedimenti amministrativi – Giurisdizione del G.O.

La controversia in cui il privato agisca contro il Comune e la Regione, lamentando l'inerzia amministrativa relativa all'emissione dei provvedimenti necessari per la tutela dell'ambiente dall'inquinamento e chiedendo il risarcimento del danno al diritto fondamentale della salute e alla vita di relazione da lui subiti in conseguenza di quella inerzia, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Cassazione civile, sezione tributaria, ord. 22 febbraio 2023, n. 5568

Raccolta e smaltimento rifiuti – Aree portuali – Autorità marittime e comunale – Riparto competenze

L'attività di gestione dei rifiuti solidi urbani nell'ambito delle aree portuali rientra nelle competenze dell'Autorità portuale, con conseguente sussistenza in capo alla stessa del potere impositivo ai fini della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

La privativa e il diritto a chiedere il pagamento del tributo non vengono meno in capo al Comune ove esista, non una Autorità portuale, ma una autorità marittima attempo che quest'ultima, a differenza della prima, non ha alcuna competenza in riferimento ai rifiuti solidi urbani. Ne consegue che nelle zone portuali prive di Autorità portuale sussistono/riemergono la competenza e la privativa comunale in ordine all'istituzione e alla prestazione del servizio di igiene urbana.

Cassazione civile, sez. lav., 9 febbraio 2023, n. 3984

Incarico dirigenziale - Aziende speciali - Procedura concorsuale – Violazione principio dell'evidenza pubblica – Nullità del contratto

Le aziende speciali di cui all'art. 114, TUEL, sono enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; sicché le procedure selettive per l'assunzione dei dipendenti delle Aziende Speciali sono assimilabili a quelle concorsuali dell'ente pubblico (Comune) cui l'Azienda Speciale è strumentale. Ne discende che: i) il reclutamento deve essere effettuato con una selezione trasparente, comparativa, basata sul merito e aperta ai cittadini che abbiano i requisiti predefiniti di partecipazione; ii) non si applica alla fattispecie in esame l'art. 19, comma 1,

d.lgs. n. 165 del 2001 e non sussiste una scelta *intuitu personae*, nell'ambito di una rosa di candidati in possesso di requisiti soggettivi e oggettivi, non sottoposti a valutazione comparativa. In base a tali principi, in riferimento al conferimento dell'incarico di direttore generale, il mancato rispetto principio di imparzialità amministrativa nella fase dell'assunzione e l'assenza di una procedura comparativa nella selezione dei candidati, violano il principio concorsuale, con conseguente nullità del contratto ai sensi del D.L. n. 702 del 1978, art. 5, comma 19.

Cassazione Civile, sez. lav., 1 febbraio 2023, n. 605

Licenziamento disciplinare – CCNL Comparto Regioni e Autonomie Locali 2008 – Insussistenza della giusta causa – Rideterminazione giudiziale

La valutazione sulla sussistenza della giusta causa del licenziamento senza preavviso di cui all'art. 3 CCNL – Comportato Regioni e Autonomie Locali del 11.04.2008 discendente dalla condanna definitiva a uno dei delitti di cui all'art. 3, comma 1, della legge 97/2001, deve essere condotta avuto riguardo all'insieme delle circostanze oggettive e soggettive inerenti la condotta e la personalità del lavoratore al momento dell'illecito; ne consegue che, ai fini della predetta valutazione, non possono essere valorizzate le vicende intercorse tra il momento in cui la condotta è stata tenuta e quella in cui la stessa è stata definitivamente acclarata in sede penale.

Leventuale mancata proroga della misura cautelare della sospensione dal servizio e la contestuale riammissione in servizio in attesa della definizione del processo penale non possono rilevare ai fini della valutazione della giusta causa atteso che si tratta di circostanze successive all'illecito che non denotano un ripristino del rapporto fiduciario tra il lavoratore e l'ente pubblico.

In caso di annullamento della sanzione per difetto di proporzionalità, sussiste il potere-dovere del giudice di procedere alla rideterminazione giudiziale della sanzione ai sensi dell'art. 63 comma 2-*bis* del D.lgs. 165/2001, a prescindere da una previa sollecitazione da parte dell'amministrazione, stante la finalità che la disciplina persegue, l'interesse pubblico sotteso e la vincolatività del potere disciplinare attribuito al datore di lavoro pubblico.

* * *

[Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2023, n. 4523](#)

Enti locali – Responsabilità – Lesione di interessi legittimi – Risarcimento danno – Presupposti

La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi ha natura di fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale. L'affidamento tutelabile nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è una situazione giuridica soggettiva che trova protezione attraverso il rimedio del risarcimento del danno.

I limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento sono i seguenti: 1) l'affidamento tutelabile deve essere ragionevole e, quindi, incolpevole; 2) esso deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall'amministrazione con il provvedimento o con il suo comportamento correlato al pubblico potere e in cui il privato abbia senza colpa confidato; 3) in tale prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione – da intendersi come la misura in cui l'operato

di questa è rimproverabile – rileva sotto il profilo della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento; “per il danno da lesione dell’affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la colpa dell’amministrazione è invece un elemento che ha rilievo nella misura in cui rende manifesta l’illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, e consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole”; 4) la tutela di tale situazione soggettiva si fonda sui principi di correttezza e buona fede che regolano l’esercizio del pubblico potere e che dunque postulano che l’aspettativa sul risultato utile o sulla conservazione dell’utilità si sia ottenuta in circostanze che obiettivamente la giustifichino; 5) “secondo una regola di carattere generale in ambito civile la buona fede «non giova se l’ignoranza dipende da colpa grave» (art. 1147, comma 2, cod. civ.), per cui un affidamento incolpevole non è pertanto predicabile innanzitutto nel caso estremo ipotizzato nell’ordinanza di remissione, in cui sia il privato ad avere indotto dolosamente l’amministrazione ad emanare il provvedimento. In conformità alla regola civilistica ora richiamata altrettanto è a dirsi se l’illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario”; 6) l’affidamento deve quindi fondarsi su una situazione di apparenza costituita dall’amministrazione con il provvedimento o con il suo comportamento correlato al pubblico potere e in cui il privato abbia senza colpa confidato.

[Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2023, n. 2911](#)

Servizio idrico integrato – Petizione per la gestione pubblica – Silenzio-inadempimento – Presupposti – Doverosità autotutela – Insussistenza – Revoca e annullamento – Distinzione

Non essendo l’autotutela doverosa, non può essere ravvisato un obbligo di provvedere in capo a un Comune in ordine alla richiesta della stessa, né può considerarsi, dunque, formato alcun silenzio inadempimento.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza, va escluso l’obbligo di provvedere nel caso in cui l’istanza del privato sia volta a sollecitare il riesame di un atto divenuto inoppugnabile, atteso che l’affermazione di un generalizzato obbligo, in capo all’amministrazione, di rivalutare un proprio provvedimento, anche quando rispetto ad esso siano decorsi i termini per proporre ricorso, sarebbe vulnerata l’esigenza di certezza e stabilità dei rapporti che hanno titolo in atti autoritativi, con elusione del regime di decadenza dei termini di impugnazione. Il potere di autotutela soggiace alla più ampia valutazione discrezionale dell’amministrazione competente e non si esercita in base ad un’istanza di parte, avente al più portata meramente sollecitatoria e inidonea, come tale, ad imporre alcun obbligo giuridico di provvedere, con la conseguente inutilizzabilità del rimedio processuale previsto avverso il silenzio inadempimento della p.a.. Deve, dunque, escludersi la sussistenza di un dovere generalizzato dell’amministrazione di provvedere sulle istanze di autotutela.

La revoca si configura come lo strumento di autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc*, di un provvedimento all’esito di una nuova valutazione dell’interesse pubblico alla sua conservazione. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall’art. 21-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto e in una rinnovata valutazione dell’interesse pubblico originario. Risulta evidente che il potere di revoca è connotato da un’ampia discrezionalità, dal momento che, a differenza del potere di annullamento d’ufficio, che postula anche l’illegittimità dell’atto da rimuovere, quello di revoca esige solo una valutazione di opportunità, sep-

pure ancorata alle condizioni legittimanti espresse dalla norma succitata, sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'amministrazione procedente, rispetto al quale l'istanza del privato assume solo una valenza sollecitatoria. Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che la richiesta avanzata dai privati nei confronti dell'amministrazione al fine di ottenerne un intervento in autotutela è da considerarsi una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, che non fa sorgere in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere.

[Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 30 marzo 2023, n. 227](#)

Pianificazione urbanistica – Certificati di destinazione urbanistica e di destinazione d'uso – Natura – Non immediata lesività

Nonostante la differenza tra il certificato di destinazione urbanistica ed il certificato di destinazione d'uso, si tratta pur sempre di certificati aventi natura dichiarativa e non costitutiva e, come tali, non immediatamente impugnabili, con la precisazione che la non immediata lesività attiene sia al certificato di destinazione d'uso, sia al suo successivo *contrarius actus*, per quanto attiene al “merito certificativo”.

[Consiglio di Stato, sez. VII, 21 marzo 2023, n. 2855](#)

Pianificazione urbanistica – Discrasia tra parte normativa e parte grafica – Prevalenza della parte normativa

Diversamente che nel caso di contrasto tra elaborati grafici e relazione tecnica allegati a un titolo abilitativo (in cui bisogna dare prevalenza ai primi), se sussiste una discrasia tra parte normativa e parte grafica delle prescrizioni di Piano regolatore generale, trova piena applicazione la *regula iuris* per cui occorre dare prevalenza alla parte normativa.

[Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2023, n. 4367](#)

Abuso edilizio – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Acquisizione al patrimonio comunale – Procedimenti – Specialità

L'articolo 31 del d.P.R. n. 380/2001 prevede al comma 3 che «se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti previsioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del Comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita». La norma è chiara nel rimettere ogni questione relativa alla esatta perimetrazione dell'effetto acquisitivo conseguente all'eventuale inottemperanza alla misura demolitoria ad una successiva fase procedimentale.

L'omessa o imprecisa indicazione nell'ordinanza di demolizione dell'area che verrà acquisita di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione non costituisce ragione di illegittimità dell'ordinanza stessa; invero, l'indi-

cazione dell'area è requisito necessario ai fini dell'acquisizione, che costituisce distinta misura sanzionatoria. Ne deriva che ad ogni pretesa omissione e/o errore nell'esatta specificazione dell'area interessata all'effetto ablativo potrà comunque porsi rimedio con il successivo procedimento di acquisizione nell'ambito del quale interverrà un formale atto di accertamento dell'inottemperanza nel quale andrà indicata con precisione l'area da acquisire al patrimonio comunale.

* * *

Tar Veneto, Venezia, sez. I, 2 maggio 2023, n. 589

Accesso – Finalità storiche – Indici decennali di nascita e matrimonio – Riservatezza – Bilanciamento

Il Regolamento UE n. 2016/679 e l'art. 101 del D.P.R. 196 del 2003, come modificato dal D.lgs. n. 101 del 2018, contengono delle disposizioni da cui è enucleabile il principio secondo cui deve essere riconosciuta l'accessibilità ai documenti per finalità di ricerca storica, in ragione delle rilevanti finalità di pubblico interesse che vi sono sottese, con la precisazione che, qualora contengano dati personali, questo è possibile nei limiti in cui sia dimostrato che la loro conoscenza è strettamente necessaria in relazione alle finalità della ricerca svolta. Grava pertanto sulla parte interessata l'onere di dimostrare che la documentazione alla quale intende accedere sia utile e necessaria rispetto al progetto di ricerca svolto, mentre l'Amministrazione che detiene il documento, deve valutare, sulla base di una valutazione *ex ante*, la sussistenza di un nesso di strumentalità tra l'istanza di consultazione e la documentazione richiesta, nonché l'esistenza di un'astratta pertinenza rispetto alle finalità della ricerca prospettata.

