



Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

Rassegna di dottrina
Luglio 2022

Sommario

Autorità amministrative indipendenti

Beni pubblici

Piano nazionale di Ripresa e Resilienza

Sanzioni amministrative

Servizi pubblici

Autorità amministrative indipendenti

C. Volpe, *“Attualità in materia antitrust”*, in sito Giustizia amministrativa, il 6 luglio 2022;

Beni pubblici

M. Mazzuca, *“Sul concetto di beni “a destinazione pubblica”: beni culturali, interessi collettivi e diritto di prelazione. Note a margine di un seminario di studi”*, in federalismi.it, il 27 luglio 2022;

Piano nazionale di Ripresa e Resilienza

C. Adesso, *“Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house”*, in sito Giustizia amministrativa, il 5 luglio 2022;

Sanzioni amministrative

N. Durante, *“Il concorso tra norme amministrative e penali: il problema del ne bis in idem alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022”*, in sito Giustizia amministrativa, luglio 2022;

Servizi pubblici

A. Migliozi, *“I Servizi pubblici locali Ragioni tecniche, esigenze umanitarie e ruolo del giudice amministrativo Notazioni minime”*, in sito Giustizia amministrativa, il 21 luglio 2022;

Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house

1. Modelli gestionali di attuazione del PNRR-partenariato pubblico privato e società *in house*¹.

La capacità del PNRR di realizzare quella stabile ripresa economica che ne rappresenta l'obiettivo ultimo è strettamente dipendente dalla scelta di modelli efficienti di attuazione degli interventi programmati e di gestione delle notevoli risorse messe in campo. L'efficienza e l'adeguatezza del modello di attuazione è, peraltro, indissolubilmente legata al fattore temporale di realizzazione dell'intervento che ne rappresenta una componente di risultato.

L'utilizzo della spesa pubblica come strumento di leva economica esige un'azione amministrativa fortemente improntata ad un'ottica di risultato, un rafforzamento delle capacità operative e gestionali del soggetto pubblico mediante un ampliamento del patrimonio conoscitivo tecnico, scientifico ed economico, la flessibilità dello strumento contrattuale e la sostenibilità nel tempo dell'operazione economica.

Il partenariato pubblico privato (contrattuale e istituzionalizzato) e l'*in house* costituiscono due strumenti in grado di soddisfare le esigenze sopra indicate e, quindi, idonei a rivestire un ruolo strategico nella realizzazione del piano degli interventi programmati.

La valenza strategica di entrambi gli istituti non è, peraltro, limitata al singolo intervento o programma, ma investe, in un'ottica di più ampio respiro, un processo di ammodernamento della

¹ Relazione in occasione del convegno "5° rassegna di diritto pubblico dell'economia", Varese 17 e 18 giugno 2022.

pubblica amministrazione, atto a determinarne l'affrancamento dalla logica statica di mero acquirente del bene o del servizio e l'evoluzione verso una figura operatore pubblico-professionale in grado di selezionare il *partner* privato e lo strumento negoziale più adeguati all'interesse da soddisfare, di utilizzare il contratto e il relativo regolamento negoziale per un'efficiente allocazione del rischio economico e di garantire un costante monitoraggio nella fase di esecuzione, in un'ottica di medio e lungo periodo.

Tutti gli interventi contemplati dal PNRR- dalla digitalizzazione, alla transizione ecologica ed efficientamento energetico, alla mobilità sostenibile, all'istruzione, all'inclusione e coesione, alla salute- impongono l'acquisizione di specifiche competenze tecniche entro i tempi contenuti previsti per la loro realizzazione: di qui l'opportunità di sfruttare il *know how* e le capacità imprenditoriali del settore privato, unitamente al supporto tecnico operativo delle società *in house*.

Quanto al partenariato pubblico privato, il Piano precisa che, in via prudenziale, non si tiene conto esplicitamente della possibilità che i fondi del PNRR vengano utilizzati per sostenere oppure attrarre investimenti privati attraverso il mercato, anche per tramite forme di partenariato pubblico privato, chiarendo, tuttavia, che *“in tal caso l'impatto sarebbe stato ben maggiore per l'effetto leva”*².

Per ogni progetto contemplato nel Piano, quindi, il finanziamento ivi previsto è in grado di combinarsi con quelli derivanti dall'iniziativa privata, producendo un effetto moltiplicatore per la ripresa³.

Viene quindi confermato, anche nell'ambito del PNRR, il ruolo fondamentale del partenariato pubblico privato quale volano per la ripresa economica, già in precedenza evidenziato dal Consiglio di Stato⁴.

² Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza pagg. 248 e 249.

³ Domenico Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in Dialoghi di diritto dell'economia, aprile 2022.

⁴ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 29/3/2017 n. 775, Parere sullo schema di linee guida recanti *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”*.

Da non trascurare, inoltre, l'importanza della competenza tecnico-progettuale del privato, che può rappresentare un valido ausilio per l'amministrazione al pari del supporto operativo della società *in house* espressamente previsto dall'art. 10 d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. '*Decreto governance-PNRR*'), convertito, con modificazioni, dall' art. 1, comma 1, l. 29 luglio 2021, n. 10.

Quest'ultima disposizione individua dell'*in house* uno strumento di rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti e ne consente l'utilizzo, secondo condivisibile opinione (su cui cfr. *infra*), oltre i confini tradizionali dell'istituto tracciati dalla nota sentenza Teckal del 1999.

L'attuazione del PNRR rappresenta, pertanto, un interessante banco di prova delle potenzialità applicative di due classiche categorie in cui si esplica la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni: i contratti speciali, disciplinati dal codice dei contratti pubblici, e i contratti ad oggetto pubblico o di diritto pubblico, nell'ambito del quale rientra, secondo una condivisibile dottrina, anche il contratto costitutivo di una di società a partecipazione pubblica, per il forte grado di compenetrazione tra provvedimento e negozio.⁵

Si ripropone, infine, nello specifico settore del PNRR, l'alternativa tra *in house* e mercato che rappresenta un *leitmotiv* del panorama della contrattualistica pubblica. Un tema classico rivisto in chiave moderna: non più secondo lo schema binario appalto-*in house providing* per l'acquisizione del bene o servizio, ma nella logica più complessa dello sfruttamento della capacità manageriale del privato o della capacità tecnica della società "a controllo analogo", entrambe volte a fornire al soggetto pubblico il supporto operativo necessario per affrontare le sfide del PNRR.

2. Il partenariato pubblico-privato: un modello sinergico di attuazione del PNRR.

⁵ Gianpiero Paolo Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, seconda edizione, CEDAM, pag. 105; *id*, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it

Il partenariato pubblico-privato è un modello di gestione collaborativa estremamente duttile e suscettibile di proficuo utilizzo in svariati settori, da quello economico, a quello sociale⁶, a quello del patrimonio culturale⁷.

Concentrando l'attenzione, per ragioni di sinteticità del presente lavoro, sulla collaborazione in ambito economico, vengono in rilievo due diversi modelli di partenariato a cui il soggetto pubblico può ricorrere per la realizzazione degli interventi del PNRR: quello contrattualizzato, in cui i legami tra soggetto pubblico e *partner* privato sono puramente convenzionali (Partenariato Pubblico Privato Contrattuale o Contrattualizzato: PPPC), e quello istituzionalizzato, in cui la cooperazione si realizza attraverso la creazione di un soggetto giuridico distinto, la società a capitale misto (Partenariato Pubblico Privato Istituzionale o Istituzionalizzato: PPPI)⁸.

In entrambi i casi la scelta del *partner* privato avviene a seguito di procedura ad evidenza pubblica (art. 181 d. lgs 50/2016 per il partenariato contrattuale, art. 5 comma 9 d. lgs 50/2016 e art. 17 d.lgs 175/2016 per il partenariato istituzionalizzato), in conformità alla regola generale della concorrenza per il mercato, e in ciò distinguendosi dall'affidamento diretto proprio dell'*in house*.

Il partenariato pubblico- privato contrattualizzato, disciplinato dagli artt. 180 e ss. del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), è uno schema negoziale estremamente flessibile per la progettazione, il finanziamento e la realizzazione di infrastrutture, opere e servizi.

⁶ Art. 190 del codice dei contratti pubblici. Sul partenariato sociale cfr: Rosanna De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, che ne sottolinea la non riconducibilità al partenariato pubblico privato contrattualizzato; Antonella Manzione, *Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità*, entrambi in *La co-città, Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di Paola Chirulli-Christian Iaione, Jovene editore, 2018.

⁷ Art. 151 del codice dei contratti pubblici rubricato "*Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato*", il cui ambito di applicazione è stato esteso dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "*decreto semplificazioni*"), convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 con l'attribuzione agli enti locali, accanto allo Stato e alle regioni, della possibilità di attivare forme speciali di partenariato dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili e con la previsione di procedure semplificate di individuazione del partner privato.

⁸ Libro verde della Commissione europea relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004.

Con siffatto modello di cooperazione il rapporto contrattuale tra pubblica amministrazione e privato si connota di una complessità del tutto sconosciuta allo schema negoziale classico (si pensi al tradizionale modello della concessione- contratto o anche all'appalto) poiché va oltre la dimensione sinallagmatica del rapporto (pagamento del corrispettivo in cambio dell'opera, del bene o del servizio) per abbracciare quella tecnico-progettuale di realizzazione e quella economico-finanziaria di gestione dell'opera o del servizio in una dimensione di medio e lungo periodo. Si tratta di una declinazione, nella particolare prospettiva del mercato, di quell'aspirazione sinergica tra soggetto pubblico titolare dell'azione e privato destinatario della medesima di cui è espressione il principio sussidiarietà orizzontale di cui all'art 118, comma 4, Cost.

Sul piano della qualificazione giuridica, si è discusso se si tratti di contratto atipico, di vero e proprio schema contrattuale, di semplice modulo procedimentale⁹, di una mera nozione descrittiva¹⁰ o puro fenomeno economico.

Il Consiglio di Stato¹¹ ha chiarito che la nozione di partenariato esprime la duplice dimensione- negoziale ed economica- del fenomeno, in quanto costituisce un fenomeno economico-finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato i diritti e gli obblighi reciproci, in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica. Di qui l'esigenza di un approccio multidisciplinare al fenomeno.

I profili classificatori si rivelano, in ogni caso, di scarsa importanza pratica alla luce del chiaro disposto dell'art. 180 comma 8 del codice che, da un lato, elenca espressamente alcune fattispecie

⁹ Massimo Ricchi, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*, in www.giustizia-amministrativa.it, che sottolinea la confusione, nell'ambito dell'art. 180 d.lgs 50/2016 tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto, disciplinata nell'art. 183 del Codice, è un procedimento di individuazione dell'affidatario e non un contratto.

¹⁰ Stefano Fantini, *Il partenariato pubblico privato con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹¹ Cons. Stato, parere della Commissione speciale n. 855 del 21 marzo 2016 reso sullo schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*"; Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 29/3/2017 n. 775, cit.

tipiche di partenariato (la finanza di progetto, la concessione di lavori e quella di servizi, la locazione di opere pubbliche, il contratto di disponibilità) e, dall'altro, individua un contenuto tipico per le fattispecie atipiche, laddove precisa, con formula aperta e residuale, che rientra nel partenariato “*qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche*” ivi indicate.

Le parti sono, quindi, libere di addivenire a forme di collaborazione diverse dai tipi nominativamente previsti e disciplinati, purché, nella determinazione del regolamento contrattuale, i diritti ed obblighi reciproci siano ripartiti in modo conforme allo schema generale contenuto nell'art. 180 (nell'ambito del quale è essenziale il trasferimento del rischio economico al privato, come verrà chiarito *infra*: anche sotto tale profilo si manifesta l'estrema flessibilità connaturata all'istituto.

Sul piano dell'individuazione degli elementi che caratterizzano il partenariato in questione e che lo differenziano dalla fattispecie tradizionale dell'appalto, la normativa nazionale ha recepito le indicazioni della Commissione europea che, a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, ha annoverato, tra gli elementi caratterizzanti il partenariato, sia contrattualizzato che istituzionale: *i*) la lunga durata del rapporto instaurato tra i *partners* pubblici e privati; *ii*) il finanziamento del progetto a carico dell'operatore privato e la partecipazione di quest'ultimo a tutte le fasi di sviluppo del progetto; *iii*) l'allocatione dei rischi in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

In coerenza con le sopra richiamate indicazioni, l'art. 3, comma 1, lett eee) del codice dei contratti pubblici reca una definizione di partenariato pubblico privato incentrata sui tratti caratterizzanti del fenomeno, nell'ambito del quale: *i*) l'amministrazione conferisce all'operatore economico per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate un complesso di attività, consistenti realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera; *ii*) il corrispettivo è rappresentato dal diritto

dell'operatore economico di sfruttamento dell'opera o del servizio; *iii*) il correlativo rischio è assunto dall'operatore economico secondo le modalità indicate dal contratto.

Dai sopra richiamati profili emerge l'essenza della collaborazione: al soggetto pubblico compete l'individuazione degli interessi da realizzare, la scelta dello strumento più adeguato per la realizzazione, la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre all'operatore privato compete la messa a disposizione delle proprie capacità finanziarie e del complessivo *know how* a fronte della quale gli viene riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione¹².

L'obbligazione che grava sul *partner* privato non è un'obbligazione di mezzi, ma di risultato, in quanto l'interesse pubblico-unitamente a quello privato- viene soddisfatto solo attraverso una gestione dell'opera o del servizio che sia efficiente sul piano giuridico, in equilibrio su quello finanziario e remunerativa su quello economico.

Viene in tal modo superato il modello sinallagmatico di matrice civilistica del *do ut des* proprio dell'appalto tradizionale, a tutto vantaggio di una nuova concezione di remuneratività, tipica del modello concessorio di derivazione europea, che valorizza la capacità dell'opera di generare flussi di cassa positivi sufficienti a coprire i costi operativi. Tale impostazione ha immediate ricadute sulla gestione e sul finanziamento dell'operazione: il ritorno economico dell'investimento, infatti, è strettamente collegato ai risultati della gestione.

Per un verso, l'operatore economico ha interesse a garantire l'equilibrio economico finanziario e la remuneratività della gestione per l'intera durata del contratto, a differenza di quanto accade nell'appalto ove l'interesse si risolve e si esaurisce nella mera realizzazione dell'opera o fornitura del servizio a fronte di un corrispettivo che comunque verrà pagato; per altro verso, il contratto in

¹²Consiglio di Stato, parere della Commissione speciale 29/03/2017 n. 775, cit.

questione rappresenta un peculiare strumento di finanziamento di un'opera pubblica, non più fondato sul merito creditizio del privato, ma sulla valenza tecnico - economica del progetto da realizzare¹³. Proprio per agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi per le concessioni, lo schema di contratto e il piano economico finanziario devono essere definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità (art. 165 comma 3 del codice).

Il sopra indicato collegamento tra investimento e gestione impone l'allocazione in capo al privato dei rischi connessi allo sfruttamento economico dell'opera o del servizio. Il rischio della gestione è intrinseco in un'operazione di partenariato pubblico privato e ne caratterizza la causa, sia dal punto di vista astratto (alla luce del già richiamato disposto dell'art. 180 del codice) sia dal punto di vista concreto: se il privato non assume il rischio della gestione il contratto non potrà essere qualificato come PPPC, con tutte le ricadute anche in tema di contabilizzazione (*on balance*) nel bilancio pubblico dell'operazione.¹⁴

In particolare, il modello di cooperazione in esame esige l'allocazione in capo al privato, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi (art. 180 comma 3 del codice).

E' proprio il trasferimento del rischio dal soggetto pubblico a quello privato l'elemento che differenzia, anche sul piano causale, la concessione e le altre forme di partenariato dall'appalto. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, infatti, si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione e implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione¹⁵.

¹³ Cons. Stato sez. V, 13 aprile 2022 n. 2809.

¹⁴ SEC 2010 nella versione approvata dal Parlamento e dal Consiglio europeo con il Regolamento n. 549/2013.

¹⁵ Corte di Giustizia, 15/10/2009, sentenza C-196/08, *Acoset S.p.A.* punto 39.

In linea con le indicazioni della Corte di Giustizia, l'art. 5 comma 2 della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione sancisce che la concessione, sia essa di lavori o servizi, comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o entrambi, e che si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, con una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

La corretta allocazione dei rischi nella determinazione del regolamento contrattuale è, inoltre, fondamentale per la corretta redazione del piano economico finanziario e, quindi, per la sostenibilità a medio e lungo termine dell'operazione, in funzione dell'ammortamento dell'investimento e del rimborso del finanziamento.

Allocazione dei rischi ed equilibrio economico finanziario sono, infatti, i due fattori dell'operazione su cui porre particolare attenzione per evitare, da un lato, l'abuso dello strumento (con una occulta traslazione del debito in capo all'amministrazione), e dall'altro, la non sostenibilità a lungo termine dell'operazione con pregiudizio per l'imprenditore e per il finanziatore, oltre che per la collettività destinataria dell'opera o del servizio.

I rischi, elencati nell'art. 180 e definiti nell'art. 3 del codice, hanno carattere tassativo, sicché l'autonomia contrattuale non può introdurre rischi diversi, ma può procedere a una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere la disciplina del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire)¹⁶.

¹⁶ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale parere 775/2017, cit.

In particolare, l'operatore economico deve assumere uno o più dei seguenti rischi:

- rischio di costruzione ossia il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera¹⁷.

- il rischio operativo ossia il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. L'operatore economico assume il rischio operativo quando, per fattori al di fuori del controllo delle parti, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto di concessione;

- rischio di disponibilità ossia il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

- rischio di domanda ossia il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato¹⁸ il rischio di disponibilità è tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica), ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sul piano quantitativo e qualitativo, dovrebbe legarsi alla *performance* dello stesso concessionario.

Se il modello in questione può essere utilizzato anche per opere fredde, circostanza che può assumere particolare interesse nell'ambito degli interventi finanziati con il PNRR, occorre, tuttavia, porre

¹⁷ Il rischio può ritenersi allocato al *partner* privato se il soggetto pubblico corrisponda quanto contrattualmente stabilito o ripiani ogni costo aggiuntivo previa verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura e dei fattori che hanno determinato sovraccosti o allungamenti dei tempi di realizzazione: cfr. Cons. Stato parere 775/2017, cit.

¹⁸ Con Stato, sez. I, parere n. 823/2020 cit.

particolare attenzione, nell'ambito della redazione del regolamento contrattuale, alle clausole relative al canone a carico della pubblica amministrazione, il cui ammontare deve necessariamente essere commisurato alla disponibilità dell'opera o alla fruizione del servizio, attraverso la previsione di una riduzione o azzeramento del canone nei periodi di mancata o ridotta disponibilità (art. 180 comma 4).

Quanto sopra osservato in relazione alla corretta allocazione del rischio evidenzia un ulteriore profilo di interesse della disciplina in esame: l'utilizzo del regolamento negoziale come strumento di allocazione del rischio (non solo giuridico ma) economico tra i contraenti, allocazione che assurge ad elemento essenziale sul piano sia della causa astratta che di quella concreta.

Presupposto per la corretta distribuzione dei rischi è, come precisato, l'equilibrio economico finanziario dell'operazione, inteso come contemporanea presenza di condizioni di convenienza economica, ossia della capacità del progetto di generare valore per l'intera durata del contratto e un livello di redditività adeguato per il capitale investito, e sostenibilità finanziaria, consistente nella capacità di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento (art. 3 comma 1 lett. fff del codice).

L'equilibrio economico finanziario deve accompagnare l'intera durata dell'operazione e deve essere esplicitato nel piano economico finanziario (PEF), quale documento essenziale, accanto al progetto definitivo e allo schema di contratto (art. 181 del codice)¹⁹

Il PEF rappresenta il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta, di cui rappresenta un elemento di supporto per la valutazione della sua congruità, e cioè dell'idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività oggetto di concessione²⁰. L'amministrazione deve,

¹⁹ Le linee guida ANAC recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*", adottate ai sensi dell'art. 181 comma 4 del codice, introducono, accanto al piano economico finanziario, anche la matrice dei rischi, di cui il Consiglio di Stato, nel già citato parere 775/2017, ha confermato la compatibilità con la norma primaria (art. 181 comma 3) e con la configurazione dello strumento del PPP come economico, prima ancora che giuridico.

²⁰ Cons Stato sez. III, 16 gennaio 2017, n.116.

quindi, valutare la coerenza e sostenibilità economica dell'offerta, come risultante dal piano economico e finanziario, sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e gestione ²¹.

Per l'elaborazione di un PEF attendibile non è sufficiente che le clausole contrattali comportino il trasferimento del rischio, ma è necessario che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere. Se, infatti, l'operatore non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non è in condizione di valutare se, congruamente con la sua organizzazione di impresa, sarà in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo essere indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite.

In applicazione delle coordinate interpretative sopra richiamate- rivolgendo per un attimo l'attenzione ai risvolti concreti di disciplina- il Consiglio di Stato ha annullato un bando di gara per sottoscrizione mediante *project financing* di un EPC (*Energy Performace Contract*), avente ad oggetto la riqualificazione e l'ampliamento di un impianto di illuminazione comunale, poiché le condizioni di esecuzione del servizio previste negli atti di gara non consentivano la formulazione di una offerta economicamente sostenibile, dato che, per un verso, il canone annuo era parametrato sulle somme corrisposte dal Comune per il funzionamento dell'impianto al momento dell'indizione della procedura di gara, ma, per altro verso, erano previsti taluni interventi di manutenzione periodica (quali "verniciatura di tutti i pali di sostegno" e della "sostituzione dei corpi illuminanti" -"sorgenti a LED", analiticamente indicati dall'amministrazione che, tuttavia, aveva ommesso di quantificarne l'onere economico) i cui costi avrebbero inciso a tal punto sull'attività del privato concessionario da rendere non più remunerativo il servizio svolto.²²

²¹ Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020 n. 1005.

²² Cons Stato sez. V, 13 aprile 2022 n. 2809.

Corretta allocazione dei rischi e redazione di un PEF in grado di supportare, in prospettiva di medio e lungo periodo, l'equilibrio e la remuneratività dell'operazione rendono il contratto di non facile redazione, tenuto conto anche della necessità di garantire un adeguato monitoraggio dell'esecuzione al fine di mantenere inalterati la distribuzione del rischio e l'equilibrio economico finanziario originari²³.

Proprio per supportare le parti nella fase di redazione del testo contrattuale sono stati elaborati schemi di contratti standard.

Il contratto tipo ha il duplice vantaggio- di particolare rilievo per gli interventi del PNRR- di ridurre i tempi di contrattazione e di contenere i rischi di disfunzioni operative del contratto con l'insorgere di contenzioso. Come è stato correttamente osservato, la predisposizione di un contratto standard può consentire di limitare i costi transattivi, inducendo certezza e celerità nei traffici giuridici, permettendo di calcolare gli esiti economici del contrarre, nonché di ridurre il rischio che insorgano controversie sull'esecuzione degli obblighi contrattuali, soprattutto qualora le clausole contrattuali siano di natura tecnica e di elevata complessità²⁴.

La Ragioneria generale dello Stato ha, infatti, predisposto uno schema di contratto standard²⁵ per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della

²³ L'alterazione dell'equilibrio economico finanziario per fatti non riconducibili al privato, specificatamente indicati nel contratto, può determinare la revisione del PEF, da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (artt. 165 comma 6 e 182 comma 3). Proprio la prospettiva di medio e lungo periodo della durata del contratto può, infatti, rendere necessario un riequilibrio del PEF al fine di assicurare la sostenibilità originaria. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto.

²⁴ Domenico Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, cit.

²⁵ Nella allegata "guida operativa" si precisa che lo schema di contratto è stato strutturato con riferimento a una Operazione di Partenariato Pubblico-Privato (PPP), aggiudicata sulla base di un progetto definitivo, nella quale, a fronte di prestazioni rese dal concessionario, l'Amministrazione concedente paga un canone di disponibilità dell'opera, canoni per i servizi accessori e, ove previsto, un contributo pubblico a titolo di prezzo dei lavori realizzati ai sensi degli artt. 165, comma 2 e 180, comma 6, del Codice dei contratti pubblici e che si è ritenuto preferibile elaborare uno Schema di contratto di concessione per contratti di PPP a tariffazione sulla P.A. in considerazione della necessità di allocare correttamente, a livello giuridico, i rischi propri delle Operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE, delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni nonché delle previsioni del Codice dei contratti pubblici.

pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, su cui il Consiglio di Stato si è espresso con parere n. 823/2020.

Si tratta di uno strumento operativo volto a superare il *gap* di competenze pubbliche che rappresenta un concreto ostacolo all'utilizzo del partenariato.