In base al complesso delle norme europolitane e nazionali applicabili, emerge la necessità di un contemperamento tra il diritto di accesso agli archivi, e le esigenze di riservatezza dei dati trattati, secondo i principi di proporzionalità e minimizzazione, i quali non escludono l'ostensibilità degli atti in relazione alle finalità di ricerca storica, ivi compresi gli indici decennali, ma la subordinano a condizioni e limiti la cui sussistenza deve essere valutata dall'Amministrazione, trasferendo infine sull'interessato, ove l'accesso sia consentito, l'onere di utilizzare e custodire i dati acquisiti nell'osservanza della normativa di settore, con conseguente assunzione della responsabilità di matrice deontologica nascente da ogni possibile violazione o abuso.

Tar Campania, Napoli, sez. II, 21 aprile 2023, n. 2430

Contratti pubblici – Appalti di servizi – Offerta economicamente più vantaggiosa – Commissione giudicatrice – Requisiti per la nomina

La commissione giudicatrice è un organo straordinario, temporaneo e con funzioni "consultive" svolte a favore della stazione appaltante, nominato appositamente per la specifica procedura in questione e che, in coerenza con il criterio di selezione che valorizza i profili tecnici dell'offerta, e non solo quelli economici, si giustifica proprio per la sua competenza tecnica, ovvero in ragione della professionalità tecnica e scientifica che i suoi membri vantano rispetto al settore oggetto dell'appalto.

L'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* (ma anche l'art. 93 del codice dei contratti pubblici di cui al più recente d.lgs. n. 36/2023, che ha solo abrogato il sistema di individuazione, basato secondo la disciplina attuale sugli albi gestiti dall'ANAC), stabilisce un principio di competenza professionale volto a garantire l'adeguatezza

e quindi l'efficacia della scelta tecnico-discrezionale, imponendo alla stazione appaltante l'obbligo di ricorrere ad esperti, quando viene indicato per la selezione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il principio della competenza professionale va distinto dalle modalità di individuazione dei componenti della commissione, che possono essere anche eventualmente diverse da quelle indicate dalla norma primaria, poiché qualunque sia la modalità di scelta, va comunque salvaguardato il principio vincolante di cui all'art. 77, comma 1, del d.lgs. 50/2016.

[Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 20 aprile 2023, n. 344](#)

Contratti pubblici – Concessioni – Determinazione del valore – Metodo di calcolo – Insufficienza del solo canone concessorio – Ambito di applicazione della disciplina

Ai fini della determinazione del valore di una concessione non è sufficiente il solo parametro del canone di concessione, non rispondente alla previsione normativa recata dall'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 costituisce una previsione vincolante, in recepimento, nell'ordinamento italiano, dell'art. 8 della direttiva n. 2014/23/UE, senza alcuna statuizione (ed in questo è una significativa differenza con la direttiva comunitaria) di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione per le concessioni di minore valore economico. Non sono quindi fondate le argomentazioni tendenti ad escludere l'applicabilità della previsione alle concessioni di minore valore: queste non trovano corrispondenza nel testo normativo che prevede la necessità dell'adempimento con riferimento a tutte le concessioni, indipendentemente dalla natura della prestazione o dal loro valore.

[Tar Sicilia, Catania, sez. II, 5 aprile 2023, n. 1135](#)

Servizio idrico integrato – Giurisdizione – Gestione in salvaguardia – Presupposti – Tutela del corpo idrico

Sussiste la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche quando dai provvedimenti riguardanti gli ambiti territoriali ottimali discendano ricadute sull'organizzazione e sulla conduzione del sistema idrico integrato che, mirando a garantire la gestione di tale servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, abbiano incidenza diretta sul regime delle acque pubbliche e del loro utilizzo.

Per la definizione delle gestioni in salvaguardia occorre il possesso attuale dei requisiti di legge ovvero l'utilizzo efficiente della risorsa e la tutela del corpo idrico.

Il trattamento dei reflui, parte integrante del servizio idrico, è uno dei fattori indicativi della tutela del corpo idrico, che è requisito richiesto per potere ottenere la gestione autonoma. L'art. 147, comma 2-bis del d.lgs. n. 152/2006 prevede, infatti, alla lettera b), tra i requisiti della gestione del servizio idrico in forma autonoma, in termini espressi, l'utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Al fine di valutare la tutela del corpo idrico, deve essere analizzata la destinazione delle acque reflue in considerazione della capacità ricettiva dei corpi idrici, tenendo in debito conto eventuali impatti ambientali che possono essere indotti da tali scarichi.

[Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 marzo 2023, n. 696](#)

Abuso edilizio – Acquisizione sanante – Presupposti – Oneri di motivazione rafforzata – Garanzie partecipative – Limiti

Presupposto per l'acquisizione sanante, è l'utilizzo senza titolo, da parte della pubblica amministrazione, di un bene immobile privato, per scopi di interesse pubblico; è poi necessaria una "motivazione rafforzata" che ponga in luce le ragioni di pubblico interesse sottese a tale misura e compia una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico e quello privato.

Per giurisprudenza costante, l'amministrazione non è tenuta a una analitica confutazione delle singole argomentazioni svolte dall'interessato in fase partecipativa, essendo sufficiente una motivazione che consenta di complessivamente comprendere le ragioni della decisione assunta.

[Tar Lazio, Roma, sez. II stralcio, 15 marzo 2023, n. 4565](#)

Abuso edilizio – Istanza permesso in sanatoria – Sospensione procedimento sanzionatorio

L'amministrazione, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, deve astenersi da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori rilascio del titolo abilitativo; né può ritenersi che l'adozione del provvedimento di demolizione possa costituire un implicito rigetto della domanda di condono edilizio, posto che l'articolo 35, comma 15, della legge n. 47 del 1985 impone la notifica espressa del diniego al privato.

È sospeso ogni procedimento sanzionatorio in materia edilizia, qualora risulti presentata istanza di concessione in sanatoria, fino alla definizione della detta istanza da parte del Comune, non potendo neppure il giudice sostituirsi al potere amministrativo onde valutare la condonabilità delle opere.

* * *

[Corte dei conti, Prima sezione giurisdizionale centrale d'appello, 16 marzo 2023, n. 107](#)

Imposta di soggiorno – Art. 5 quinquies d.l. n. 146/2021 - Rapporto di servizio tra gestore della struttura ricettiva ed ente locale – Giurisdizione della Corte dei conti – Dolo

Il rapporto di servizio intercorrente tra l'ente locale e il gestore della struttura ricettiva, responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno ai sensi dell'art. 4, comma 1-ter, del decreto legislativo n. 23/2011, fa permanere la sottoposizione dei soggetti convenuti alla responsabilità amministrativo-contabile con la conseguente competenza giurisdizionale in capo al giudice contabile.

[Corte dei conti, seconda sezione giurisdizionale centrale d'appello, 13 marzo 2023, n. 57](#)

Processo Contabile – Responsabilità amministrativa – Termini notifica atto introduttivo – Prescrizione – Compensi incentivanti – Principio di onnicomprensività della retribuzione – Unione di Comuni – Esimente politica - Enti

locali - Parere sui bilanci – Responsabilità del revisore dei conti

Il termine di notifica dell'atto di citazione fissato nel decreto Presidenziale successivo al deposito ha espressamente natura ordinatoria, dovendo, peraltro, la perentorietà dei termini processuali essere espressamente dichiarata dalla legge e, dunque, la relativa violazione è insuscettibile di dar luogo a decadenza e/o nullità di sorta. Il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione non può essere ancorato alla data della richiesta di rinvio a giudizio in sede penale, quando sussistono obiettivi atti antecedenti assolutamente idonei a svelare il danno per cui è causa in tutti i suoi elementi qualificanti nei confronti dell'amministrazione. Non configura un oggettivo impedimento al decorso della prescrizione l'attività necessaria al materiale reperimento di documentazione, quando questa è eseguibile facilmente con un mero accesso documentale.

I compensi incentivanti sono subordinati al principio di stretta tipicità delle fonti di remunerazione e, dunque, richiedono una specifica previsione normativa e, comunque, non devono riguardare lo svolgimento di compiti di servizio del dipendente per non violare il principio di onnicomprensività della retribuzione. La previsione normativa per cui le unioni di comuni possono servirsi dell'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali purché autorizzati dall'amministrazione di provenienza non deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione percepita presso l'ente di appartenenza né prevede alcuna forma di erogazione economica aggiuntiva per l'avvalimento autorizzato dall'amministrazione di provenienza. L'esimente politica non può trovare applicazione nei casi in cui l'organo politico adotti atti di competenza propria, quali quelli attinenti alla programmazione del personale e all'individuazione delle risorse umane, materiali ed economico finanziarie da destinare alle diverse finalità.

Sussiste la responsabilità del revisore dei conti, quando, in occasione del parere da rendersi sui bilanci preventivi e consuntivi, non ha valutato la legittimità delle spese sostenute dall'ente, quando queste sono state regolarmente iscritte in contabilità.

[Corte dei conti, seconda sezione giurisdizionale centrale d'appello, 7 marzo 2023, n. 52](#)

Processo Contabile – Responsabilità amministrativa – Contraddittorio – Mancata ricognizione società partecipate – Sanzione

Nei giudizi in materia di responsabilità amministrativa, diversamente che per i giudizi pensionistici, la discussione è un'opzione per le parti volta a consentire l'illustrazione sintetica davanti al Collegio delle conclusioni e delle ragioni a supporto delle proprie posizioni. Pertanto, ove la parte, sulla base di valutazioni di esclusiva pertinenza, ritenga di non partecipare al dibattito dialettico destinato a svolgersi nell'udienza, purché inequivocabilmente manifesti l'intenzione di far procedere il processo nel suo fisiologico corso, potrà limitarsi a chiedere che la causa vada in decisione sulla base di quanto prospettato negli atti.

La sanzione prevista a carico degli enti locali per la mancata adozione di un provvedimento, recante l'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, entro il 31 dicembre di ogni anno deve essere interpretata secondo tassatività. Conseguentemente la sanzione è irrogabile esclusivamente per l'ipotesi dell'omessa adozione della deliberazione, non anche per la tardiva comunicazione dell'atto alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti competente per territorio.

Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 28 aprile 2023, n. 4

Parere – Quesito rimesso all’esame dalla Sezione regionale di controllo – Corretta interpretazione articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 75/2017 in materia di superamento del precariato nelle P.A.

La questione di massima rimessa all’esame della sezione è relativa alla interpretazione dell’art. 20, comma 4, del d. lgs. 25 maggio 2017, n. 75, che vieta ai comuni che “per l’intero quinquennio 2012-2016 non hanno rispettato i vincoli di finanza pubblica” di applicare i commi 1 e 2 della medesima norma, e dunque, di fare ricorso alle speciali facoltà di reclutamento del personale, queste ultime prorogate al 31 dicembre 2023. Si chiede dunque se il rispetto dei vincoli di finanza pubblica debba essere valutato “ora per allora” ovvero con riferimento all’intero quinquennio 2012-2016, secondo l’interpretazione letterale della disposizione o se, invece, il rispetto dei vincoli di finanza pubblica debba essere valutato in riferimento al quinquennio antecedente alla data di maturazione dei requisiti previsti dai commi 1, lett. c) dell’art. 20 del d.lgs. 75 del 2017, così interpretando la norma in senso dinamico.