Nella medesima direzione dell'ampliamento dell'utilizzo del partenariato si collocano le più recenti modifiche introdotte dal decreto semplificazioni che rendono il modello particolarmente adatto a talune tipologie di intervento del PNRR, quali l'efficientamento energetico delle scuole, degli uffici pubblici e dell'edilizia convenzionata, la realizzazione di infrastrutture di trasporto urbano, la digitalizzazione, l'adeguamento sismico, la rigenerazione urbana.

Il decreto semplificazioni (d.l. 76/2020) ha inciso sulla disciplina dei contratti di partenariato pubblico privato contenuta nel codice in una duplice direzione: *i*) ha previsto che, nel caso di utilizzo del modello di PPP per i contratti di rendimento energetico e di prestazione energetica (EPC: *Energy Performace Contract*), i ricavi di gestione possono essere commisurati al livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente (art. 180 comma 2) ; *ii*) ha modificato l'art. 183 comma 15 del codice in tema di *project financing*, estendendo la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità anche ove già inclusi negli strumenti programmazione triennale (lavori) e biennale (beni e servizi) dell'amministrazione.

Sotto il primo profilo è stata introdotta una specifica previsione per i contratti di rendimento energetico, già disciplinati dal d.lgs 4 luglio 2014, n. 102 al fine di dare attuazione alla politica di efficientamento energetico adottata dall'Unione europea (Direttiva 2006/32/CE, successivamente abrogata dalla Direttiva 2012/27/UE). Si tratta di uno strumento fondamentale per la riqualificazione energetica degli immobili di proprietà pubblica e per il miglioramento dell'efficienza energetica a lungo termine, finalizzato all'attuazione del principio europeo che pone l'efficienza energetica al primo posto (art. 5 d. lgs 102/2014).

L'efficienza energetica e la riqualificazione degli edifici è un obiettivo fondamentale del PNRR (Missione 2, Componente 3), tenuto conto che, come evidenziato dal Piano, *“l'incremento del livello di efficienza degli edifici rappresenta una delle leve più virtuose per la riduzione delle emissioni e che nel nostro Paese soffre di un parco edifici con oltre il 60 per cento dello stock superiore a 45 anni, sia negli edifici pubblici (es. scuole, cittadelle giudiziarie), sia negli edifici privati”*.²⁶

Sul piano strutturale, il contratto di rendimento energetico e di prestazione energetica è un accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica (una società di servizi energetici o ESCO- *Energy Service Company*), verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali risparmi finanziari (art. 2 comma 2 lett. n d. lgs 102/2014).

Se stipulato con una pubblica amministrazione, il contraente privato assume l'impegno al miglioramento dell'efficienza energetica e ne riceve in cambio una remunerazione variamente calcolata in ragione del risparmio energetico conseguito e della riduzione del costo dell'energia.

L'art. 180 comma 2 del codice, come modificato dall'art. 8, comma 5 lett *c-quater* d.l. 76/2020, statuisce che i ricavi di gestione di un contratto di efficientamento energetico realizzato tramite PPP possono essere determinati e pagati in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente purché quantificabili in relazione ai consumi: di qui l'importanza della quantificazione del miglioramento energetico che l'operatore economico ha l'obbligo di rendere disponibile all'amministrazione e che, come già previsto dal sopra richiamato art. 2 d.lgs 102/2014, deve essere verificata e monitorata per tutta la durata del contratto, anche mediante piattaforme informatiche dedicate alla raccolta, organizzazione, gestione,

²⁶ PNRR pag. 122.

elaborazione, valutazione e monitoraggio dei consumi energetici. La novella, pertanto, inserisce il contratto di efficientamento energetico, come disciplinato dal d.lgs 102/2014, tra i contratti di partenariato nominativamente indicati dall'art 180.

Il Consiglio di Stato ²⁷ha precisato che l'EPC è volto al perseguimento del risparmio energetico come oggetto della prestazione caratteristica della ESCO (*Energy Service Company*) ed è dunque sinallagmaticamente costruito sul paradigma *do ut facias*, incompatibile con la categoria della prestazione (qualitativamente) prevalente alla base dell'operatività della disciplina del contratto misto. L'EPC, pur presentando requisiti propri della concessione di lavori e della concessione di servizi, evidenzia come tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell'intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato.

La ESCO è, quindi, tenuta ad una prestazione di risultato, oggetto di misurazione, da cui dipende l'ammontare dei ricavi, in considerazione della flessibilità e della dinamicità che è la caratteristica del PPP, ove il rapporto contrattuale si conforma all'operazione economica che ne è alla base.

La seconda novità introdotta dal d.l.76/2020²⁸ è l'ampliamento del *project financing* ad iniziativa privata con possibilità per i privati di avanzare proposte, a mezzo di progetti di fattibilità, relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità anche ove inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici. L'iniziativa privata diviene uno strumento di stimolo all'amministrazione per quelle opere che, pur essendo inserite nella programmazione, ritardano nella realizzazione per difetto di risorse o per mancanza di soluzioni tecnicamente adeguate²⁹.

²⁷ Cons. Stato sez. V, 21 febbraio 2020 n.1327.

²⁸ Art. 8, comma 5, lett. d), nn. 1) e 2), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120

²⁹ La relazione illustrativa al decreto precisa che con la novella si intende "*assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell'amministrazione*" riguardo alla possibilità che i progetti già inseriti negli strumenti di programmazione non siano pienamente adeguati o, se adeguati, potrebbero non essere messi a gara per inerzia. La novella prevede, quindi, la possibilità di presentare progetti "*alternativi, migliorati e affinati*" rispetto a quelli

La modifica ha reso più flessibile lo strumento ampliando la collaborazione con il privato già nella fase prodromica dell'iniziativa. La proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende anche l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all' articolo 2578 del codice civile.

La proposta del privato è soggetta ad una prima valutazione e una preliminare deliberazione sulla fattibilità e sull'interesse pubblico alla realizzazione della stessa; segue il successivo approfondimento e la possibile modifica del progetto con l'espressa possibilità di porre a gara un progetto modificato e radicalmente diverso da quello inizialmente presentato (art. 183 comma 15 del codice). Solo all'esito della completa definizione della proposta progettuale e dell'approvazione della stessa nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità tecnica di cui è titolare l'amministrazione il progetto sarà inserito nella programmazione, ove non ancora presente, e posto alla base di gara a cui è invitato il proponente.³⁰

E' evidente come la sopra indicata modifica abbia ampliato ulteriormente le possibilità per l'amministrazione di avvalersi delle capacità progettuali e professionali del privato, utilizzo che rappresenta un indubbio vantaggio sotteso a tutte le operazioni di partenariato a prescindere dal diverso modello di cooperazione, ivi compreso quello istituzionalizzato.

Nel partenariato pubblico privato istituzionalizzato la cooperazione tra pubblico e privato si attua mediante il contratto di società, con la creazione di una società mista pubblico privata.

già previsti dai citati strumenti. Tale disposizione, continua la relazione, "*amplia così l'ambito applicativo dell'istituto del promotore, valorizzando gli strumenti di partenariato pubblico privato nella prospettiva di una più efficiente infrastrutturazione del Paese*".

³⁰ Cons. Stato sez. V, 14 gennaio 2022 n. 263. La giurisprudenza si è occupata anche dell'accesso difensivo agli atti alla base del progetto di fattibilità, in particolare PEF e documentazione tecnica, in relazione ad un giudizio per l'annullamento della deliberazione di giunta comunale di dichiarazione di interesse pubblico della proposta di partenariato pubblico privato formulata ai sensi dell'art. 183, comma 15 del codice per la realizzazione di un nuovo plesso scolastico mediante accorpamento delle scuole dell'obbligo: Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022 n. 263.

E' stato osservato che proprio in siffatta ipotesi si realizza *“il maggior scontro tra il diritto amministrativo e il diritto privato, in quanto la stipulazione di un contratto di società tra un soggetto pubblico e un soggetto privato mette in discussione la stessa nozione di contratto con comunione di scopo in cui esso rientra”* e che l'apparente ossimoro di una società a partecipazione pubblico privata si dissolve ove si consideri l'indefettibile presenza del requisito dell'economicità del servizio, ossia la necessità di coprire comunque i costi con i ricavi derivanti dalla gestione.³¹

Sul piano generale si tratta di una forma di collaborazione che soggiace alla disciplina contenuta nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs 19 agosto 2016, n. 175), sia con riferimento vincolo finalistico della stretta inerenza all'attività istituzionale dell'attività svolta (art. 4 che, al comma 2 lett. c, contempla espressamente la costituzione di società per la *“realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n.50 del 2016 con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2”*) sia con riferimento all'onere di motivazione analitica della scelta del modello societario (art. 5), un onere motivazionale aggravato e analogo a quello necessario per l'affidamento *in house* in luogo del ricorso al mercato (art. 192 comma 2 del codice dei contratti, su cui cfr. *infra*).

Con specifico riferimento alla partecipazione del *partner* privato, la disciplina normativa (art. 5 comma 9 del codice dei contratti e art. 17 del Testo unico) ha recepito i principi elaborati dalla giurisprudenza³² prevedendo: *i*) la selezione del socio mediante una gara a doppio oggetto, relativa sia alla partecipazione societaria che all'affidamento dell'appalto o della concessione oggetto del contratto; *ii*) la connotazione dell'operatore economico non solo come socio azionista o finanziatore, ma anche come socio industriale od operativo; *iii*) il carattere temporaneo della partecipazione privata alla società che non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione; *iv*)

³¹ G.P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, cit.

³² Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, *Acoset SpA*; Cons. Stato Ad Plen. 3 marzo 2008 n. 1; Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010 n. 5214; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214; Corte cost. 3 novembre 2010 n. 325.

l'impossibilità di configurare una società mista generalista, ossia aperta all'affidamento di ulteriori appalti o concessioni, diversi da quelli oggetto della procedura selettiva.

Il duplice ruolo di socio finanziario e di socio operativo incentiva l'imprenditore privato alla gestione efficiente dell'opera o del servizio, essendo direttamente esposto al rischio di domanda in relazione al proprio investimento sotto forma di *equity*.

Altro tratto caratterizzante l'istituto, al pari del partenariato pubblico privato contrattualizzato, è il perseguimento del risultato economico, strumentale al soddisfacimento dell'interesse pubblico, attraverso la capacità tecnico-organizzativa e manageriale del privato. Quest'ultimo, infatti, rende il servizio del quale assume l'intera alea economica non direttamente, ma attraverso la gestione del *management* della società mista³³.

Il diretto coinvolgimento del socio privato nella gestione manageriale della società mista presuppone che la quota di partecipazione sia adeguata a determinarne il concreto coinvolgimento nella realizzazione dell'oggetto sociale e l'esposizione al rischio economico dell'operazione.

Per tale ragione l'art. 17 comma 1 del testo unico ha previsto che la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento.

Una quota inferiore al limite, infatti, renderebbe la società mista inidonea a realizzare quella sinergia tra pubblico e privato che rappresenta l'essenza di ogni forma di partenariato consentendo all'amministrazione di fruire del *know how* dell'imprenditore privato e di attuare una corretta allocazione, secondo i principi comunitari, del rischio economico tra le parti³⁴.

³³ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655.

³⁴ Cons. Stato, sez. V ord. 11 maggio 2020 n. 2929 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione se, i fini della individuazione del limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico – privata, debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale/cartolare del predetto socio ovvero se l'amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente.

3. L'*in house* come strumento di attuazione del PNRR.

Il fenomeno dell'*in house providing*, elaborato dalla giurisprudenza a partire dalla nota sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia³⁵, è stato disciplinato, sul piano del diritto positivo, dagli artt. 5 e 192 del codice dei contratti e dall'art. 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica³⁶.

In particolare, l'art. 192, comma 2, del codice subordina il ricorso all'*in house* ad un onere di motivazione rafforzata e stringente, imponendo alle stazioni appaltanti: *i*) una valutazione preventiva sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione; *ii*) la specificazione 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 pubbliche³⁷.

L'onere di motivazione rafforzata imposto dall'articolo in esame ha superato sia le censure di legittimità costituzionale per eccesso di delega in relazione al divieto di *gold plating*, contenuto nell'art 1, comma 1, lettera a) della legge delega n. 11 del 2016,³⁸ sia i dubbi di compatibilità comunitaria in relazione al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e al principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche.

³⁵ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal* s.r.l.