Normativa facoltà assunzionali Amministrazioni pubbliche – Rispetto vincoli di finanza pubblica – Criteri di interpretazione della norma – Principio di diritto

L’art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 75 del 2017 vieta ai comuni che “*per l’intero quinquennio 2012-2016 non hanno rispettato i vincoli di finanza pubblica*” di applicare i commi 1 e 2 della medesima norma, e dunque, di fare ricorso alle speciali facoltà di reclutamento del personale ivi previste e da ultimo prorogate al 31 dicembre 2023, al maturare di determinati requisiti.

Tale comma 4, dell’art. 20, d.lgs. n. 75 del 2017 va interpretato in senso letterale e non vi è spazio per una interpretazione in senso dinamico della disposizione; cui si oppone la scelta del legislatore di mantenere fermo l’arco temporale di rispetto dei vincoli di finanza pubblica da parte dell’ente (2012-2016), anche a fronte di variazioni dell’arco temporale per maturare i requisiti per accedere alle procedure di stabilizzazione.

Ne deriva dunque che le disposizioni dei commi 1 e 2, dell’art. 20, d.lgs. n. 75 del 2017 non possono essere applicate dai comuni che per l’intero quinquennio 2012-2016 non hanno rispettato i vincoli di finanza pubblica.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Veneto, 12 aprile 2023, n. 24

Responsabile del Servizio Finanziario – Mutuo a tasso variabile contratto dall’Ente – Ricorso a strumento finanziario derivato – Assenza di adeguata istruttoria - Vaglio dei parametri di legittimità e non di mera opportunità dell’agire amministrativo – Colpa grave

Ferma restando l’insindacabilità giurisdizionale delle scelte di gestione del debito pubblico, la Corte dei conti è chiamata a verificare la compatibilità delle scelte della pubblica amministrazione con i fini dell’ente pubblico non sul piano della mera opportunità o convenienza dell’agire amministrativo ma della legittimità dell’azione amministrativa al fine di accertare l’eventuale sussistenza della responsabilità per danno erariale in capo alla pubblica amministrazione.

Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sicilia, 22 marzo 2023, n. 147

Responsabile del Settore Servizi alla Persona - Responsabile Unico del Procedimento - Acquisto di 4 SUV - Violazione dell'art. 63 D.L. n. 73/2021 - Dolo

L'omesso impiego, da parte dell'amministrazione, di un finanziamento per le finalità cui è preordinato e il contestuale utilizzo dello stesso per finalità estranee a quelle a cui lo stesso è teso, anche se dirette a vantaggio dell'amministrazione, determina comunque un danno erariale in ragione del mancato conseguimento delle utilità di interesse generale che, attraverso l'impiego delle risorse pubbliche, l'amministrazione programma di conseguire per la cura e la realizzazione dell'interesse pubblico intestatole e comporta il riconoscimento della responsabilità amministrativa in capo alla stessa.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 14 marzo 2023, n. 34](#)

Dipendenti comunali destinatari di co.co.co. - Pronunce emesse dall'A.G.O. - Riconoscimento della sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro subordinato - Debito fuori bilancio - Colpa grave

Il vincolo di subordinazione alla stregua di un normale lavoratore dipendente e la lunga durata pluriennale dei contratti di collaborazione prorogati e rinnovati in modo ingiustificato ed inerziale determinano il riconoscimento della sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro subordinato in capo ai dipendenti comunali, con conseguente responsabilità per colpa grave di coloro che hanno concorso ad affidare i predetti contratti di collaborazione in maniera continuativa, in palese assenza dei numerosi presupposti oggettivi e soggettivi fissati dalla legge.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Lazio, 9 marzo 2023, n. 149](#)

Responsabilità amministrativa - Roma Capitale - Società partecipata - Realizzazione di un'opera pubblica - Rapporto di servizio - Giurisdizione del giudice contabile - Riconoscimento in favore del contraente generale di somme di denaro per il prolungamento di tempi contrattuali - Danno patrimoniale

La sussistenza del rapporto di servizio e, conseguentemente, l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione in materia di responsabilità per danno erariale, sussiste nel momento in cui un ente privato esterno dell'Amministrazione viene incaricato di svolgere, nell'interesse di quest'ultima e con risorse pubbliche, un'attività o un servizio pubblico, inserendosi pur temporaneamente nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione committente. Non rileva, invece, il titolo in base al quale la gestione viene svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, o in un contratto.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale regionale per il Molise, 6 marzo 2023, n. 6](#)

Responsabilità amministrativa - Sindaco - Responsabile *p.t.* del Servizio finanziario del Comune - Liquidazione di contributi minimi forfettari non dovuti - Violazione dell'art. 86 TUEL

Il versamento di contributi minimi forfettari indebitamente autoliquidato dal Sindaco in qualità di Responsabile *pro tempore* del Servizio finanziario del Comune si pone in contrasto con l'articolo 86 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ai sensi del quale l'obbligo dell'ente locale, se sussistente, è di conferire le quote direttamente alla forma pensionistica e non già di effettuare versamenti diretti in favore dell'amministratore.

Corte dei Conti, sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 27 febbraio 2023, n. 135

Processo Contabile – Responsabilità amministrativa – Accesso agli atti – Illegittimo diniego – Segretario generale – Violazione doveri d'ufficio

Il Segretario Comunale, quale vertice giuridico-amministrativo dell'ente, tenuto a garantirne la legittimità dell'azione amministrativa, qualora, con un comportamento negligenemente serbato, attraverso un'inescusabile condotta dilatoria ed ostruzionistica, vanifichi l'istanza di accesso agli atti di taluni consiglieri comunali, non provvedendo all'immediato smistamento dell'istanza agli uffici in possesso della documentazione e seguendone poi il relativo *iter*, viene meno ai propri doveri d'ufficio con conseguente responsabilità erariale.

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Sicilia, 15 febbraio 2023, n. 48

Parere – Requisiti di ammissibilità soggettivi e oggettivi

È ammissibile sotto il profilo soggettivo e oggettivo il parere chiesto alla Sezione Regionale della Corte dei Conti competente da un Comune, a mezzo del sindaco, quando questo verte al contempo sia sulla disciplina della gestione della spesa, sia sulle modalità di formazione e adozione dei necessari documenti di pianificazione di carattere finanziario in materia di personale ai fini della possibilità di effettuare assunzioni da parte degli enti locali in esercizio provvisorio, perché inerente alla materia della contabilità pubblica.

Enti locali – Personale – Esercizio provvisorio – Deroghe

La deroga normativamente disposta alla previsione sanzionatoria, contemplante il divieto di assumere personale a qualsiasi titolo da parte degli enti locali in esercizio provvisorio, tesa a consentire di procedere ad assunzioni a tempo determinato solamente per assolvere a specifiche finalità individuate dalla legge non può che essere di stretta interpretazione, ponendosi quale deroga di una disposizione di carattere eccezionale che comprime l'autonomia organizzativa dell'ente territoriale nella ricorrenza dei casi indicati dal legislatore. Pertanto, non può ricondursi al precetto in parola, attraverso operazioni ermeneutiche analogiche, la possibilità di effettuare assunzioni in qualsivoglia situazione di assenza di bilancio, e, quindi, anche in esercizio provvisorio, essendo il relativo ambito di applicazione da circoscrivere tassativamente ai casi di tardività o inadempienza indicati.

Enti Locali – PIAO

Il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), costituisce una rilevante innovazione normativa introdotta allo scopo di *assorbire, razionalizzandone la disciplina in un'ottica di massima semplificazione, molti degli atti di pianificazione cui sono tenute le amministrazioni (ad esempio, il piano triennale dei fabbisogni, il piano della perfor-*

mance, il piano di prevenzione della corruzione ed il piano organizzativo del lavoro agile), racchiudendoli in un unico atto

Enti locali - Personale – Esercizio provvisorio – PIAO provvisorio

In assenza del PIAO, perché inclusivo del piano triennale dei fabbisogni, è preclusa la possibilità di assumere personale. Pertanto, considerato che lo stesso deve seguire necessariamente l'approvazione del bilancio di previsione nelle more, al fine di evitare un pregiudizio allo svolgimento delle attività e delle funzioni istituzionali in mancanza delle risorse umane indispensabili a tal fine, è da ritenere possibile l'approvazione di un PIAO provvisorio, completo di tutte le sezioni, coerente con gli strumenti finanziari esistenti, che dovrà naturalmente sottostare e risultare conforme (per le eventuali assunzioni che si ritiene di effettuare in costanza di esercizio provvisorio) agli stanziamenti del bilancio in corso di gestione e ai vincoli dettati per l'assunzione di impegni di spesa durante tale fase.

[Corte dei conti, Collegio del controllo concomitante, 3 maggio 2023, n. 17](#)

Controllo concomitante - PNRR – Ambito accertamento – Irregolarità gestionali e responsabilità

Nella progettazione e attuazione di investimenti ricompresi nel PNRR, la sussistenza di rilevanti criticità tali da determinare l'accertamento da parte della Corte dei Conti del mancato conseguimento della milestone europea, per l'importanza rivestita dalla stessa, e per il concreto rischio di riduzione del contributo finanziario messo a disposizione dall'UE, può essere qualificabile quali gravi irregolarità gestionali ai fini della responsabilità dirigenziale, rimettendo all'Amministrazione la concreta individuazione dei dirigenti responsabili delle stesse e l'adozione delle relative procedure previste dall'ordinamento, tenuto conto che i poteri della Corte dei conti, in sede di controllo concomitante, consistono nell'accertamento delle gravi irregolarità gestionali suddette, mentre la responsabilità dirigenziale è accertata secondo le procedure e mediante gli organismi previsti nell'ambito del sistema di valutazione delle amministrazioni, nel rispetto della normativa vigente

[Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 10 febbraio 2023, n. 2](#)

Controllo ex art. 5 TUSP – Procedura

Il controllo della Corte dei Conti sugli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie può essere utilmente esercitato solo con riguardo ad atti deliberativi cui non abbia già fatto seguito la relativa attuazione societaria, in quanto la funzione attribuita alla Corte dei conti in materia, trova collocazione nel momento di passaggio tra le due fasi (pubblicistica e privatistica) che scandiscono il percorso di costituzione di una nuova società o dell'acquisizione di partecipazioni da parte della pubblica amministrazione, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato. Pertanto, nel caso in cui la richiesta di parere alla Corte dei Conti avvenga solo dopo che l'acquisto della partecipazione (o la costituzione societaria) sia stato definito in sede negoziale, l'istanza è inammissibile, fermo restando il possibile esame di tali atti, da parte della Corte dei conti, a mezzo

dell'esercizio delle altre funzioni di controllo attribuite dalla legge, in primo luogo quella vertente sugli annuali piani periodici di revisione delle partecipazioni societarie.

[Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 23 novembre 2022, n. 19](#)

Controllo ex art. 5 TUSP – Interpretazione – Ambito applicativo - finalità

Le disposizioni normative, relative all'esame degli atti deliberativi di costituzione di società o di acquisizione di partecipazioni societarie da parte delle competenti Sezioni della Corte dei conti, devono essere interpretate nel rispetto del principio di tassatività. Pertanto, il proprio ambito oggettivo di applicazione deve essere circoscritto ai soli due momenti (la costituzione di una società e l'acquisto di partecipazioni) in cui l'Amministrazione pubblica entra per la prima volta in relazione con una realtà societaria, nuova o già esistente, assumendo la qualifica di socio, essendo tale circostanza la linea di confine per distinguere gli atti deliberativi da sottoporre all'esame della Corte dei conti, e quelli invece esclusi o, meglio, per i quali la legge non ne impone la trasmissione.

Conseguentemente, le operazioni di trasformazione fra tipi societari, di fusione e di sottoscrizione di aumento di capitale sociale quando, non comportino anche l'acquisto della posizione di socio, non sono soggette a tale tipologia di controllo.

[Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, QM, 3 novembre 2022, n. 16](#)

Controllo ex art. 5 TUSP – Presupposti – Natura giuridica

L'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto, sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli normativamente ammessi; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale). La funzione di controllo attribuita alla Corte dei conti si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato.

La funzione consultiva attribuita alla Corte dei Conti su gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie, da parte di amministrazioni pubbliche, si pone a metà strada tra la funzione propriamente consultiva della Corte dei Conti e le funzioni dalla stessa svolte in sede di controllo preventivo di legittimità, rappresentando, dunque, l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti.

Controllo ex art. 5, c. 4, TUSP – Costituzione società o acquisto di partecipazioni societarie in partenariato esteso – PNRR - Società consortile a responsabilità

limitata collegata a struttura centrale e a una pluralità di enti pubblici insistenti territorio nazionale - Competenza delle Sezioni riunite in sede di controllo

Sussiste la competenza delle Sezioni riunite in sede di controllo ad esprimersi su gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie relativi al caso di un'operazione di partenariato esteso, attuata secondo le linee guida di un Ministero ed inerente ad un'iniziativa rientrante nel PNRR, dalla quale consegue la costituzione, con un'unica operazione, di una società consortile a responsabilità limitata, fortemente collegata con la struttura centrale del Ministero, da parte di una pluralità di enti pubblici, insistenti su buona parte del territorio nazionale, e ricadenti nella competenza territoriale di diverse Sezioni regionali di controllo.

Controllo ex art. 5, c. 3, TUSP - Procedura

La Sezione di controllo investita dell'esame dell'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie non deve necessariamente pronunciarsi allo stato degli atti, ma nel rispetto del principio generale del contraddittorio, può richiedere elementi informativi utili a valutare la ricorrenza dei requisiti prescritti dalla legge, fissando i tempi di riscontro da parte dell'Amministrazione, senza che ciò determini una sospensione del decorso del termine di sessanta giorni normativamente fissato

Controllo ex art. 5 TUSP - Controllo sui presupposti giuridici ed economici della scelta amministrativa

La competente Sezione della Corte dei conti nell'esprimere parere su gli atti deliberativi di costituzione di una società o di acquisto di partecipazioni societarie, da parte di amministrazioni pubbliche nel valutare i parametri della sostenibilità finanziaria e della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa verifica la completezza e l'adeguatezza degli approfondimenti condotti dall'Amministrazione, anche in ragione della complessità dell'operazione sottoposta ad esame, nonché l'affidabilità e attendibilità delle stime effettuate, ai fini di una valutazione complessiva di coerenza, ragionevolezza e compatibilità delle conclusioni cui perviene l'Amministrazione.

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

DECRETO 28 aprile 2023

Misure incentivanti in favore degli enti locali che aderiscono alle riorganizzazioni e alle aggregazioni dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. (23A02591)
(GU n.100 del 29-4-2023)

IL MINISTRO DELL'ECONOMIA
E DELLE FINANZE

di concerto con

IL MINISTRO DELL'INTERNO

e

IL MINISTRO PER GLI AFFARI REGIONALI
E LE AUTONOMIE

Visto il regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno della ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19;

Visto il regolamento (UE) 2020/2221 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 dicembre 2020 che modifica il regolamento (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda le risorse aggiuntive e le modalità di attuazione per fornire assistenza allo scopo di promuovere il superamento degli effetti della crisi nel contesto della pandemia di COVID-19 e delle sue conseguenze sociali e preparare una ripresa verde, digitale e resiliente dell'economia (REACT-EU);

Visto il regolamento (UE) 12 febbraio 2021, 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza e, in particolare, l'art. 22, che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire che l'utilizzo dei fondi, in relazione alle misure sostenute dal predetto dispositivo, sia conforme al diritto dell'unione e nazionale applicabile;

Visto il regolamento (UE) 2021/523 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021, che istituisce il programma InvestEU e che modifica il regolamento (UE) 2015/1017;

Visto il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) approvato dal Consiglio dei ministri il 29 aprile 2021 trasmesso alla Commissione europea e la proposta di decisione della Commissione europea COM (2021) 344 final del 22 giugno 2021, relativa alla valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia;

Vista la decisione del Consiglio ECOFIN del 13 luglio 2021, recante l'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e resilienza dell'Italia e notificata all'Italia dal Segretariato generale del Consiglio con nota LT161/21, del 14 luglio 2021;

Visto l'allegato riveduto della decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, sulla base della proposta della Commissione COM (2021) 344 del 22 giugno 2021;

Visto l'accordo, denominato Operational Arrangement (Ref.Ares(2021)7947180-22/12/2021) siglato dalla Commissione europea e lo Stato italiano il 22 dicembre 2021 ed in particolare gli allegati I e II;

Viste le Milestone PNRR M1C2-6 «Entrata in vigore della legge annuale sulla concorrenza 2021» e M1C2-8 «Entrata in vigore di tutti gli strumenti attuativi per

l'effettiva attuazione e applicazione delle misure derivanti dalla legge annuale sulla concorrenza 2021», nel cui contesto è inserita la riformulazione della disciplina dei servizi pubblici locali, nel contesto delle riforme PNRR;

Visto in particolare che, nell'ambito delle c.d. «condizionalita'» previste dall'Allegato alla CID dell'8 luglio 2021, si prevede che, nel riformare i servizi pubblici locali, «le norme e i meccanismi di aggregazione incentivano le unioni tra Comuni volte a ridurre il numero di enti e di amministrazioni aggiudicatrici, collegandoli ad ambiti territoriali ottimali e a bacini e livelli adeguati di servizi di trasporto pubblico locale e regionale di almeno 350.000 abitanti»;

Visto l'art. 147 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che disciplina l'organizzazione territoriale del servizio idrico integrato, nonché l'art. 172, comma 2, del decreto medesimo, che prevede il subentro del gestore del servizio idrico integrato ai soggetti operanti all'interno del medesimo ambito territoriale, al fine di garantire il rispetto del principio di unicità della gestione;

Visto l'art. 200 del decreto legislativo n. 152 del 2006 inerente all'organizzazione territoriale del servizio di gestione integrata dei rifiuti attraverso Ambiti territoriali ottimali (ATO) che consente il superamento della frammentazione delle gestioni;

Visto l'Investimento 1.1, Missione 2, Componente 1, del PNRR, per la realizzazione di nuovi impianti di gestione dei rifiuti e l'ammodernamento degli impianti esistenti, che prevede l'erogazione di finanziamenti, in prima istanza, in favore di enti di governo d'ambito territoriali ottimali operativi, per essi intendendosi gli EGATO costituiti che abbiano già provveduto all'affidamento dei servizi di settore;

Visto il decreto del Ministro della transizione ecologica (ora Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica) del 24 giugno 2022, n. 257, che ha adottato il Programma nazionale di gestione dei rifiuti, ai sensi dell'art. 198-bis del decreto legislativo n. 152 del 2006, che contiene, tra le altre, «l'indicazione dei criteri generali per l'individuazione di macroaree, definite tramite accordi tra regioni ai sensi dell'art. 117, ottavo comma, della Costituzione», al fine di razionalizzare la rete impiantistica nazionale;

Visto l'art. 14 del decreto-legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, che per il rafforzamento della governance della gestione del servizio idrico integrato prevede poteri sostitutivi in capo al Presidente della Regione e al Presidente del Consiglio dei ministri;

Visto l'art. 22, del decreto-legge 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 novembre 2022, n. 175, che, nei procedimenti autorizzativi non di competenza statale relativi a opere, impianti e infrastrutture necessari ai fabbisogni impiantistici individuati dal PNRR e dal PNRR, attribuisce poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri, ove l'autorità competente non provveda entro i termini prescritti;

Visto il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e, in particolare, l'art. 14, comma 5, concernente il divieto di soccorso finanziario;

Visto l'art. 48 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, e successive modificazioni, che dispone, al comma 4, che «Ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, gli enti affidanti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alle medesime, articolano i bacini di mobilità in più lotti, oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio, tenuto conto delle caratteristiche della domanda e salvo eccezioni motivate da economie di scala proprie di ciascuna modalità e da altre ragioni di efficienza economica, nonché relative alla specificità territoriale dell'area soggetta alle disposizioni di cui alla legge 16 aprile 1973, n. 171 e successive modificazioni. Tali eccezioni sono disciplinate con delibera dell'Autorità di regolazione dei trasporti, ai sensi dell'art. 37, comma

2, lettera f) del decreto -legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dal comma 6, lettera a), del presente articolo. Per quanto riguarda i servizi ferroviari l'Autorità può prevedere eccezioni relative anche a lotti comprendenti territori appartenenti a più regioni, previa intesa tra le regioni interessate»;

Visto l'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, recante delega al Governo in materia di servizi pubblici locali;

Visto il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118;

Visto il comma 1 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 201 del 2022 che dispone che nelle città metropolitane, anche nel rispetto delle leggi regionali, è sviluppata e potenziata la gestione integrata sul territorio dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ivi compresa la realizzazione e gestione delle reti e degli impianti funzionali. A tal fine, il comune capoluogo può essere delegato dai comuni ricompresi nella città metropolitana a esercitare le funzioni comunali in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica per conto e nell'interesse degli altri comuni;

Visto il comma 2 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 201 del 2022 che prevede che le regioni incentivano, con il coinvolgimento degli enti locali interessati, la riorganizzazione degli ambiti o bacini di riferimento dei servizi pubblici locali a rete di propria competenza, anche tramite aggregazioni volontarie, superando l'attuale assetto e orientandone l'organizzazione preferibilmente su scala regionale o comunque in modo da consentire economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio;

Visto, in particolare, il comma 3 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 201 del 2022 che dispone che con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, da adottare entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite le misure incentivanti in favore degli enti locali che aderiscono alla riorganizzazione di cui ai commi 1 e 2, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato;

Visti il comma 4 dell'art. 5 e il comma 1 dell'art. 9 del decreto legislativo n. 201 del 2022 in cui è previsto che le province esercitano funzioni di supporto tecnico-amministrativo e coordinamento in relazione ai provvedimenti e alle attività nella materia disciplinata dal presente decreto, nonché le funzioni di raccolta ed elaborazione dati e assistenza tecnica ed amministrativa agli enti locali del territorio, in attuazione dell'art. 1, comma 85, lettera d) della legge 7 aprile 2014, n. 56;

Considerato il comma 6 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 201 del 2022 che prevede che, al fine di contribuire alla razionalizzazione degli assetti istituzionali locali del settore dei rifiuti, l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente presenta alle Camere una periodica relazione semestrale sul rispetto delle prescrizioni stabilite dalla disciplina di settore per la definizione del perimetro degli ambiti territoriali e per la costituzione degli enti di governo dell'ambito;

Considerato il comma 3-bis dell'art. 172 del decreto legislativo n. 152 del 2006, che demanda all'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico il compito di presentare alle Camere una relazione sul rispetto delle prescrizioni stabilite dallo stesso decreto legislativo n. 152 del 2006 e, in particolare, a carico delle regioni, per la costituzione degli enti di governo dell'ambito, a carico degli enti di governo dell'ambito, per l'affidamento del servizio idrico integrato e a carico degli enti locali, in relazione alla partecipazione agli enti di governo dell'ambito e in merito all'affida-

mento in concessione d'uso gratuito delle infrastrutture del servizio idrico integrato ai gestori affidatari del servizio;

Vista l'intesa della Conferenza unificata sancita nella seduta del 27 aprile 2023;

Decreta:

Art. 1

Misure incentivanti

1. In favore degli enti locali che aderiscono o hanno aderito, ai sensi della normativa di settore vigente, alla riorganizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, rispettando i livelli minimi previsti per legge, anche attraverso aggregazioni volte a garantire il potenziamento, l'operatività e/o l'efficientamento degli Ambiti territoriali ottimali e dei bacini di mobilità, fermi restando le discipline di settore nonché gli incentivi di cui al comma 2 dello stesso art. 5, eventualmente previsti dalle regioni interessate, assicurando in ogni caso l'assenza di duplicazioni, sono previste le seguenti misure incentivanti: a) nel caso di finanziamenti a carico del bilancio statale relativi al servizio oggetto di aggregazione, fermo restando l'ammontare complessivo degli stessi, introduzione della previsione che la ripartizione delle risorse preveda, tra i criteri, un incremento percentuale a favore degli enti che partecipano alle aggregazioni;

b) riconoscimento di una riserva sino al 10 per cento, nel rispetto del vincolo di coesione territoriale, nelle procedure di assegnazione delle risorse finanziarie stanziata a carico del bilancio dello Stato per gli interventi a titolarità degli enti locali relativi al PNRR per attività di assistenza tecnica finalizzate all'efficace attuazione dei medesimi interventi o anche inerenti alla politica di sviluppo e coesione territoriale 2021/2027;

c) previsione di linee progettuali dedicate nell'ambito di iniziative di rafforzamento della capacità amministrativa rivolte agli enti locali e finanziate con risorse a valere sui Programmi comunitari 2021-2027 o sui relativi Programmi complementari, nel rispetto dei criteri di ammissibilità e delle procedure previste dai regolamenti europei e dall'Accordo di partenariato con l'Unione europea; d) riconoscimento di una priorità nell'accesso alle iniziative di supporto tecnico specialistico per il rafforzamento della capacità amministrativa degli enti locali poste in essere da società a partecipazione pubblica sulla base di accordi e convenzioni stipulate con le amministrazioni centrali dello Stato, senza oneri a carico degli enti locali;

e) incremento sino al 25 per cento, per un periodo non superiore a trentasei mesi, del limite di spesa previsto dall'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, non oltre le economie di spesa conseguenti all'adesione alla riorganizzazione dei servizi regolamentata dalle regioni, come certificate dall'organo di revisione economico-finanziario, fermo restando il rispetto degli equilibri di bilancio; conseguentemente il limite previsto dall'art. 23, comma 2, del decreto legislativo n. 75 del 2017, con riferimento alle unità di personale a tempo determinato assunte in applicazione della presente lettera, è adeguato per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del Fondo per la contrattazione integrativa;

f) previsione, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti, di livelli di prestazioni migliorativi rispetto ai livelli adeguati di servizio di trasporto pubblico locale e regionale a livello di ambito o lotto di riferimento;

g) attribuzione di un minor concorso alla finanza pubblica del 10 per cento rispet-

to ai criteri definiti nell'ambito del riparto di cui al comma 853 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2020, n. 178, fermo restando il concorso complessivo di 150 milioni annui;

h) considerazione, nell'ambito delle procedure di revisione della spesa, dell'efficientamento conseguente alla riorganizzazione dei servizi pubblici locali a rete;

i) possibilità di ripianare le perdite delle preesistenti società in presenza di un piano industriale del soggetto risultante dall'aggregazione che evidenzi entro tre anni successivi il recupero dell'equilibrio economico e finanziario. 2. Le misure incentivanti di cui al comma 1 si applicano a tutti gli enti locali aderenti a forme aggregate in ambiti o bacini ottimali anche se già costituiti, in relazione al potenziamento delle aggregazioni in misura superiore ai livelli minimi previsti per legge.

Art. 2

Obblighi di comunicazione

1. Al fine di dare attuazione alle misure incentivanti di cui all'art. 1:

a) le città metropolitane, entro trenta giorni successivi alla chiusura di ciascun semestre, comunicano l'elenco dei comuni che hanno delegato al comune capoluogo l'esercizio delle funzioni comunali in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica nonché le eventuali variazioni successive; b) le regioni a statuto ordinario, la Regione Siciliana e la Regione Sardegna sono tenute a comunicare, in caso di variazione dell'organizzazione degli ambiti o bacini di riferimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica di propria competenza, l'elenco degli enti locali coinvolti nella riorganizzazione, entro trenta giorni successivi alla chiusura di ciascun semestre;

c) le province, entro trenta giorni successivi alla chiusura di ciascun semestre, sono tenute a comunicare l'elenco degli enti di governo, degli enti locali in essi coinvolti e dei soggetti gestori dei servizi pubblici di rilevanza economica locale presenti nel loro territorio, nonché le eventuali variazioni successive.

2. La comunicazione di cui al comma 1 deve essere inviata all'ANAC e resa accessibile attraverso la piattaforma unica gestita da ANAC, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.

2. La comunicazione di cui al comma 1 deve essere inviata all'ANAC e resa accessibile attraverso la piattaforma unica gestita da ANAC, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.

Roma, 28 aprile 2023

Il Ministro dell'economia e delle finanze
Giorgetti

Il Ministro dell'interno
Piantedosi

Il Ministro per gli affari regionali e le autonomie
Calderoli

Registrato alla Corte dei conti il 28 aprile 2023
Ufficio di controllo sugli atti del Ministero dell'economia e delle finanze, reg. n. 695



Presidenza del Consiglio dei Ministri

IL MINISTRO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Pianificazione della formazione e sviluppo delle competenze funzionali alla transizione digitale, ecologica e amministrativa promosse dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

1. Premesse e obiettivi

La formazione e lo sviluppo delle conoscenze, delle competenze e delle capacità del personale della pubblica amministrazione costituiscono strumento fondamentale nella gestione delle risorse umane e si collocano al centro del processo di rinnovamento della pubblica amministrazione.

Qualsiasi organizzazione, infatti, per essere in linea con i tempi e rispondere ai mutamenti culturali e tecnologici della società, deve investire sulle competenze del proprio personale, attraverso una adeguata formazione.

Tale principio, pur avendo informato le politiche di formazione del personale pubblico degli ultimissimi anni, è stato tradotto in pratica con difficoltà e realizzato solo parzialmente, per effetto, tra l'altro, della riduzione delle risorse finanziarie determinata dalle politiche di *spending review*.

Il tema della formazione del capitale umano presenta oggi una rinnovata attualità nel quadro del processo di riforma della pubblica amministrazione per effetto di una pluralità di fattori:

- a) una nuova stagione di reclutamenti, che ha comportato, negli ultimi anni, una significativa immissione di nuovo personale all'interno delle amministrazioni italiane;
- b) un mondo veloce e dinamico, che richiede un necessario aggiornamento delle competenze dei circa 3,2 milioni di dipendenti pubblici;
- c) gli obiettivi di innovazione individuati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (diseguito anche "PNRR"), approvato in Consiglio dei ministri il 24 aprile 2021 e adottato con decisione della Commissione europea n. 10160/21 il 13 luglio 2021.

In particolare, la valorizzazione del capitale umano delle pubbliche amministrazioni è centrale nella strategia del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza "Sulle persone si gioca il successo non solo del PNRR, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese"⁽¹⁾.

Più nello specifico, il PNRR mira alla costruzione di una nuova pubblica amministrazione fondata "sull'ingresso di nuove generazioni di aviatrici e lavoratori e sulla valorizzazione delle persone nel lavoro, anche attraverso percorsi di crescita e aggiornamento professionale (re-skilling) con un'azione di modernizzazione costante, efficace e continua per centrare le sfide della transizione digitale e della

1 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Roma, 30 aprile 2021, p. 109.

sostenibilità ambientale”⁽²⁾.

La valorizzazione del capitale umano passa dunque attraverso il riconoscimento della centralità della leva della formazione, che deve avere valore per le persone e per l'amministrazione⁽³⁾:

- a) per i dipendenti, la formazione e la riqualificazione costituiscono un “diritto soggettivo” e, al tempo stesso, un dovere. Le attività di apprendimento e formazione, in particolare, devono essere considerate ad ogni effetto come attività lavorative;
- b) per le amministrazioni, la formazione e la riqualificazione del proprio personale devono costituire un investimento organizzativo necessario e una variabile strategica non assimilabile a mera voce di costo nell'ambito delle politiche relative al lavoro pubblico.

Dal punto di vista funzionale, il rafforzamento delle competenze del personale pubblico costituisce uno dei principali strumenti per promuovere e implementare i processi di innovazione (amministrativa, organizzativa, digitale) delle amministrazioni pubbliche e, quindi, per innalzare l'efficienza e migliorare la qualità dei servizi erogati a cittadini e imprese.

Per cogliere gli obiettivi soprarichiamati, è necessario che la formazione del personale sia inserita al centro dei processi di pianificazione e programmazione delle amministrazioni pubbliche; essa deve essere coordinata e integrata con gli obiettivi programmatici e strategici di performance dell'amministrazione, trovando una piena integrazione nel ciclo della performance econ le politiche di reclutamento, valorizzazione e sviluppo delle risorse umane⁽⁴⁾.

In questa prospettiva, le amministrazioni pubbliche hanno oggi la possibilità di riqualificare e rafforzare i processi di programmazione dell'attività formativa nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione (di seguito anche PIAO⁽⁵⁾), introdotto dall'art.6 del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 convertito, con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113. La pianificazione delle attività formative, infatti, costituisce il contenuto di una specifica sezione del PIAO (Sezione 3 Organizzazione e capitale umano, 3.3 Piano triennale dei fabbisogni del personale)⁽⁶⁾, che deve sviluppare, tra l'altro, la strategia di gestione del capitale umano e gli obiettivi formativi annuali e pluriennali.

Nella cornice ora delineata, la presente Direttiva mira a fornire indicazioni metodologiche e operative alle amministrazioni per la pianificazione, la gestione e la valutazione delle attività formative al fine di promuovere lo sviluppo delle conoscenze e delle competenze del proprio personale. Il consolidamento di questi processi, in particolare, costituisce il presupposto per innalzare l'efficacia e l'impatto degli interventi finalizzati

2 A tal fine, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede, nell'ambito del sub-investimento 2.3.1, iniziative finalizzate allo sviluppo delle competenze chiave dei dipendenti pubblici, a partire da quelle relative alla transizione digitale, ecologica e amministrativa, attraverso corsi online aperti di massa (Massive Open Online Courses-MOOCs), la creazione di Learning Communities per la condivisione di best practices e il supporto alla progettazione e implementazione di programmi formativi su competenze di tipo specialistiche o settoriali.

3 Tali obiettivi sono stati condivisi da Governo e parti sociali con la sottoscrizione del “*Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale*”, sottoscritto il 10 marzo 2021 dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro per la pubblica amministrazione con i Segretari generali della CGIL, CISL e UIL. Per approfondimenti si rinvia a PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale*, Roma, 2021.

4 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese. Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della pubblica amministrazione*, Roma, 2022, p. 4.

5 Per approfondimenti sul Piano Integrato di Attività e Organizzazione ed elementi informativi e sui documenti di programmazione adottati dalle singole amministrazioni si rinvia al sito del Dipartimento della funzione pubblica <https://piao.dfp.gov.it/>.

6 Decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 2022, n.81, Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione.

alla formazione e allo sviluppo del personale, ottimizzando, nel contempo, l'utilizzo delle risorse disponibili.