³⁶ Per una analitica ricostruzione dei caratteri dell'istituto si rinvia a Claudio Contessa, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁷ Sul punto cfr. Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1614 del 7/10/2021 sulle 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.*»;

³⁸ Cons. Stato, ord. 7 gennaio 2019 n. 138.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha sancito che la disposizione sopra richiamata³⁹, nel subordinare l'affidamento *in house* alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna non contrasta con l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE e i principi sopra richiamati.⁴⁰

Come chiarito dalla Corte costituzionale, l'articolo "*è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici*".⁴¹

Il ricorso all'*in house*, quindi, è subordinato alla prova, se non di una vera e propria condizione di fallimento del mercato che rende l'affidamento diretto una soluzione obbligata, quanto meno della ragionevolezza economica della scelta compiuta, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio⁴².

Nella più recente disciplina relativa all'utilizzo dell'*in house* per gli interventi del PNRR il legislatore sembra aver superato la precedente diffidenza manifestata verso l'istituto, trasformandolo in uno strumento di ammodernamento e rafforzamento della capacità amministrativa dei soggetti pubblici, in vista dell'attuazione degli interventi contemplati dal Piano e non solo.

³⁹ Corte cost. 27 maggio 2020 n. 100.

⁴⁰ Corte di giustizia europea 6 febbraio 2020, in cause n. C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A.*

⁴¹ Corte cost., sent. 27 maggio 2020 n. 100, punto n. 9 della motivazione. Di interesse in questa sede anche Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021 n. 2102 che evidenzia come l'onere motivazionale imposto dall'art 192 comma 2 del codice si riverberi sul piano istruttorio, imponendo "*all'Amministrazione di prendere in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house (al fine, appunto, di enucleare i "benefici per la collettività" da essa attesi), sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della "universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

⁴² Cons. Stato sez. IV 15 luglio 2021 n. 5351; sez. III, 10 maggio 2021 n. 3682, sez. V, 16 novembre 2018 n. 6456.

Viene in rilievo, sotto tale profilo, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

Il decreto reca la disciplina della *Governance* per il PNRR (titolo I) con la previsione di una cabina di regia e di una segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nonché una disciplina di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa (titolo II)⁴³.

L'art. 10, in particolare, consente alle amministrazioni di avvalersi, mediante la sottoscrizione di apposite convenzioni, del supporto tecnico operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici⁴⁴.

Secondo una condivisibile interpretazione, la disposizione prevede un ampliamento dell'ambito di utilizzo dell'*in house*, consentendo il ricorso a convenzioni con società diverse da quelle su cui l'ente esercita il controllo analogo, ossia con società *in house* di altre amministrazioni. La norma consente, in ultima analisi, un affidamento senza gara in favore di organismi nei cui confronti non sussiste una relazione *in house* con l'ente conferente⁴⁵.

Una diversa opzione ermeneutica non solo renderebbe la previsione sostanzialmente inutile, ma depotenzierebbe l'efficacia dello strumento, in quanto è proprio l'ampliamento della platea dei soggetti *in house* di cui l'amministrazione può avvalersi che consente di selezionare il *partner* più adeguato in relazione all'intervento da realizzare.

L'estensione dell'ambito applicativo dell'istituto si riflette anche sull'onere motivazionale che viene notevolmente semplificato rispetto al paradigma dell'art. 192 comma 2 del codice dei contratti.

⁴³ Per un'analisi dettagliata delle novità in materia di contratti pubblici, cfr. Rosanna De Nictolis, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni* e Claudio Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, entrambi in *Urbanistica e appalti*, 6/2021 pagg. 729 e ss.

⁴⁴ Con delibera n. 141 del 30 marzo 2022 sono state approvate dall'ANAC le linee guida di qualificazione delle stazioni appaltanti.

⁴⁵ Claudio Contessa, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?* in www.giustizia-amministrativa.it

La motivazione del provvedimento di affidamento, infatti, deve limitarsi a dar conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli *standard* di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali (comma 3).

Da notare il rilievo che assume, nella motivazione del ricorso all'*in house*, il fattore tempo, accanto al risparmio di risorse economiche, fattore fondamentale nell'attuazione del PNRR.

L'affidamento mediante convenzione non è, tuttavia, limitato agli interventi del PNRR, ma investe un più ampio spettro di piani e progetti finanziati da fondi nazionali ed europei che ne evidenzia la peculiare caratterizzazione di strumento di stimolo all'efficiente e tempestivo impiego degli investimenti pubblici.

In particolare, vengono contemplate due ipotesi di convenzione, distinte sul piano soggettivo e oggettivo: *i*) le convenzioni che, in generale, possono stipulare le “amministrazioni interessate” e che hanno ad oggetto il supporto tecnico-operativo della società *in house* per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento e accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare (e, quindi, non solo) di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2017 (art. 10 comma 1); *ii*) le convenzioni che le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali possono sottoscrivere, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato e aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società *in house* per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali (art. 10 comma 4).

La seconda tipologia di convenzioni è volta in via precipua a sopperire, attraverso il ricorso a società *in house* statali, a quelle carenze di professionalità delle amministrazioni regionali e locali che spesso rappresentano un fattore ostativo all'attuazione dei progetti di sviluppo territoriale.

La società *in house* può affiancare l'amministrazione in tutte le fasi dell'intervento, dalla definizione e attuazione al monitoraggio, rafforzando la capacità amministrativa anche sul piano delle risorse umane, attraverso la messa a disposizione di esperti qualificati, che possono essere interni o esterni alla società (alla quale, quindi, compete la selezione delle competenze necessarie in relazione allo specifico progetto: commi 2 e 6).

La previsione, che, secondo l'interpretazione sopra ricordata, si presenta come eccezionale e derogatoria rispetto alla regola generale dell'*in house*, non chiarisce se il ricorso alla convenzione debba avvenire nel rispetto del limite dell'attività prevalente contemplato dall'art. 5 comma 1 lett. b) del codice dei contratti e dall'art. 16 comma 3 del T.U. società a partecipazione pubblica ⁴⁶oppure se anche siffatto requisito possa essere derogato. La disposizione non chiarisce, in altri termini, se il ricorso alla convenzione debba avvenire nel limite del 20% dell'attività *extra house*, con conseguente mantenimento dell'80% dell'attività della società nei confronti dell'amministrazione di riferimento.

L'assenza di una previsione espressa, analoga a quella relativa all'onere motivazionale semplificato, unitamente al carattere derogatorio della disciplina, pare suggerirne una lettura restrittiva, in linea con l'esigenza di tutela della concorrenza sottesa all'istituto dell'*in house*, al fine di non indebolire eccessivamente il legame tra l'organismo societario e l'amministrazione di riferimento.

Sul piano del concreto regolamento negoziale la direttiva 17 gennaio 2022 del Ministero dell'economia e delle finanze, adottata ai sensi dell'art. 10 comma 6 del decreto, disciplina la convenzione tipo che le regioni e le amministrazioni locali possono sottoscrivere con le società *in house* statali. Le convenzioni in questione, devono, in particolare, contenere: l'autorizzazione, ai fini della sottoscrizione, delle amministrazioni centrali in relazione alle quali le società risultino *in house*; il richiamo della clausola statutaria che obbliga le società *in house* ad effettuare oltre l'80% del

⁴⁶ L'art 16 comma 3 d.lgs 175/2016 sancisce: *Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.*

proprio fatturato attraverso lo svolgimento di compiti ad esse affidati dalle amministrazioni centrali; l'indicazione, da parte delle società *in house*, dell'eventuale svolgimento, nella misura inferiore al 20% del fatturato, di attività ad esse affidate da soggetti diversi dalle amministrazioni centrali dello Stato; la specificazione dell'oggetto dell'atto convenzionale, articolato in piani di attività, completo di un cronoprogramma di massima della spesa prevista per annualità, calcolata al netto dell'IVA, nell'ambito del corrispettivo complessivo stabilito, unitamente alle corrispondenti modalità di pagamento, al fine di agevolare la pianificazione finanziaria connessa alle singole attività; l'impegno, da parte delle regioni, delle Province autonome di Trento e Bolzano e degli enti locali, a trasmettere, con cadenza annuale, alle amministrazioni centrali cui le società risultino *in house*, un resoconto sullo stato di attuazione delle convenzioni, con indicazione delle somme erogate e di quelle eventualmente ancora da erogare, nonché delle ulteriori informazioni utili ai fini del monitoraggio sull'andamento delle attività delle società *in house*.

La novità normativa evidenzia, in conclusione, una peculiare dimensione operativa dell'*in house* non solo come mezzo di acquisizione di servizi (di consulenza, professionali, tecnici) alternativo al mercato, ma soprattutto come strumento di ammodernamento dell'amministrazione, consentendole di acquisire quelle doti di dinamicità, competenza e conoscenza essenziali per il ruolo protagonista assoluta della ripresa economica del Paese che il PNRR le assegna.

29 giugno 2022

Carmelina Adesso

Consigliere di Stato

Pubblicato il 5 luglio 2022



27 LUGLIO 2022

Sul concetto di beni “a destinazione pubblica”: beni culturali, interessi collettivi e diritto di prelazione. Note a margine di un seminario di studi

di Marcello Mazzuca

Professore associato di Diritto privato
Università degli Studi di Catanzaro “Magna Graecia”



Sul concetto di beni “a destinazione pubblica”: beni culturali, interessi collettivi e diritto di prelazione. Note a margine di un seminario di studi*

di Marcello Mazzuca

Professore associato di Diritto privato
Università degli Studi di Catanzaro “Magna Graecia”

Abstract [It]: Il contributo propone alcune riflessioni, maturate a margine di un seminario di studi, sul tema della qualificazione dei beni di interesse collettivo. Oggetto di esame è, in particolare, la nozione di bene “a destinazione pubblica”, la cui tenuta è sperimentata con specifico riguardo alla materia dei beni culturali.

Title: On the concept of heritage “for public use”: the “case” of cultural heritage. Notes on the sidelines of a study seminar

Abstract [En]: The contribution proposes some reflections, matured on the sidelines of a study seminar, on the theme of the qualification of heritage of collective interest. The subject of examination is, in particular, the notion of heritage “for public use”, the holding of which is tested with particular regard to the matter of cultural heritage.

Parole chiave: beni pubblici, beni a destinazione pubblica, beni culturali

Keywords: public heritage, heritage “for public use”, cultural heritage

Sommario: 1. Premessa: beni pubblici e beni “a destinazione pubblica”. 2. Un banco di prova: i beni culturali. 3. Segue. La prelazione artistica come strumento di salvaguardia della proprietà pubblica. Conseguenze sulla disciplina generale. 4. Le esclusioni della prelazione: per un recupero della nozione di bene “a destinazione pubblica”. 5. Qualche sviluppo: il “problema” della *usucapio libertatis* dei beni culturali. 6. Segue. *Usucapio libertatis* e uso produttivo.

1. Premessa: beni pubblici e beni “a destinazione pubblica”

Un recente incontro di studi ha offerto occasione per rinnovare la riflessione in merito alla qualificazione dei beni dedicati al soddisfacimento di interessi collettivi.

Da oltre trent’anni l’esperienza giuridica registra, infatti, sollecitazioni a rimeditare la categoria dei beni pubblici, soprattutto a seguito della modernizzazione dell’“apparato pubblico”, attuata mediante i processi dismissivi delle proprietà pubbliche comunemente noti con il termine di “privatizzazioni”¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il seminario si è tenuto presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia, dell’Università degli Studi di Catanzaro, il 22 novembre 2021.

¹ Il termine privatizzazione è impiegato per descrivere fenomeni differenti (per un ampio inquadramento v. C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, n. 4, 2001, p. 464 ss.). Innanzitutto, la privatizzazione può riguardare tanto il soggetto (*id est*, l’ente) quanto il bene pubblico, qualora venga meno, rispettivamente, l’interesse pubblico ad una determinata funzione o attività amministrativa, od invece la destinazione collettiva del bene (così, quasi testualmente, M. RENNA *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. p.114 ss.; ma dello stesso A. cfr. altresì, con particolare riguardo alla privatizzazione degli enti, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso della*

L'introduzione di discipline che hanno favorito, in molti settori, la circolazione delle proprietà pubbliche ha dato la stura per evidenziare la tendenza del sistema a rinnegare il legame necessario tra gli interessi collettivi e la titolarità pubblica dei beni destinati al loro soddisfacimento, per come storicamente tramandato².

In questa prospettiva, il rilievo tradizionalmente assegnato alla natura pubblica del titolare del bene ha ceduto il passo alla prevalenza degli interessi (collettivi) da realizzare, secondo una prospettiva ermeneutica "funzionale", protesa ad avvalorare la nozione di beni (non più "pubblici", quanto semmai) "a destinazione pubblica"³.