Inoltre, la Direttiva definisce le priorità di investimento in ambito formativo, tra le quali rientrano:

- lo sviluppo, in maniera diffusa e strutturale, delle competenze del personale pubblico funzionali alla realizzazione della transizione digitale, amministrativa ed ecologica delle amministrazioni stesse promosse dal PNRR;
- la strutturazione di percorsi di formazione iniziale per l'inserimento del personale neoassunto, allo scopo di fornire competenze e conoscenze finalizzate al ruolo che lo stesso andrà a ricoprire nell'ambito di ciascuna amministrazione, comprensivi di processi di *mentoring* a supporto dell'apprendimento;
- la necessità di riservare un'attenzione particolare rispetto allo sviluppo delle *soft-skills*, ovvero delle competenze trasversali, legate alla leadership, al lavoro in team, alla capacità di adattamento al cambiamento, alle capacità comunicative, ecc.;
- la necessità di dedicare una sempre maggiore attenzione al tema della formazione internazionale – considerata la costante interazione delle amministrazioni con le istituzioni europee e con gli organismi internazionali – e a quella relativa alla gestione dei finanziamenti europei, date anche le note carenze strutturali, delle amministrazioni pubbliche, in fase di progettazione ed attuazione dei programmi e degli obiettivi promossi dall'UE.

Le indicazioni contenute nella presente Direttiva e gli obiettivi specificati sono rivolti alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

L'attuazione dei principi e delle indicazioni previste dalla Direttiva è affidata, innanzi tutto, ai dirigenti responsabili della gestione delle risorse umane e, ove presenti, ai responsabili della formazione, che devono operare in sinergia con gli altri ruoli organizzativi, a partire ad esempio dal Responsabile per la trasformazione digitale, ove presente, per quanto riguarda la formazione finalizzata allo sviluppo delle competenze digitali.

Più in generale, l'attuazione della Direttiva riguarda tutti i dirigenti, cui è affidato, tra gli altri, il compito di gestire le risorse umane promuovendone lo sviluppo e la crescita.

In questa prospettiva, la promozione della formazione e, in particolare, della partecipazione attiva dei dipendenti alle iniziative di sviluppo delle competenze promosse costituisce un obiettivo di performance dei dirigenti.

2. Il rinnovato contesto ordinamentale

Le modalità di programmazione della formazione da parte delle amministrazioni pubbliche sono state significativamente innovate dal decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113.

In particolare, l'art. 6 del decreto-legge prevede che le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con esclusione delle scuole di ogni ordine e grado e delle istituzioni educative, programmano le attività di formazione del proprio personale attraverso la specifica sezione del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO).

Il decreto del Ministro per la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze n.132 del 30 giugno 2022 ha definito il contenuto del

Piano integrato di attività e organizzazione⁷⁾; esso ha previsto, per quanto riguarda i contenuti, che la sezione di programmazione 3.3 – Piano triennale dei fabbisogni di personale, espliciti:

- a) le priorità strategiche della formazione del personale in termini di riqualificazione o potenziamento delle competenze tecniche e trasversali, organizzate per livello organizzativo e per filiera professionale;
- b) le risorse interne ed esterne disponibili e/o “attivabili” ai fini delle strategie formative;
- c) le misure volte ad incentivare e favorire l’accesso a percorsi di istruzione e qualificazione del personale laureato e non laureato (ad esempio, politiche di permessi per il diritto allo studio e di conciliazione);
- d) gli obiettivi e i risultati attesi (a livello qualitativo, quantitativo e in termini temporali) della formazione dal punto di vista della riqualificazione e del potenziamento delle competenze e del livello di istruzione e specializzazione dei dipendenti, anche con riferimento al collegamento con la valutazione individuale, inteso come strumento di sviluppo.

In questa rinnovata cornice, il riferimento strategico per la programmazione degli interventi formativi nelle amministrazioni, per i prossimi anni, è rappresentato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che individua la formazione quale strumento operativo per il potenziamento e lo sviluppo del capitale umano necessario per cogliere gli obiettivi della transizione digitale, amministrativa ed ecologica.

Le priorità della formazione individuate dal PNRR hanno trovato una specificazione nel Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della pubblica amministrazione “*Riformare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese*” adottato dal Ministro per la pubblica amministrazione il 10 gennaio 2022. Il Piano strategico riguarda tutti gli ambiti di conoscenza per l’attuazione del PNRR, non solo quelli giuridici ed economici tradizionalmente oggetto di investimento formativo; mira allo sviluppo di competenze tecniche, organizzative e manageriali, che le transizioni amministrativa, digitale ed ecologica richiedono di acquisire, per tutte le figure professionali delle amministrazioni.

In particolare, il Piano strategico pone l’attenzione sullo sviluppo di un set di competenze comuni a tutti i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, a partire da quelle digitali: queste ultime sono definite come le competenze necessarie affinché ciascun dipendente comprenda, accetti e adotti i nuovi strumenti a disposizione e i cambiamenti nei processi di lavoro che questi comportano, in modo da essere promotore dell’innovazione nella prospettiva del miglioramento del servizio, del rapporto con i cittadini e della qualità del proprio lavoro.

Il riferimento per la formazione delle competenze digitali del personale pubblico è rappresentato dal documento metodologico “*Syllabus delle competenze digitali per la PA*” del Dipartimento della funzione pubblica⁸⁾. Il documento descrive le competenze digitali minime richieste ad ogni dipendente pubblico, con particolare riferimento a quelle connesse a norme e strumenti relativi ai processi di trasformazione digitale dell’amministrazione italiana e all’erogazione dei servizi *on-line* a cittadini e imprese; le competenze digitali sono organizzate in 5 aree, 11 specifiche competenze e tre livelli di padronanza (base, intermedio e avanzato).

7 La sezione dei PIAO relativa alla programmazione delle attività di formazione deve essere compilata da tutte le amministrazioni, a prescindere dalle dimensioni in termini di numero di dipendenti.

8 Per approfondimenti su questo tema si rinvia a PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Syllabus “Competenze digitali per la PA”*, Roma, 2022, consultabile all’indirizzo: https://www.competenzedigitali.gov.it/fileadmin//user_upload/documenti/28feb22_Syllabus-competenze-digitali-pa_v2.pdf.

Ulteriori indicazioni strategiche per la programmazione e la progettazione della formazione del personale delle amministrazioni pubbliche sono individuate dalla stessa norma introduttiva del PIAO (art. 6 del d.l. n. 80 del 2021), che indica, quali priorità della formazione, quelle finalizzate *“al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali, l'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale”* (art. 6, comma 2, lett. b).

A livello territoriale, occorre rammentare che il CCNL Funzioni locali 2019-2021, sottoscritto il 16.11.2022, all'art. 54 *“Principi generali e finalità della formazione”* prevede che le attività formative programmate nei documenti di pianificazione debbano essere funzionali, tra l'altro a:

- a) *“assicurare il supporto conoscitivo al fine di assicurare l'operatività dei servizi migliorandone la qualità e l'efficienza con particolare riguardo allo sviluppo delle competenze digitali”;*
- b) *“garantire l'aggiornamento professionale in relazione all'utilizzo di nuove metodologie lavorative ovvero di nuove tecnologie, nonché il costante adeguamento delle prassi lavorative alle eventuali innovazioni intervenute, anche per effetto di nuove disposizioni legislative”.*

Al riguardo l'art. 56 *“Pianificazione strategica di conoscenze e saperi”* stabilisce che *“Gli enti, nell'ambito di quanto previsto dall'art. 54 (Principi generali e finalità della formazione) comma 3, favoriscono misure formative finalizzate alla transizione digitale nonché interventi di supporto per l'acquisizione e l'arricchimento delle competenze digitali, in particolare quelle di base”.*

Infine, l'art. 55 del citato CCNL *“Destinatari e processi della formazione”* stabilisce che *“Nell'ambito dei piani di formazione sono individuate attività di formazione che si concludono con l'accertamento dell'avvenuto accrescimento della professionalità del singolodipendente, attestato attraverso certificazione finale delle competenze acquisite, da parte dei soggetti che l'hanno attuata, in collegamento con le progressioni economiche”.*

A quanto detto, si aggiungono inoltre altri obiettivi formativi generali e trasversali comuni a tutte le amministrazioni, previsti per sostenere specifici processi di innovazione, a partire da quelli funzionali all'introduzione di nuovi modelli di lavoro pubblico e, in particolare, del lavoro agile.

Le Linee guida in materia di *smart working* adottate nel dicembre 2021⁽⁹⁾ richiamano inoltre le amministrazioni alla necessità di prevedere specifiche iniziative formative per il personale che usufruisce di tale modalità di svolgimento della prestazione.

La formazione, infatti, costituisce una leva fondamentale per sostenere il processo di transizione verso un lavoro agile che non rappresenti la trasposizione fuori ufficio delle stesse logiche del lavoro tradizionalmente praticate in presenza; essa deve perseguire l'obiettivo di addestrare i dipendenti all'utilizzo delle piattaforme di comunicazione e degli altri strumenti previsti per operare in modalità agile nonché di diffondere moduli organizzativi che rafforzino il lavoro in autonomia, nonché l'*empowerment*, la delega decisionale, la collaborazione e la condivisione delle informazioni.

Da ultimo, le nuove *“Linee Guida per l'accesso alla dirigenza pubblica”*, adottate con DM del 28 settembre 2022, in coerenza con i tasselli di riforma della pubblica amministrazione previsti dal PNRR e con i provvedimenti attuati in materia, introducono

⁹ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DI PARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Schema di Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, del decreto del Ministro per la pubblica amministrazione recante modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, Roma, Dicembre 2021.

l'obiettivo della valorizzazione delle competenze e delle *soft skills*, sia in fase di accesso alla pubblica amministrazione, sia nell'ambito dell'individuazione dei percorsi formativi e di carriera dei dipendenti.

3. Il “ciclo di gestione” della formazione nelle amministrazioni pubbliche

La progettazione e l'erogazione della formazione in favore del personale delle amministrazioni muove dalla rilevazione dei fabbisogni, che deve essere condotta partendo dai bisogni organizzativi e dalle competenze individuali dei dipendenti, tenendo conto dell'attività di programmazione delle assunzioni e di quanto previsto dai contratti e dagli accordi sindacali.

Uno dei principali elementi di debolezza della formazione nella pubblica amministrazione è consistito, in passato, in una rilevazione e analisi dei fabbisogni individuali e organizzativi spesso assente e incompleta, o priva di una visione strategica.

A questo proposito, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza fornisce una diagnosi precisa, individuando le principali cause della ridotta efficacia della formazione, tra le quali¹⁰:

- la mancanza di una gestione “per competenze”, che ha ridotto spesso la programmazione a una mera pianificazione di sostituzione del personale che cessa dal servizio;
- la carente capacità delle amministrazioni di proiettare nell'orizzonte di medio e lungo periodo la propria fisionomia, definendone i contorni in termini di competenze necessarie per rispondere efficacemente alle istanze dei cittadini e del mondo produttivo;
- l'inadeguatezza dei sistemi di gestione delle risorse umane che spesso difettano di strumenti in grado di tenere alta la motivazione dei dipendenti e di valorizzarne efficacemente l'apporto.

Quanto ai contenuti della formazione, il PNRR richiama l'attenzione delle amministrazioni sulla necessità di attivare dei percorsi formativi differenziati per target di riferimento individuati a partire dall'effettiva rilevazione dei *gap* di competenze rispetto ad ambiti strategici comuni a tutti i dipendenti o specifici e professionalizzanti¹¹.

In linea con l'impostazione riaffermata nel PNRR, pertanto, il “ciclo di gestione” della formazione nelle amministrazioni pubbliche:

- a) si attiva a partire dall'individuazione delle priorità strategiche comuni e della singola amministrazione e dall'analisi del fabbisogno di competenze a livello organizzativo e per famiglie professionali;
- b) presuppone la verifica, a livello individuale, delle competenze “in ingresso”, al fine di accertare il livello di conoscenza e padronanza detenuto da ciascun dipendente con riferimento ad uno specifico ambito di conoscenza/competenza;
- c) deve prevedere l'erogazione di una formazione mirata, individuata con l'obiettivo di ridurre/colmare i *gap* di conoscenza e di competenza di ciascun dipendente;
- d) si conclude con la verifica delle competenze “in uscita”, a valle delle attività formative, in modo da rilevare e attestare i progressi compiuti in termini di incremento di conoscenze e competenze a livello individuale e organizzativo, attraverso l'aggregazione e analisi degli esiti.