Il mutamento terminologico sottende un ripensamento radicale del ruolo dei soggetti pubblici, relegati al novero di titolari soltanto eventuali dei beni destinati al soddisfacimento di interessi collettivi, secondo esiti suggeriti (anche) dalla decostruzione dell'antinomia tra autorità e libertà⁴ variamente espressa dal sistema giuridico.

Il tentativo di promuovere il ridimensionamento della proprietà *stricto sensu* pubblica e favorire forme di appartenenza di tipo privatistico ha trovato fondamento, soprattutto, nell'ambizione di consentire un più adeguato sfruttamento economico dei beni⁵; al fine di perseguire una funzione pubblica definita, in senso dinamico, da un impiego anche produttivo dei beni stessi⁶.

La "destinazione pubblica" si traduce, in questa ottica, in uno statuto normativo connotato, innanzitutto, dall'affievolimento dei limiti tradizionali alla circolazione dei beni di proprietà pubblica⁷; ma, allo stesso tempo, da vincoli di gestione e valorizzazione dei beni, imposti al titolare indipendentemente dalla sua

s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali, Giappichelli, Torino, 1991, *passim* ma spec. p. 29 ss.). Per altro verso, netta è la distinzione tra la privatizzazione sostanziale e quella soltanto formale. La sostanza pubblica di una struttura organizzativa o di un bene è dichiarata dal perseguimento di funzioni pubbliche, sì che la privatizzazione sostanziale è quella che determina la perdita della strumentalità del bene alla soddisfazione degli interessi collettivi o della destinazione istituzionale dell'ente alla realizzazione di interessi pubblici. Diversamente, di privatizzazione formale deve discorrersi qualora il mutamento della natura giuridica dell'ente o del bene non determinino la cessazione dell'asservimento all'interesse collettivo: v. ancora M. RENNA *La regolazione amministrativa*, cit., p. 115.

² Senza incorrere nella suggestione ad affermare, dinanzi alla ri-organizzazione dell'apparato pubblico, un ritorno a forme di "politica improntata al laissez-faire e allo Stato guardiano notturno di ottocentesca memoria", una attenta dottrina preavvertiva, agli albori dei processi di privatizzazione, che "il grado di sofisticazione dei mercati" avrebbe reso necessario che privatizzazione, "deregulation" e "reregulation" procedessero di pari passo: v. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, n. 4, 1995, p. 519 ss., ove il virgolettato.

³ Si allude qui, evidentemente, alla c.d. privatizzazione formale: v. *supra* la nota 1.

⁴ Inevitabile il rinvio a F. SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1977, *passim*; ma v. anche A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.; più in generale, sulla dicotomia pubblico/privato v. gli ampi svolgimenti di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4^a ed., Esi, Napoli, 2020, p. 137 ss.

⁵ Cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit., p. XIV.

⁶ Con particolare riguardo alla materia oggetto dello scritto v. A. LAZZARO, *Valorizzazione dei beni culturali e funzione sociale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2015, p. 1213 ss.

⁷ In questa logica si dubita del fondamento giustificativo delle regole che imprimono vincoli alla circolazione: cfr., ancora, M. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit., 292 s., il quale evidenzia la necessità di un'attività ermeneutica sensibile, capace di temperare il rigore e mitigare gli eccessi del dettato normativo.

natura pubblica o privata⁸, individuale o collettiva⁹, al fine di consentire un utilizzo (produttivo) dei beni (ma) sempre rispettoso degli interessi e delle finalità collettive¹⁰.

La tematica investe un panorama di certo assai ampio: un'indagine che volesse sperimentare, con ambizioni conclusive, la tenuta dell'indirizzo ricostruttivo richiamato imporrebbe, infatti, una verifica delle regole applicate in ciascuno dei settori interessati dal fenomeno delle privatizzazioni¹¹, *lato sensu* intese.

Pertanto, senza voler perseguire scopi che valicano i limiti di questo breve scritto, le notazioni seguenti saranno limitate ad uno soltanto dei molteplici ambiti intercettati dal tema. In particolare, la riflessione sarà limitata alla materia dei beni culturali¹², la quale è capace, probabilmente, di sintetizzare gli snodi problematici del tema e ha sempre rappresentato, non a caso, un profilo nevralgico delle costruzioni dottrinarie¹³.

In quest'ultimo contesto, la prospettiva ermeneutica segnalata potrebbe, in astratto, essere esposta a due esiti antitetici.

⁸ Sul contributo dei privati alla valorizzazione dei beni culturali cfr., tra gli scritti più recenti, A. BUZZANCA, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza privata*, Esi, Napoli, 2019, *passim* e M.R. NUCCIO, *Innovazione e valorizzazione dei beni culturali: profili giuridici e prospettive di sviluppo*, in *Foro nap.*, n. 2, 2017, p. 443 ss.

⁹ Con riferimento agli enti collettivi privati v. N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le società per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali*, in *Riv. dir. impr.*, n. 2, 2002, p. 61 ss.

¹⁰ Per qualche spunto v. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, *cit.*, p. 523, ove si legge, quasi testualmente, che il ritrarsi della proprietà pubblica per effetto delle privatizzazioni incrementa la regolazione delle attività private, ed estende la panopia degli strumenti di tutela che il diritto privato offre a presidio di interessi generali.

¹¹ I settori coinvolti dalle privatizzazioni, ampiamente intese, sono, come noto, moltissimi. Non di rado la letteratura (giuridica e non) ha espresso, tanto sul "fenomeno" in genere, quanto con riferimento a singoli contesti, notazioni assai severe: senza pretesa di completezza si vedano S. MAROTTA, *Il fallimento delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2021, p. 31 ss.; F. MERUSI, *Le banche pubbliche fra privatizzazione e ricapitalizzazione. Alle origini delle cadute del sistema bancario italiano*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2017, p. 637 ss.; P. SPIRITO, *Gli investimenti nelle reti tra privatizzazione degli assetti proprietari e liberalizzazione dei servizi: il fallimento dello stato ed il fallimento del mercato*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2015, p. 303 ss.

¹² "Bene culturale" è nozione storicamente controversa: cfr. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss., il quale osservava che il relativo contenuto è rimesso alle determinazioni di discipline non giuridiche (l'attenzione dedicata alla materia dall'insigne Studioso è stata, per vero, assai ampia: per ogni ulteriore riferimento bibliografico si veda il saggio di L. CASINI, «*Todo es peregrino y raro...*»: Massimo Severo Giannini e i beni culturali, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 3, 2015, p. 987 ss.); i «nuovi» criteri dettati dal Codice dei beni culturali non sembrano, peraltro, aver ridotto la equivocità del concetto: v. A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. impr.*, n. 4-5, 2013, p. 1014 ss. Per qualche ulteriore spunto, sollecitato dai più recenti indirizzi legislativi europei sia consentito il rinvio a M. MAZZUCA, *Brevi note sulla nozione di «beni culturali» e sul relativo regime giuridico, tra ordinamento interno e norme comunitarie*, in *Ordines*, n. 2, 2019, p. 183 ss.

La letteratura della materia è ovviamente sterminata e il tentativo di fornire, in questa sede, indicazioni bibliografiche conclusive sarebbe decisamente velleitario; pertanto, ci si limita a segnalare sin da ora, oltre alle opere che saranno citate nel prosieguo: S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 673; V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano*, in *Studi parlam. e di pol. cost.*, 1994, p. 27 ss.; ID., *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, I, p. 135 ss.; G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, *Ibid.*, II, p. 145 ss.; G. ALPA, *Imprese e beni culturali. Il ruolo dei privati per conservazione, restauro e fruizione*, in *Quad. reg.*, 1987, p. 507 ss.; L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 785 ss.; T. ALIBRANDI, *Beni culturali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988.

¹³ M. RENNA *La regolazione amministrativa*, *cit.*, p. 222 ss.

Qualora il diritto vivente confermasse, oggi, la tendenza a dismettere la proprietà pubblica dei beni culturali, la “teoria” dei beni a “destinazione pubblica” potrebbe consegnare criteri esegetici capaci di contribuire alla sistemazione degli snodi problematici della disciplina vigente. Se, al contrario, le regole praticate dovessero disdettare la nozione dei beni culturali quali beni a “destinazione pubblica”, per come sopra definiti, l’indirizzo ermeneutico potrebbe essere apprezzato alla stregua soltanto di una sollecitazione – sia pure autorevole e opportuna - *de jure condendo*.

2. Un banco di prova: i beni culturali

Gli interessi, pubblici e privati, espressi dai beni di interesse culturale hanno trovato composizione nel Codice dei beni culturali¹⁴, il quale esprime regole che suscitano, con riferimento al tema qui trattato, qualche notazione dubitativa¹⁵; soprattutto se analizzate, oggi, alla luce delle novelle legislative sopportate e degli approcci esegetici promossi dalla prassi.

La disciplina vincolistica detta, come noto, limiti e obblighi assai stringenti per la conservazione, la gestione e la valorizzazione dei beni culturali, i quali imprimono ai beni stessi una destinazione irrinunciabile.

Al contempo, il Codice non soltanto ammette la circolazione tra privati dei beni vincolati, quanto persino prevede, in astratto, procedure atte a consentire l’alienazione dei beni culturali di proprietà pubblica in favore di privati.

Sì che, complessivamente interpretato, il dato positivo parrebbe, *prima facie*, affermare una tendenziale indifferenza rispetto alla natura pubblica o privata del titolare¹⁶ dei beni culturali, il quale sarebbe in ogni caso gravato degli obblighi connessi con la funzione culturale da preservare. Conseguentemente, la dismissione della proprietà pubblica e la privatizzazione (formale) dei beni culturali potrebbe realmente risultare favorita.

E tuttavia, il medesimo apparato normativo prevede limiti rigorosi al trasferimento dei beni culturali, i quali in concreto non soltanto preservano la proprietà pubblica, ma persino la rafforzano.

¹⁴ Tra le molte opere di commento analitico e sistematico al d.lgs. n. 42/2004 si segnala, in particolare: M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2019.

¹⁵ Un ampio catalogo di riflessioni problematiche sui diversi temi posti dalla materia dei beni culturali è contenuto nel volume *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive* (a cura di G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti), Esi, Napoli, 2010.

¹⁶ M. RENNA *La regolazione amministrativa*, cit., p. 222.

In questo senso deprime, in particolare, il tratto più qualificante del regime vincolato, val quanto dire la c.d. prelazione artistica¹⁷ - già prevista anche dalla normativa previgente - la quale conferisce allo Stato¹⁸ il diritto di acquistare i beni culturali oggetto di atti di alienazione; e, pertanto, contrariamente a quanto prefigurato, privilegia decisamente la proprietà pubblica¹⁹ a discapito di quella privata.

Le evoluzioni del dettato normativo sembrano, peraltro, avvalorare tale ultima sensazione, giacché i vincoli alla circolazione sono stati sovente irrigiditi rispetto alla primigenia configurazione del diritto di prelazione.

3. Segue. La prelazione artistica come strumento di salvaguardia della proprietà pubblica. Conseguenze sulla disciplina generale

Il diritto di prelazione, si diceva poc'anzi, è stato spesso rafforzato dal legislatore: due esempi valgano per tutti.

1) *Il conferimento in società dei beni culturali*. L'originaria formulazione dell'art. 60 d.lgs. n. 42/2004 aveva indotto a dubitare dell'operatività della prelazione qualora il bene culturale fosse - non alienato, ma - conferito in società²⁰.

La natura non strettamente traslativa quanto piuttosto strumentale (ad acquistare la qualità di socio e partecipare così alla vita della società) dell'atto dispositivo aveva, infatti, promosso dubbi in merito all'assoggettamento del negozio di conferimento alla prelazione dello Stato.

In questo contesto, l'operatività della prelazione era affermata o negata a seconda della prevalenza accordata, rispettivamente, all'indirizzo funzionale della "proprietà culturale", espresso dagli artt. 9 e 42

¹⁷ Per un inquadramento generale cfr. sin da ora v. G. AVERSANO, *La prelazione artistica e l'autonomia contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2018; A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim* ma spec. p. 280 ss.; P. DE MARTINIS, *Prelazione artistica: vecchi e nuovi temi*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3, 2016, p. 1014 ss.; G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *I contratti*, n. 4, 2019, p. 462 ss.

¹⁸ Il diritto di prelazione è attribuito al Ministero della cultura (art. 60, comma 1, d.lgs. n. 42/2004), il quale può rinunciare all'esercizio della prelazione in favore della Regione o degli altri enti pubblici territoriali interessati (art. 62, comma 3, d.lgs. n. 42/2004).