10 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p. 49.

11 PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., p.5 0.

In tale processo, requisiti e fattori di successo della formazione sono¹²:

- a) la progettazione a partire dalla individuazione delle competenze necessarie per l'innovazione e il cambiamento, e non dai “mestieri” delle amministrazioni;
- b) la velocità di progettazione e di erogazione, in modo che ciascuna amministrazione possa disporre delle competenze di cui ha bisogno in tempi utili per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e, più in generale, per implementare i processi di innovazione e migliorare la qualità dei servizi erogati a cittadini e imprese;
- c) la qualità dei contenuti, che può essere assicurata attraverso la realizzazione di investimenti su una formazione guidata dagli obiettivi di missione e di servizio dell'organizzazione e dai suoi specifici fabbisogni;
- d) la “certificazione” delle competenze acquisite attraverso la formazione da parte dei dipendenti pubblici, integrandole nei percorsi di carriera secondo quanto previsto dalla legge e dai contratti collettivi nazionali ed integrativi;
- e) l'utilizzo della formazione quale leva strategica rafforzare e sviluppare il senso e il valore pubblico del lavoro nella pubblica amministrazione da parte dei propri dipendenti.

Un sistema formativo realizzato in coerenza con i principi sopra elencati e sostenuto dallo sviluppo di un adeguato sistema informativo consente di:

1. cogliere risultati di qualità in termini di miglioramento delle competenze del personale pubblico e di impatto della formazione sui processi di cambiamento e di innovazione;
2. conseguire una migliore allocazione delle risorse finanziarie destinate alla formazione rispetto alle priorità definite e ai fabbisogni reali;
3. rendicontare, in maniera specifica per gli interventi finanziati nell'ambito del PNRR, ma più in generale per tutti gli investimenti in formazione, l'effettivo raggiungimento degli obiettivi e dei target in termini di miglioramento delle competenze del personale pubblico.

3.1 La definizione degli obiettivi formativi

Al fine di assicurare una formazione permanente e diffusa del proprio personale, le amministrazioni pubbliche individuano obiettivi formativi di carattere generale, come indicati nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, potenzialmente rivolti a tutti i dipendenti e obiettivi formativi specifici, connessi a finalità strategiche dell'amministrazione, a obiettivi di performance e/o relativi a particolari figure/famiglie professionali.

Nel quadro delle priorità strategiche e degli obiettivi formativi di carattere generale di cui sopra, le amministrazioni programmano obiettivi di sviluppo delle competenze del personale funzionali alla realizzazione delle transizioni digitale, ecologica e amministrativa individuate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. I potenziali destinatari della formazione debbono essere tutti i dipendenti dell'amministrazione.

A questo proposito, giova ricordare che il perseguimento dei target fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – espressi in termini di “dipendenti pubblici partecipanti ad iniziative di *up-skilling* e *re-skilling*” e di “dipendenti che hanno completato con successo le attività di formazione” – è da considerarsi responsabilità collettiva di tutte le amministrazioni: è, infatti, la loro adesione alle finalità e agli obiettivi formativi indivi-

¹² I principi sono tratti da PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA, *Piano strategico per la valorizzazione e lo sviluppo del capitale umano della pubblica amministrazione “Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese”*, Roma, 10 gennaio 2022, p. 3.

duati dal PNRR che consente il raggiungimento del risultato di un rafforzamento diffuso e uniforme delle competenze del personale di tutte le amministrazioni, centrali e locali.

Con specifico riguardo allo sviluppo delle competenze digitali, ai fini del perseguimento dei target fissati dal PNRR, entro il 30.06.2023, le amministrazioni che non hanno ancora avviato i propri dipendenti alla formazione messa a disposizione dal Dipartimento della funzione pubblica, si registrano sulla piattaforma “Syllabus” del Dipartimento (<https://syllabus.gov.it>), indicando il proprio responsabile della formazione – ovvero, ove non presente, un altro referente – e individuando e abilitando i dipendenti da avviare all’attività formativa.

In considerazione dei contenuti delle competenze digitali – relativi, tra l’altro, ai temi della sicurezza informatica, dell’utilizzo degli strumenti di tecnologici e di *collaboration*, etc. – tale tipologia di formazione riveste particolare rilievo per i dipendenti che svolgono la loro prestazione lavorativa anche in modalità agile o da remoto.

Entro sei mesi dalla registrazione in piattaforma, le amministrazioni pubbliche, anche nelle more della revisione del PIAO, assicurano il completamento delle attività di *assessment* e l’avvio della formazione da parte di almeno il 30% dei propri dipendenti; le amministrazioni che hanno aderito all’offerta formativa del Dipartimento della funzione pubblica sulle competenze digitali entro il 28 febbraio 2023, assicurano il conseguimento del medesimo risultato entro il 30 settembre 2023.

L’obiettivo della formazione sulle competenze digitali è finalizzato al conseguimento, da parte di ciascun dipendente, di un livello di padronanza superiore a quello riscontrato ad esito del test di *assessment* iniziale per almeno 8 delle 11 competenze descritte nel citato Syllabus “Competenze digitali per la PA” (obiettivo formativo). Più precisamente, ciascun dipendente deve conseguire il miglioramento della padronanza delle competenze oggetto della formazione per almeno un livello (ad esempio, da base ad intermedio); tuttavia, può scegliere di proseguire il percorso di miglioramento delle proprie competenze – tenuto anche conto del fatto che il catalogo della formazione sarà progressivamente aggiornato – fino a giungere al livello di padronanza avanzato.

L’obiettivo formativo previsto per i dipendenti dovrà essere conseguito entro sei mesi dall’avvio delle attività formative.

Negli anni successivi, le amministrazioni pianificano nel PIAO lo sviluppo delle competenze digitali dei propri dipendenti in modo tale da assicurare il conseguimento dei seguenti obiettivi:

1. completamento delle attività di *assessment* e conseguimento dell’obiettivo formativo da parte di una ulteriore quota del personale non inferiore al 25% entro il 31 dicembre 2024;
2. completamento delle attività di *assessment* e conseguimento dell’obiettivo formativo da parte di una ulteriore quota del personale non inferiore al 20% entro il 31 dicembre 2025.

La verifica dell’andamento della formazione e il monitoraggio del livello di raggiungimento degli obiettivi sopraindicati potrà essere operato, dal referente di ciascuna amministrazione, attraverso l’utilizzo di specifiche funzionalità della piattaforma “Syllabus”.

Il personale individuato dalle amministrazioni accede alla piattaforma Syllabus esclusivamente attraverso la propria identità digitale (SPID, CIE, CNS, eIDAS). Ciò, tenuto conto delle finalità della piattaforma stessa quale strumento di erogazione dell’attività formativa e di attestazione dei risultati di apprendimento (vedi successivo paragrafo 3.2).

Per quanto riguarda la formazione inerente alla transizione ecologica, amministrativa e relativa ad altri ambiti tematici strategici promossa nell’ambito del PNRR dal Dipartimento della funzione pubblica (vedi successivo paragrafo 4), verranno fissate

analoghe modalità e termini di adesione del personale delle amministrazioni pubbliche con successivi atti di indirizzo.

Come anticipato, oltre a obiettivi formativi di carattere generale, le amministrazioni pubbliche individuano obiettivi formativi specifici correlati a finalità strategiche connesse alla propria missione, a particolari obiettivi di *performance* e/o relativi a specifiche figure/famiglie professionali. In questo caso, la formazione è finalizzata a far conseguire ai dipendenti il più alto grado di operatività ed autonomia in relazione alle funzioni assegnate, tenendo conto dell'evoluzione della normativa e delle conoscenze riferite ai contesti di lavoro, delle caratteristiche tecnologiche ed organizzative degli stessi contesti, nonché delle innovazioni introdotte, con specifico riferimento a quelle funzionali alle modalità di erogazione dei servizi a cittadini e imprese.

La definizione degli obiettivi formativi deve essere condotta a partire dalla identificazione delle competenze richieste ai dipendenti per essere efficaci nella propria prestazione lavorativa e dalla costruzione di un modello di competenze e deve prevedere la mappatura dei principali *gap* di competenza da colmare.

Al fine di una efficace programmazione delle attività formative, gli obiettivi di sviluppo delle competenze del personale indicati nel Piano Integrato di Attività e Organizzazione devono essere dettagliati:

- a) per macroaree tematiche: formazione manageriale, formazione tecnica, formazione per il lavoro agile, etc.;
- b) per target di soggetti beneficiari: formazione per neoassunti; formazione rivolta alle dipendenti, per supportare le politiche di genere; formazione rivolta a dipendenti over 50, finalizzata a superare il “*digital gap*”; formazione finalizzata a realizzare processi di *up-skilling* e *re-skilling* del personale, a seguito dei processi di innovazione; formazione per i dipendenti che svolgono in parte la loro prestazione lavorativa fuori dall'ufficio, in modalità agile o da remoto; etc.;
- c) in relazione alle metodologie utilizzate – in funzione dei contenuti e dei target sopra indicati – specificando se si tratta di modalità in presenza o a distanza (formazione in aula, convegni, seminari, *webinar*, *web training*, *coaching*, *e-learning*, *smart learning*, etc.).

Le pubbliche amministrazioni dovranno garantire a ciascun dipendente, sia per la formazione relativa alle competenze trasversali, sia per quella riferita a obiettivi “specifici”, in base ad una programmazione che segua l'iter descritto, almeno 24 ore di formazione/anno.

Per quel che attiene agli obiettivi formativi, espressi come sopra, sia intermini di dipendenti coinvolti (in valore assoluto e %) chiedi ore/anno, ciascuna amministrazione ne dà conto all'interno del proprio PIAO e in sede di verifica dello stato di attuazione dello stesso. Il Dipartimento della funzione pubblica promuoverà un apposito monitoraggio, anche avvalendosi della piattaforma “*Syllabus*” (v. *in-fra*).

3.2 La misurazione e la valutazione dei risultati

Un elemento qualificante dell'attività formativa è rappresentato dalla misurazione dei risultati conseguiti, anche in termini di scostamenti rispetto agli obiettivi programmati. A tal fine, le amministrazioni pubbliche definiscono e specificano, nell'apposita sezione del PIAO, i sistemi di monitoraggio e valutazione utilizzati e i relativi indicatori, distinti in:

- a) indicatori di output/di realizzazione, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo: numero di dipendenti iscritti a corsi di formazione; numero di dipendenti che hanno completato la formazione; ore di formazione annue fruite per unità di personale; ore di formazione fruite in presenza e ore di formazione fruite a distanza; etc.;

- b) indicatori di *out come*/impatto, quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo: *gap* tra il livello di conoscenze/competenze “in entrata” e quello “in uscita”; sviluppo delle conoscenze a livello individuale e/o di gruppo; percentuale di dipendenti che hanno realizzato un piano di sviluppo individuale; etc.

I sistemi di monitoraggio utilizzabili includono gli strumenti messi a disposizione, ai fini dell'attuazione degli investimenti di *up-skilling* e *reskilling* previsti dal PNRR, dal Dipartimento della funzione pubblica e dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione e da *Formez*, in qualità di soggetti attuatori.

Il sistema di indicatori della formazione costituisce la base di partenza per una attività sistematica di raccolta delle informazioni necessarie per migliorare e rafforzare il processo di programmazione dell'attività formativa.

La partecipazione dei dipendenti ai percorsi formativi individuati ed il completamento dei medesimi è valutata positivamente dall'amministrazione nell'ambito della valutazione della performance individuale, anche attraverso la previsione di una sezione dedicata agli obiettivi formativi, all'interno delle schede di programmazione della performance.

Il raggiungimento degli obiettivi formativi da parte dei dipendenti rileva altresì in termini di “risultati conseguiti e valutazione positiva” ai fini delle progressioni professionali all'interno della stessa area e fra le aree o qualifiche diverse.

4. L'offerta formativa promossa dal Dipartimento della funzione pubblica

Il Dipartimento della funzione pubblica, al fine del perseguimento degli obiettivi di formazione descritti, promuove – anche per il tramite della Scuola Nazionale dell'Amministrazione e di *FormezPA* – interventi formativi rivolti alle amministrazioni e ai loro dipendenti per il rafforzamento delle competenze di base e professionalizzanti, a supporto della transizione digitale, ecologica e amministrativa mediante:

- a) la messa a disposizione di corsi di formazione in modalità da remoto (*e-learning*), attraverso la nuova piattaforma *online* del Dipartimento della funzione pubblica “*Syllabus*” (<https://syllabus.gov.it>) che consente a ciascun dipendente abilitato dall'amministrazione di appartenenza di:
- rilevare, anche attraverso un test in ingresso, il proprio livello di padronanza rispetto alle diverse aree di competenza;
 - accedere ad un percorso formativo personalizzato, finalizzato a migliorare i livelli di conoscenza e competenza, a partire da quelli per i quali l'*assessment* ha individuato specifiche carenze;
 - rilevare, all'esito della formazione fruita, i progressi conseguiti in termini di livelli di padronanza sulle singole competenze. I progressi di ciascun dipendente saranno attestati dalla piattaforma attraverso certificati o riconoscimenti digitali contenenti informazioni strutturate (metadati) in uno standard open che li renderà personali, portatili e verificabili (*digital openbadge*), anche nella prospettiva della creazione del fascicolo della formazione del dipendente;
- b) il rafforzamento delle conoscenze e delle competenze realizzato dai dipendenti della pubblica amministrazione, attraverso corsi di formazione erogati dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione, cui i cataloghi dei corsi sono consultabili sul sito internet della Scuola;
- c) l'attivazione di condizioni agevolate per l'iscrizione dei dipendenti pubblici ad una ricca offerta formativa, che comprende corsi di laurea triennali e specialistici, master di I e di II livello e corsi di alta specializzazione, presso un ampio numero di Università aderenti all'iniziativa “PA 110 e lode”, in continuo aggiornamento e

consultabili all'indirizzo internet <https://www.funzionepubblica.gov.it/formazione/pa-110-e-lode>.

d) la promozione di comunità di pratiche, al fine di mettere in condivisione, tra i responsabili preposti all'istruzione del personale di tutte le amministrazioni di livello nazionale e locale, processi, buone pratiche, risultati conseguiti.

Le amministrazioni pubbliche individuano, in accordo con i dipendenti, obiettivi formativi e piani di formazione individuali, in modo da coniugare la crescita e lo sviluppo dei singoli dipendenti con gli obiettivi di performance di innovazione delle amministrazioni.

Il Dipartimento della funzione pubblica promuove, annualmente, un monitoraggio dei risultati conseguiti dalle amministrazioni pubbliche – centrali e locali – in tema di formazione del personale, anche in un'ottica di comparazione e di verifica del raggiungimento degli obiettivi fissati dalla presente Direttiva.

A tal fine, verrà sviluppata una apposita sezione della piattaforma “*Syllabus*” ove le amministrazioni indicheranno i risultati complessivamente raggiunti dal proprio personale.

Sen. Paolo Zangrillo

Codice Etico

della Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Doveri dell'editore

La pubblicazione degli esiti di una rivista scientifica è un processo complesso e delicato, che richiede autonomia, rigore e serietà a tutti i soggetti coinvolti, a partire dall'editore. A tale scopo, Comunicare – ANCI Comunicazione ed Eventi – srl società unipersonale, nella sua qualità di editore della “Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni”, è impegnata nel rispettare e far rispettare le più aggiornate prassi internazionali, nonché i principi del *COPE's Code of Conduct and Best Practice for Journal Editors* (a seguire, anche solo le “Linee Guida COPE”) e i criteri di cui al Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, e nell'ammettere alla pubblicazione esclusivamente contributi originali, redatti secondo alti *standard* scientifici ed editoriali, rispettosi della proprietà intellettuale e del diritto d'autore e non sottoposti contemporaneamente a valutazione presso altre riviste. L'editore sostiene, inoltre, l'indipendenza della ricerca, condanna il plagio e disapprova la violazione del *copyright*. Lo stesso, infine, si impegna a collaborare con gli organi della Rivista al fine della ricerca di ogni utile soluzione alle questioni, anche di carattere organizzativo, dagli stessi sollevate.

Doveri degli organi della Rivista

Il Direttore Responsabile, il Direttore Scientifico e gli altri organi della Rivista sono tenuti ad agire in piena autonomia e indipendenza e a rispettare le norme di legge in materia di stampa, quanto indicato nelle Linee Guida COPE, nonché nel citato Regolamento ANVUR, oltre che nel Regolamento di funzionamento della Rivista. Gli stessi, nelle proprie attività, e per quanto di rispettiva competenza, mantengono la massima riservatezza sui contributi ricevuti ed esaminati, impegnandosi a non farne in alcun modo uso personale nelle proprie attività di ricerca, ed evitano e denunciano ogni conflitto d'interessi. L'attività di valutazione dei contributi, inoltre, sia pure nel perseguimento della linea editoriale e degli obiettivi culturali della Rivista, deve svolgersi in base al solo contenuto scientifico degli stessi, senza alcuna distinzione di sesso, razza, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico dell'Autore. Allo stesso modo, la scelta dei *referee* per la procedura di *peer-review* deve avvenire in assenza di conflitti di interessi e al solo fine di una valutazione obiettiva, rigorosa ed equilibrata dei contributi.

Doveri dei *referee*

I *referee* selezionati devono attenersi alle Linee Guida COPE e a criteri di autonomia e indipendenza, evitando conflitti d'interessi e garantendo, oltre che il richiedo anonimato, un impegno obiettivo, rigoroso e serio, nel rispettare i seguenti requisiti etici: contributo alla decisione della Direzione Scientifica, rispetto dei tempi assegnati per la revisione, riservatezza. In particolare, i contributi ricevuti devono essere trattati come documenti riservati, e non possono essere mostrati o discussi con chiunque non sia stato previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Il *referee* che non si senta qualificato all'attività di revisione del contributo assegnato o che si trovi in conflitto di interessi o che non possa rispettare i tempi

previsti deve comunicare la propria rinuncia. Il *referee* si impegna a riportare gli esiti dell'attività di referaggio in una scheda anonima digitale, con un giudizio finale in ordine alla pubblicabilità del contributo.

Doveri degli Autori

Gli Autori devono attenersi alle Linee Guida COPE e devono garantire l'autenticità e l'originalità dei propri contributi, il rispetto delle norme in materia di diritto d'autore e proprietà intellettuale, nonché dei criteri redazionali della Rivista; la corretta ed esaustiva indicazione delle fonti impiegate; la veridicità delle fonti e dei dati citati; l'assenza di conflitti d'interessi e la disponibilità a correggere gli errori nei contributi, nonché a considerare le proposte di adeguamento alle valutazioni dei *referee*; l'indicazione come co-autore di coloro che abbiano contribuito in maniera sostanziale alla formazione del contributo, che ne hanno approvato la stesura definitiva dello stesso o espresso l'accordo sulla pubblicazione.

Istruzioni per gli Autori

STRUTTURA TESTO

PARAGRAFI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi, numerati progressivamente con cifre arabe puntate (1., 2., 3. Ecc.) ed eventualmente in sotto paragrafi con propria numerazione (1.1, 1.2, 1.3, ecc.), non superando il doppio livello di partizione. Nel testo, occorre riportare i titoli dei paragrafi; i sotto paragrafi non vanno titolati.

SOMMARIO

Il testo deve essere preceduto da un SOMMARIO che deve riprodurre esattamente numeri e titoli dei paragrafi ed eventuali sotto paragrafi.

CARATTERE E CORPO

I contenuti devono essere impostati con diversi criteri di carattere/font e grandezze di carattere, come descritti di seguito.

TITOLO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1.

SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Bold, Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1.

TITOLO DI PARAGRAFO SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Normale, corpo 12, interlinea 1

NUMERI DI PARAGRAFO SOMMARIO: Times New Roman Bold.

TITOLETTO DI PARAGRAFO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1,5

PARAGRAFO DI TESTO: carattere/font Times New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 12, interlinea 1,5.

NOTE A PIÈ DI PAGINA: carattere/font Time New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 10, interlinea 1, con riduzione di corpo delle note a fondo pagina.

ABSTRACT: carattere/font Times New Roman Bold Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1,5.

CITAZIONI

Per le citazioni, nel testo e in nota, vanno osservati i seguenti criteri:

- Per la *legislazione*: la prima volta va indicato il provvedimento per esteso, con data e numero (es: legge 7 agosto 1990, n. 241). In seguito, lo stesso provvedimento va indicato in forma abbreviata (l. n. 241/1990). Per la citazione di articoli e commi, occorre indicare prima l'articolo, poi il comma (art. 1, c. 1, della l. n. 241/1990).
- Per la *giurisprudenza*: la prima volta le decisioni devono essere segnalate con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, della data e del numero (es: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 1995, n.1). In seguito, la stessa decisione va indicata in forma abbreviata (Cons. St., IV, n. 1, 1995).

- Per la *dottrina*, occorre inserire: iniziale del nome (MAIUSCOLO); cognome per esteso (MAIUSCOLETTO), titolo (*corsivo*); luogo di edizione; editore; anno di pubblicazione; numero di pagina (non preceduto da p.).
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)
Per le edizioni successive alla prima, indicare l'edizione citata con cifra araba scritta come apice del titolo.
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*¹⁹⁸⁵, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)

Gli scritti contenuti in opere collettive, dizionari, enciclopedie, ecc., vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, dell'opera di cui fanno parte (titolo completo, luogo edizione, editore, anno di pubblicazione).

Gli scritti contenuti in riviste, vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione, della parte e della pagina.

Citando la stessa opera per la seconda volta, occorre indicare l'autore e le prime parole del titolo seguito da "cit." (es: M. ROSSI, *Lineamenti*, cit.).

- Per le *abbreviazioni*, seguire i criteri dell'Enciclopedia giuridica Treccani (allegati);
- I nomi di *enti, associazioni, organizzazioni*, ecc.: la prima volta, devono essere indicati per esteso con la sola iniziale maiuscola, seguita dalla sigla tra parentesi, in maiuscolo. Es. Organizzazione delle nazioni unite (ONU). Le volte successive, va riportata solo la sigla.
- I *numeri* vanno citati per esteso, a lettere (anni Novanta, sette per cento, ecc.)
- L'uso delle *maiuscole* va limitato ai nomi propri o di enti (es Ministero dell'istruzione).

NOTE

Vanno inserite a piè di pagina e non nel testo.

Modalità di invio del contributo

Abstract: il contributo va inviato alla Rivista accompagnato da un *abstract*, in lingua italiana e inglese, di lunghezza non superiore alle 200 parole e non più di 1500 caratteri complessivi (spazi inclusi).

Profilo biografico dell'autore: unitamente al contributo, gli autori devono inviare un breve profilo biografico (qualifica, attività di studio più recente, ecc.), di lunghezza non superiore alle 70 parole e non più di 500 caratteri (spazi inclusi).



ISSN 2974-9115

ISBN 9788896280034



9 788896 280034 >