¹⁹ La preferenza accordata alla proprietà pubblica, in vista del perseguimento degli interessi - anch'essi, evidentemente, pubblici - offre argomenti per affermare la natura pubblicistica dell'istituto, il quale esprimerebbe, secondo questa impostazione, una chiara autonomia rispetto alle altre forme di prelazione: in questo senso A. GIUFFRIDA, *La prelazione artistica: profili giuspubblicistici*, in ID. e M.G. SALVADORI (a cura di), *Le prelazioni nella prassi notarile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 172 ss.

²⁰ In argomento si veda, innanzitutto, M. STELLA RICHTER, *Appunto preliminare in tema di conferimento in società di beni in natura e diritto di prelazione*, in *Studi e materiali*, Ipsoa, Milano, 1998, p. 957 ss.; il tema è stato battuto, soprattutto, dalla dottrina notarile: cfr., tra gli altri, M. IEVA, *Vincoli formali e corredo documentale nella fase costitutiva della società in nome collettivo ed in accomandita semplice*, in *Notariato*, 1989, p. 1063 ss. e F. MAGLIULO, *Conferimento di beni culturali in società*, in *Notariato*, 2010, p. 371; P. DIVIZIA, *Il conferimento in società di capitali del bene di interesse storico-artistico. Riflessioni in ordine alla prelazione artistica in ambito societario*, in *Notariato*, 2009, p. 55 s.; M. CACCAVALE, *Conferimento in società di beni culturali e diritto di prelazione artistica*, in *Notariato*, 2007, p. 685 e ss.

cost.²¹, od invece alla libertà di iniziativa economica, *ex art.* 41 cost.²², secondo indirizzi che lasciavano prefigurare una contrapposizione quasi irriducibile tra la preservazione del valore culturale dei beni e il loro sfruttamento in chiave economico/produttiva da parte dei privati²³.

La *querelle* ha trovato soluzione mediante la novella legislativa del 2006, la quale ha espressamente incluso il conferimento in società tra gli atti assoggettati alla prelazione, sì da rafforzare, quantomeno tendenzialmente, l'accentramento in mano pubblica dei beni culturali.

2) *L'alienazione dei beni culturali appartenenti ad enti pubblici territoriali*. Prima dell'emanazione del Codice, la collocazione della prelazione all'interno della l. n. 1089/1939, nella Sezione rubricata "*Delle cose appartenenti a privati*"²⁴, aveva indotto a negare la prelazione del Ministero, dinanzi agli atti dispositivi dei beni culturali eseguiti dagli enti pubblici territoriali in favore di privati; sì da limitare l'operatività dell'istituto soltanto nei confronti degli atti dispositivi tra due o più soggetti privati.

Un approccio ermeneutico più estensivo ha però disdettato tale indirizzo ed ha assoggettato l'alienazione dei beni culturali di proprietà degli enti territoriali ai medesimi vincoli imposti per la circolazione tra privati, secondo esiti che hanno ricevuto convalida dalle norme ora contenute dal Codice vigente²⁵.

L'affermazione di una stretta connessione tra la tutela dei beni culturali e la titolarità pubblica degli stessi ha avvalorato l'idea che l'acquisizione del bene culturale al patrimonio statale ne lascerebbe presumere la migliore conservazione e valorizzazione²⁶, al punto da orientare la ricostruzione della disciplina vincolistica nel suo complesso. Ad esempio, l'obbligo di motivazione del provvedimento mediante il quale il Ministero esercita la prelazione si ritiene assolto qualora siano esplicitati gli interessi pubblici

²¹ Sul tema della proprietà funzionale è scontato il rinvio a S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, 1954, rist. 1964, Giuffrè, Milano, p. 159 ss.

²² Sul rapporto tra funzione sociale della proprietà e iniziativa economica si vedano, in vario senso, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Esi, Napoli-Camerino, 1970, *passim*; dello stesso Autore, altresì, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 875 ss., ove anche ulteriori ampi riferimenti; A. IANNELLI, *La proprietà costituzionale*, Esi, Napoli, 1980, *passim* ma spec. p. 160 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1960, p. 1297 ss.

²³ Cfr. A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni*, cit., p. 280 ss., ove anche ulteriori ampi riferimenti.

²⁴ Sulla disciplina previgente si vedano, tra i tanti, C. CANTUCCI, *La prelazione dello Stato nelle alienazioni onerose delle cose di interesse artistico e storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 581 ss.; P.O. GERACI, *La tutela delle cose d'antichità e di arte*, in *Foro it.*, 1949, IV, p. 177 ss.; P. GASPARRI, *Sul regime giuridico delle cose di interesse artistico*, in *Giur. cass. civ.*, n. 3, 1948, p. 891 ss.; G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 107 ss.

²⁵ Per ogni approfondimento sia consentito rinviare a M. MAZZUCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1, 2020, p. 360 ss.

²⁶ In argomento v. F.S. MARINI, L. PIROZZI, *Il regime della prelazione storico-artistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in V. PIERGIGLI, A.L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 268 s.

In giurisprudenza cfr., in motivazione, Cons. Stato, 8 aprile 2016, n. 1399, in *dejureonline.it*; Cons. St., 21 febbraio 2001, n. 923, cit. Sulla scorta di tale presupposto si è ritenuto di affermare, talvolta, che a dovrebbe essere corredata di motivazione soltanto la determinazione di non procedere all'acquisto del bene culturale, e non anche il provvedimento di esercizio della prelazione: TAR Campania (Napoli), 30 settembre 2011, n. 4574, in *dejureonline.it*; Cons. Stato, 27 giugno 2007, n. 3688, in *dejureonline.it*.

sottesi all'acquisizione del bene, pur senza definire puntualmente gli scopi cui il bene stesso dovrà e potrà essere destinato²⁷.

Il quadro tratteggiato si correda, peraltro, di regole che imputano una posizione di privilegio all'Autorità pubblica anche dal punto di vista del contenuto degli atti dispositivi dei beni. Il privilegio è attestato, in particolare: a) dalla possibilità, in alcune occasioni, di determinazione d'ufficio, da parte dello Stato, del valore economico del bene; b) dalla non vincolatività per lo Stato delle clausole fissate dalle parti nel contratto²⁸; c) dalla facoltà di esercitare la prelazione su una parte soltanto delle cose alienate, sì da essere consentita, all'Autorità pubblica, la scelta insindacabile in merito ai beni da acquistare²⁹.

Il complesso normativo pare, dunque, indirizzare la domanda iniziale verso un esito inevitabile: val quanto dire che la nozione di bene a “destinazione pubblica”, nell'accezione sopracitata, non possa assumere - beninteso, solo con riferimento ai beni culturali - un rilievo dogmatico conclusivo. In sintesi, i beni culturali sembrerebbero esprimere interessi del tutto peculiari, in un contesto il quale parrebbe suggerire,

²⁷ In questo senso Cons. Stato, 15 giugno 2015, n. 2913, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1720; Cons. Stato, 29 maggio 2012, n. 3209, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, p. 1346; Cons. Stato, 30 settembre 2004, n. 6350, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, p. 558. Indicazioni di segno contrario sembrerebbero doversi trarre da TAR Trentino-Alto Adige (Bolzano), 10 settembre 2019, n. 203, in *Riv. giur. edil.*, n. 5, 2019, p. 1361; Cons. Stato, 22 maggio 2012, n. 2944, in *Foro amm. CDS*, n. 5, 2012, p. 1255, le quali affermano la necessità di una motivazione più puntuale, che dia conto degli scopi cui il bene dovrà essere destinato. La necessità di una motivazione più dettagliata si fa derivare dal disposto dell'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004 il quale prevede l'obbligo, per l'ente territoriale interessato ad esercitare la prelazione, di predisporre una proposta di prelazione da sottoporre al Ministero che indichi “le specifiche finalità di valorizzazione culturale del bene” (così, in particolare, Cons. Stato, 8 aprile 2016, n. 1399, *cit.*, secondo conclusioni in apparenza stridenti con le premesse avallate dalla stessa pronuncia: v. la nota precedente).

Il contrasto di indirizzi è, probabilmente, più apparente che reale. Ed invero, non è azzardato immaginare che la motivazione del provvedimento debba esprimere un contenuto differente nell'ipotesi in cui la prelazione sia esercitata in via diretta dal Ministero od invece, come nelle vicende decise dagli ultimi precedenti richiamati, dagli enti territoriali richiamati dall'art. 62, comma 3, d.lgs. n. 42/2004.

A ben guardare, infatti, l'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004 regola il rapporto interno tra l'ente territoriale interessato e il Ministero, il quale, ai sensi del successivo art. 62, comma 3, d.lgs. n. 42/2004, sarà legittimato a rinunciare all'esercizio, in via diretta, della prelazione e a trasferire il relativo diritto all'ente territoriale, sulla base delle esigenze prospettate dall'ente stesso nella proposta di prelazione. Si ché, nella logica complessiva delle norme richiamate, le concrete finalità di valorizzazione devono essere esplicitate al fine di consentire, in via “eccezionale”, l'esercizio della prelazione da parte dell'ente territoriale, in luogo del Ministero. Pertanto, è ragionevole concludere che le medesime finalità di valorizzazione debbano essere ripetute nella motivazione del provvedimento adottato dall'ente territoriale, al fine di legittimare, nei confronti del privato, l'esercizio del potere da parte di un ente che, in linea di principio generale, ne è privo.

²⁸ La non vincolatività delle clausole contrattuali, già prevista dall'art. 32 l. n. 1089/1939, è oggi riproposta dall'art. 61, comma 5, d.lgs. n. 42/2004. La regola è sottoposta ad una interpretazione estensiva, a tenor della quale l'ente pubblico che esercita la prelazione è libero da vincoli tanto con riferimento ai patti accessori inerenti le obbligazioni delle parti, le loro condizioni o modalità di adempimento, quanto rispetto a tutte le clausole che siano tali da compromettere il vincolo pubblicistico cui si correla la prelazione medesima (ivi comprese quelle che sottraggano al trasferimento una parte di bene caratterizzato da unitarietà strutturale ed organica, e tendano quindi ad una vanificazione della prelazione mediante un'inammissibile coesistenza, su porzioni della stessa cosa, del regime della proprietà privata e del regime della proprietà demaniale: così, espressamente, Cass. 17 gennaio 1985, n. 117, in *Riv. giur. edil.*, n. 1, 1985, p. 183).

²⁹ La casistica riconducibile all'esercizio di una prelazione che non riguarda il bene culturale nella sua interezza è, invero, variegata. Oltre che l'ipotesi menzionata nel testo, la prassi registra questioni in ordine all'operatività della prelazione rispetto agli atti dispositivi che riguardano la quota indivisa di un bene sottoposto al vincolo nella sua interezza, od anche la quota di un bene del risulta vincolato solo un particolare, di proprietà comune: su questi temi cfr. P. DIVIZIA, *Rapporti fra prelazione artistica e alienazione di quota di bene*, in *Notariato*, 2008, p. 559 ss.

secondo i dettami della sussidiarietà orizzontale³⁰, l'“autonomia” della materia e la necessaria affermazione di un principio generale di *favor* per la proprietà pubblica, strettamente intesa.

E tuttavia, la prassi pretoria segnala vicende nelle quali i vincoli alla circolazione, previsti dal dettato legislativo, sono invece attenuati, in virtù di approcci esegetici teleologicamente orientati che si insinuano, non senza raffinatezza ermeneutica, nelle maglie lasciate aperte dal tenore testuale delle norme e privilegiano la proprietà e l'uso anche “privato” dei beni culturali.

4. Le esclusioni della prelazione: per un recupero della nozione di bene “a destinazione pubblica”

L'esclusione della prelazione è affermata sulla base di argomenti i quali attengono, a volte, al contenuto dell'atto dispositivo consumato; o, più spesso, alla natura eccezionale, vera o presunta, della prelazione artistica³¹.

Infatti, secondo indirizzi condivisi la prelazione è inapplicabile qualora l'atto negoziale determini il trasferimento non della proprietà dei beni, quanto invece delle quote di partecipazione ad una società, proprietaria di beni culturali³².

La conclusione è fondata sull'inefficienza degli atti a provocare un trasferimento attinente la proprietà, in sé, del bene culturale, e a determinare, piuttosto, il mutamento di proprietà del “soggetto” a sua volta proprietario dei beni culturali, i quali rimangono in ogni caso assoggettati ai vincoli precedentemente imposti.

Ancora, la prelazione artistica è negata là dove il trasferimento della proprietà del bene culturale avvenga nell'ambito di una cessione di beni aziendali³³. La conclusione è (anche in questo caso) sorretta dalle specificità strutturali e funzionali dell'atto dispositivo, preordinato a trasferire non già la proprietà, in sé, del bene culturale, quanto piuttosto la titolarità di un ampio novero di beni, funzionalmente dedicati allo svolgimento di un'attività di impresa.

³⁰ Cfr. soprattutto A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Esi, Napoli, 2018, *passim* ma spec. p. 41 ss. Sulla sussidiarietà orizzontale, più in generale, v. tra i tanti: G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Jovene, Napoli, 2005, p. 179 ss.; G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, p. 171 ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 603 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Esi, Napoli, 2003, p. 146 ss.; cfr. altresì P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Esi, Napoli, p. 117 ss. (testo e note).

³¹ Nel senso della eccezionalità cfr. Cons. Stato, 20 gennaio 2009, n. 267, in *Foro amm. CDS*, n. 1, 2009, p. 263.

³² Cons. Stato 19 marzo 2008, n. 1205, in *Vita not.*, n. 1, 2008, p. 209.

³³ Cons. Stato, 8 febbraio 2016, n. 501, in *Dir. giust.*, n. 11, 2016, p. 2, con nota di M. BOMBI, *Cessione di quote e diritto di prelazione dei beni culturali*.

Di là da ogni più approfondita analisi delle fattispecie³⁴, quel che è dato osservare è che l'esclusione dei limiti alla libertà di circolazione è promossa soprattutto nelle vicende che esprimono esigenze più pressanti di salvaguardia del valore produttivo dei beni vincolati.

Il panorama sembra legittimare, in tal guisa, una stratificazione del diritto di prelazione, il cui ambito operativo si amplia o riduce in virtù dell'intreccio di interessi esposto dalle concrete fattispecie: in altri termini, la proprietà pubblica "arretra", a vantaggio della libertà di circolazione e – conseguentemente – della proprietà privata, qualora le "esigenze culturali" si misurano con l'interesse alla conservazione della produttività del bene, il quale è destinato a prevalere rispetto agli interessi protetti dalla prelazione.

Diversamente da quanto prefigurato dal tenore testuale delle norme, l'indirizzo intrapreso dal diritto vivente consente, dunque, di rileggere il rapporto tra "proprietà" e "funzione" dei beni culturali, i quali sono assoggettati ad una "destinazione pubblica" la cui realizzazione può essere affidata – alternativamente, in virtù degli interessi concretamente coinvolti – a enti pubblici o soggetti privati; secondo esiti coerenti con quelli delineati dalla prospettiva ermeneutica richiamata in apertura.

5. Qualche sviluppo: il "problema" della *usucapio libertatis* dei beni culturali

Il quadro tratteggiato converte criteri ermeneutici che possono contribuire – oltre che a rileggere alcuni tratti del dettato legislativo³⁵, anche – a stemperare i dubbi suggeriti da taluni arresti del formante giurisprudenziale.

Recentemente si è fatta questione della possibilità di precludere l'esercizio (tardivo) della prelazione qualora, a seguito dell'alienazione di un bene immobile culturale non denunciata al Ministero³⁶ – con conseguente nullità del relativo contratto³⁷ –, il privato eserciti sul bene stesso il possesso ventennale.

L'interrogativo chiama in causa la controversa figura della c.d. *usucapio libertatis*³⁸, la quale ha ricevuto attenzione soprattutto nella prassi notarile.

³⁴ Sui quali sia consentito il rinvio a M. MAZZUCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, cit., p. 370 ss.

³⁵ Le regole applicabili ai conferimenti od alle operazioni straordinarie di società nel cui patrimonio si trovino beni culturali mutano in virtù del concreto impiego, produttivo o non, espresso dal bene culturale: per ogni approfondimento a consentito il rinvio, ancora una volta, a M. MAZZUCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, cit., p. 372 ss.

³⁶ Sulla rilevanza penale dell'omessa denuncia si veda Cass. Pen., 7 giugno 2016, n. 44578, in *Riv. pen.*, n. 12, 2016, p. 1088.

³⁷ La nullità è prevista espressamente dall'art. 164 del Codice, in linea con quanto disposto dal previgente art. 61 della l. 1 giugno 1939, n. 1089. Discussa è, però, la natura della sanzione: a fronte di un indirizzo minoritario orientato ad affermare la natura assoluta della nullità (R. FUCCILLO, *La circolazione dei beni culturali di interesse religioso*, in *Dir. ecl.*, n. 1, 1993, p. 630; G. CASU, *Codice dei beni culturali. Prime riflessioni*, in *Studi e materiali*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 712), la giurisprudenza ha sempre qualificato la sanzione legislativa alla stregua di nullità relativa, azionabile soltanto dallo Stato e non rilevabile d'ufficio (Cass., 24 maggio 2005, n. 10920, in *Foro it.*, n. 6, 2006, c. 1880; la natura relativa è ribadita da Cass., 27 novembre 2019, n. 30984, in *dejureonline.it*). In argomento v. anche A. FUSARO, *La circolazione giuridica dei beni immobili culturali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 1, 2010, p. 2012 ss.

³⁸ Sul tema cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. LISELLA, *La «moderna» usucapio libertatis*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 733 ss.

In questo ambito, la possibilità di acquisire un diritto immobiliare libero da pesi e vincoli è affidata ad una valutazione, caso per caso, dei connotati del possesso esercitato, il quale potrà valere ad estinguere i diritti dei terzi soltanto qualora esprima condotte palesemente incompatibili con le pretese altrui.

Si ché, mutuando tali indirizzi, il diritto di preferenza dello Stato si ritiene “estinto” qualora il possesso ventennale dell’immobile sia stato esercitato dal privato in maniera tale da confliggere radicalmente con la prelazione³⁹.

La conclusione, nella sua apparente linearità, è però gravida di dubbi⁴⁰. Di là dall’incerta configurabilità dell’*usucapio libertatis* sui beni immobili⁴¹, per quanto qui di maggiore rilievo non è chiaro neppure se l’usucapione – qualora si ritenga praticabile - travolga soltanto il diritto di prelazione, od invece estingua il “vincolo culturale” nel suo complesso. Ed ancora, interrogativi sorgono in merito alle modalità nelle quali possa esplicarsi un uso incompatibile con il diritto di prelazione.

Sotto il primo profilo, sembra ragionevole affermare che l’*usucapio libertatis* possa coinvolgere, in astratto, soltanto il diritto di prelazione e non tutto il vincolo culturale, il quale è certamente destinato a sopravvivere anche là dove, a seguito dell’acquisto, il privato eserciti un possesso incompatibile con la funzione culturale.

La conclusione è confortata, innanzitutto, sotto il profilo sistematico dalle norme che ammettono atti dispositivi su beni culturali non assoggettati al diritto di prelazione. Tali regole negano, evidentemente, l’esistenza di un legame necessario tra il diritto di prelazione e gli ulteriori vincoli connessi con la natura culturale del bene, i quali sopravvivono indipendentemente dalle sorti riservate alla prelazione. Diversamente opinando si giungerebbe a ritenere che, indipendentemente da un eventuale trasferimento del bene, il proprietario (per così dire originario) potrebbe esercitare un possesso incompatibile con gli “obblighi culturali” e, in tal modo, estinguere ogni vincolo.

Per quanto attiene, invece, alle caratteristiche del possesso esercitato e, segnatamente, all’uso del bene incompatibile con la prelazione, occorre svolgere alcune differenti notazioni.

Per le ragioni appena tratteggiate l’incompatibilità non può, innanzitutto, essere esclusa da un possesso rispettoso degli altri vincoli dettati dalla natura culturale del bene, i quali operano a prescindere dal diritto di prelazione. Al contempo, anche la mancata denuncia del trasferimento non può, *mutatis mutandis*, essere

³⁹ Cons. Stato, 3 ottobre 2018, n. 5671, in *dejureonline.it*

⁴⁰ Per taluni cenni critici v. S. NOBILE DE SANTIS, *Possesso ad usucapionem e beni culturali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 3, 2019, p. 509 ss.

⁴¹ I dubbi in merito alla configurabilità dell’istituto con riferimento ai beni immobili sono sollecitati, innanzitutto, dal tenore testuale dell’art. 1153 c.c.: v. le puntuali le osservazioni di F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017, p. 295; in giurisprudenza cfr. Cass., 27 marzo 2001, n. 4412, in *dejureonline.it*. Il tema ha ricevuto attenzione soprattutto con riguardo alla sopravvivenza dei diritti di garanzia vantati da terzi, nel caso di usucapione di immobili. La tendenza ad affermare l’estinzione delle garanzie è motivata sulla base dell’efficacia retroattiva della sentenza di avvenuta usucapione, e non dell’operatività dell’*usucapio libertatis* (Cass. 28 giugno 2000, n. 8792, in *Vita not.*, 2000, p. 1607).

qualificata alla stregua di uso incompatibile con la prelazione, soprattutto ove si consideri che, in caso contrario, l'uso incompatibile giungerebbe a coincidere con la mera violazione di un obbligo imposto dalla legge.

Sulla scorta di tali considerazioni, potrebbe risultare assai difficile affermare, in concreto, se il possesso sia stato esercitato in maniera compatibile o no con il diritto di prelazione⁴².

Dinanzi a tali incertezze, l'interprete si deve avvalere, in ossequio ad un'inevitabile prospettiva teleologico-sistemica, dei canoni ermeneutici espressi dal sistema normativo, più complessivamente inteso. In tale direzione può e deve, dunque, essere richiamato l'indirizzo proteso a enfatizzare il concreto intreccio di interessi sotteso alle singole vicende circolatorie dei beni culturali; sì da poter attribuire, forse, anche nell'ambito dei problemi suscitati dall'*usucapio libertatis*, un congruo peso all'uso, produttivo o non, conseguito dal bene.

6. Segue. *Usucapio libertatis* e uso produttivo

Si è detto che, dinanzi all'equivocità del dettato legislativo, l'operatività della prelazione è fortemente influenzata, nelle concrete vicende, dall'impiego del bene oggetto di circolazione; ché la preferenza attribuita all'Autorità pubblica retrocede dinanzi agli interessi connessi con lo sfruttamento produttivo del bene vincolato.

In tal guisa, sembra ragionevole affermare, in linea di principio generale, che l'impiego del bene culturale nell'ambito di attività produttive esprima, di per sé, un "uso incompatibile" con la prelazione artistica, in virtù della sua attitudine a paralizzare il diritto di preferenza normalmente riconosciuto all'Autorità pubblica.

Ne deriva, in prima battuta, che il "problema" dell'*usucapio libertatis* può riguardare soltanto la circolazione di beni non adoperati con funzioni produttive, giacché, nel caso contrario, la prelazione sarebbe pregiudicata, *in nuce*, dall'impiego del bene culturale. In altri termini, in caso di omessa denuncia di trasferimento di beni culturali già impiegati con funzioni produttive, ogni ipotetica questione sulla possibilità di esercitare tardivamente la prelazione dovrebbe esser considerata come mal posta: in questi casi, infatti, il diritto di prelazione non potrebbe operare *ab origine*.

⁴² Merita senz'altro qualche rilievo critico l'argomento, adoperato nella sentenza, a tenor del quale la denuncia tardiva varrebbe ad esprimere un uso compatibile con la prelazione, giacché sarebbe espressione del riconoscimento dell'esistenza del diritto di preferenza in favore dello Stato. Ed infatti, l'obbligo di denuncia è dedicato – non sempre a consentire l'esercizio della prelazione, quanto piuttosto - a permettere le attività di vigilanza dell'Amministrazione pubblica su tutti gli atti dispositivi, e sulle conseguenti attività di utilizzo e godimento, dei beni culturali, indipendentemente dalla natura giuridica dell'atto adottato anche a prescindere dalla spettanza del diritto di prelazione (per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare a M. MAZZUCA, *Osservazioni sulla prelazione artistica*, cit., p. 363, nota 14).



Conseguentemente, non è forse avventato affermare che un eventuale conflitto tra le prerogative dei privati e la pretesa dell'“Amministrazione” di esercitare una prelazione “tardiva”⁴³ debba essere risolto sulla base dell'utilizzo fatto del bene, da parte dei privati, successivamente all'atto dispositivo non denunciato.

In questa direzione, un uso incompatibile con la prelazione, capace di paralizzarne l'esercizio tardivo, può essere configurato ogniqualvolta l'impiego produttivo del bene sia maturato (soltanto) dopo il trasferimento non denunciato.

In sintesi, l'estinzione del diritto di prelazione può essere affermata qualora il bene culturale, non impiegato con finalità produttive nel momento in cui viene trasferito, viene successivamente utilizzato nell'ambito di un'attività produttiva di impresa, per il tempo necessario alla maturazione dell'*usucapio libertatis*.

⁴³ La scelta dell'aggettivo (“tardiva”) è imposta dalla circostanza che la prelazione artistica è sempre esercitata dopo la stipulazione dell'atto traslativo, in virtù del peculiare procedimento predisposto dal legislatore; si da non potersi discorrere di prelazione “successiva”. Proprio tale caratteristica è stata enfatizzata da parte della letteratura al fine di sottolineare la differenza esistente tra quella artistica e le altre forme di prelazione: per qualche cenno sia consentito il rinvio, ancora una volta, a M. MAZZUCA, *op. cit.*, p. 360, nota 3).

Il concorso tra norme amministrative e penali: il problema del *ne bis in idem* alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022^(*)

1. La questione devoluta ed il sindacato della Corte costituzionale.

Il dubbio, sollevato dal Consiglio di Stato, riguarda la costituzionalità del cumulo di procedimenti e di sanzioni derivante dal combinato disposto degli artt. 174-*bis* e 174-*ter* della legge n. 633 del 1941 che, in tema di pratiche commerciali scorrette, consente lo svolgimento di due procedimenti e l'irrogazione di due sanzioni, una penale ed una amministrativa "sostanzialmente penale", in violazione del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato¹.

La garanzia del *ne bis in idem* è contemplata all'art. 50 della Carta di Nizza ed all'art. 4 del Protocollo n. 7, § 1, della Convenzione Europea, con norme sostanzialmente sovrapponibili, che affermano il principio secondo cui nessuno può essere perseguito (cioè, processato) o condannato (cioè, punito) per un reato per il quale è già stato assolto o condannato conformemente alla legge.

Il principio ha una duplice connotazione, sostanziale e processuale insieme².

Sotto il primo profilo, esso è ispirato dall'esigenza di garantire la proporzionalità/equità del trattamento punitivo, evitando, attraverso più processi o procedimenti, la duplicazione della sanzione per il medesimo fatto illecito addebitato allo stesso soggetto; sotto il secondo, è ispirato dalla necessità di evitare la duplicazione, ed anche la potenziale antinomia, tra giudizi.

Preliminarmente, la Corte costituzionale ha dovuto risolvere una questione di rito, insorta per il fatto che il parametro di legittimità invocato è rappresentato da una norma euro-unitaria avente effetto diretto sull'ordinamento nazionale, la quale già di per sé obbliga il giudice comune a disapplicare la disposizione interna ritenuta in contrasto e ad applicare direttamente la norma pattizia³.

Sul punto, la Corte ha escluso che, in materia di diritti fondamentali, i rimedi del sindacato accentrato e del sindacato diffuso di costituzionalità siano tra loro incompatibili, valendo piuttosto la regola opposta della concorrenza tra le varie forme di tutela, essendo, tanto il giudice comune quanto il giudice costituzionale, "impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze"⁴.

Nel merito, la Corte costituzionale ha premesso che la garanzia convenzionale del *ne bis in idem* mira a tutelare il soggetto, non soltanto contro la prospettiva di una seconda pena, ma, ancor prima, contro la prospettiva di un secondo processo/procedimento per il medesimo fatto, e ciò a prescindere dall'esito del primo, che potrebbe essersi concluso anche con un'assoluzione: la *ratio* è infatti quella di evitare l'ulteriore sofferenza ed i costi economici determinati da un nuovo processo/procedimento, in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata.

(*) Relazione svolta al convegno di studi sul tema "Rapporti tra fattispecie tributaria e fattispecie penale: profili processuali e sanzionatori", organizzato dall'Università di Catanzaro, dall'Associazione nazionale dei tributaristi italiani, Sezione Calabria, dalla Camera penale di Catanzaro e dal Centro di diritto penale tributario, Gruppo Calabria, il 13 luglio 2022.

¹ Cons. Stato, Sez. VI, ord. 7 gennaio 2022, n. 68.

² G. Prosperetti, *La problematica applicazione del ne bis in idem nell'ordinamento italiano*, in www.corte costituzionale.it, 3 ottobre 2019.

³ C. cost. 16 giugno 2022, n. 149.

⁴ C. cost. 21 febbraio 2019, n. 20.

Il *ne bis in idem* non si oppone, invece, alla possibilità che l'imputato sia sottoposto, in esito al medesimo procedimento, a due o più sanzioni distinte per il medesimo fatto (ad esempio, a pene detentive, pecuniarie ed interdittive), ferma restando il rispetto della regola di proporzionalità della pena complessiva, sancito dagli artt. 3 e 27 Cost. e dall'art. 49, § 3, CDFUE.

Quindi, secondo la Corte, ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* devono ricorrere i seguenti presupposti:

- un *idem factum* materiale, indipendentemente dalla diversa qualificazione giuridica⁵;
- una previa decisione irrevocabile, non importa se di condanna o di assoluzione, concernente il merito della responsabilità dell'imputato⁶;
- un *bis*, ossia di un secondo processo penale, od un secondo procedimento amministrativo volto all'irrogazione di una sanzione di carattere sostanzialmente penale, per quel medesimo fatto.

2. La natura “sostanzialmente penale” della sanzione.

Per verificare se la sanzione ha natura “sostanzialmente penale”, occorre rifarsi ai criteri enunciati dalla CEDU, in relazione all'art. 6, § 1, della Convenzione, sin dalla nota sentenza *Engel*⁷, poi ripresi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale⁸.

Essi sono:

- a) la qualificazione giuridica interna dell'illecito nella sfera del diritto penale, disciplinare o di entrambe assieme;
- b) la natura dell'illecito e la funzione del conseguente provvedimento sanzionatorio, che dev'essere applicabile in modo generale ed avere scopo preventivo e repressivo;
- c) la gravità della sanzione, che deve essere particolarmente afflittiva, anche se non necessariamente privativa della libertà personale⁹.

Conseguentemente, pronunciandosi sulla sanzione disciplinare irrogata ad un militare, la sentenza *Engel* ha affermato che “appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive”.

Uguali principi si ritrovano nella successiva giurisprudenza CEDU¹⁰ ed in particolare nella sentenza *Grande Stevens*¹¹, che ha precisato la natura alternativa e non cumulativa degli *Engel criteria*.

In sintesi, affinché “si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6, § 1, della CEDU, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale»”.

⁵ CEDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin* contro Russia, § 79-84.

⁶ *Idem*, § 107.

⁷ CEDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel* contro Paesi Bassi.

⁸ C. cost. 26 maggio 2010, n. 196; *idem*, 16 aprile 2021, n. 68; *idem*, 23 settembre 2021, n. 185.

⁹ CEDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A&B* contro Norvegia; *idem*, Sez. I, 18 maggio 2017, *Johannesson* contro Islanda.

¹⁰ CEDU, Grande Camera, 21 febbraio 1984, *Öztürk* contro Germania.

¹¹ CEDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens* contro Italia.

Il ricorrere di uno solo di questi elementi rende configurabile la sanzione come “sostanzialmente penale”. Se la sanzione è qualificata come “penale” nell’ordinamento nazionale, tale dato è vincolante per l’interprete che, diversamente, dovrà verificarne la natura concreta in base agli altri elementi.

3. L’*idem factum*.

Per verificare che l’illecito per cui si procede contro l’imputato già giudicato sia il *bis* del precedente, il criterio da applicare è quello del c.d. *idem factum*, affermato dalla CEDU nella sentenza *Zolotukhin*: i due fatti riferiti allo stesso soggetto vanno valutati nel loro significato storico-naturalistica, mettendone a confronto la condotta, l’evento ed il nesso causale, senza che rilevi la diversa qualificazione giuridica.

Secondo la sentenza *A&B* contro Norvegia, è comunque possibile procedere in sede penale ed amministrativa a carico dello stesso soggetto e per il medesimo fatto, se i due procedimenti o processi sono legati da una stretta connessione sostanziale e temporale ed è rispettata la necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente inflitto.

Sono dunque necessari i seguenti presupposti:

- a) la prevedibilità *ex ante* dei procedimenti penale ed amministrativo, disciplinata da regole chiare e precise;
- b) la funzione complementare delle sanzioni irrogate nei due procedimenti, che devono essere connesse ad aspetti diversi della condotta illecita, in quanto l’una non deve essere la mera duplicazione dell’altra;
- c) una connessione temporale tra i procedimenti, che debbono avere per lunghi tratti uno svolgimento parallelo;
- d) la raccolta e la valutazione della prova in maniera coordinata e, quindi, sostanzialmente unitaria;
- e) la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo.

Ulteriori precisazioni al riguardo provengono dalla giurisprudenza CGUE¹², la quale ha precisato che il cumulo di procedimenti sanzionatori penali ed amministrativi (in specie ad opera della Consob) è consentito:

- a) nel perseguimento di un obiettivo di carattere generale riconosciuto dall’ordinamento;
- b) se è previsto da norme chiare e precise;
- c) se gli oneri risultanti per l’interessato sono limitati allo stretto necessario per realizzare l’obiettivo di interesse generale.

4. La soluzione della questione rimessa.

La Corte costituzionale ha concluso nel senso che la sanzione di cui all’art. 174-*bis* della legge n. 633 del 1941 ha, per scopo ed entità, natura punitiva.

Essa, infatti, è determinata sulla base del calcolo il doppio del prezzo di mercato dell’opera o del supporto oggetto della violazione, moltiplicato per il numero di esemplari abusivamente duplicati o replicati, in modo da infliggere al trasgressore un sacrificio economico superiore al profitto ricavato dall’illecito e ciò rende evidente la funzione accentuatamente dissuasiva della sanzione e la finalità in tutto e per tutto sovrapponibile a quella caratteristica delle sanzioni penali.

Né può ritenersi che i due procedimenti perseguano scopi complementari, o concernano diversi aspetti del comportamento illecito.

¹² CGUE, Grande Camera, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate* contro Italia.

Infine, non è previsto alcun meccanismo che consenta al giudice penale (ovvero all'autorità amministrativa, in caso di formazione anticipata del giudicato penale) di tener conto della sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena, così da evitare che una medesima condotta sia punita in modo sproporzionato.

Ed infatti, la severa multa che il giudice penale è tenuto ad irrogare viene a sovrapporsi alla già gravosa sanzione pecuniaria amministrativa, senza che si possa discernere una qualsiasi autonomia di *ratio*, né alcun coordinamento funzionale, tra di esse.

Da tutto ciò discende che il sistema di "doppio binario" in esame non è normativamente congegnato in modo da assicurare che i due procedimenti sanzionatori apprestino una risposta sostanzialmente unitaria all'illecito.

Essi, invero, pur originando dalla medesima condotta, seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano, né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al *ne bis in idem*.

Per questi motivi, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge.

5. Provvisorie conclusioni sul versante del diritto tributario.

Non è dato sapere se la sentenza in esame resterà una *monade*, o darà il via ad un vasto ripensamento del sistema del "doppio binario" sanzionatorio, molto diffuso in Italia, anche e soprattutto a seguito della caduta di due *miti*: - quello della pregiudizialità (o primazia) penale, ovvero della prerogativa, concessa al giudice penale, di accertare la questione di fatto con tendenziale efficacia di giudicato sugli altri processi o procedimenti convergenti; - quello della specialità, quale criterio di composizione del concorso tra norme

Le ripercussioni, nel secondo caso, potrebbero interessare certamente l'ordinamento tributario, dove, per lo stesso illecito, il contribuente si trova esposto sovente ad un processo penale ed ad un procedimento fiscale, con rischio di comminatoria di un doppia onerosa sanzione.

Non a caso, in dottrina si è sostenuto che «un'applicazione rigorosa del principio del *ne bis in idem* come si sta delineando nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia, combinato alla presa d'atto che le sanzioni amministrative tributarie vanno annoverate nel novero delle sanzioni afflittive e quindi "penali", potrebbe condurre ad un modello sanzionatorio dove, di fatto, resta espunta la reazione penale, a favore di quella amministrativa»¹³.

Per vero, «la regola di specialità conduce ad individuare una relazione di genere a specie tra due disposizioni, dove una (quella c.d. speciale) contiene tutti gli elementi dell'altra (c.d. generale), oltre ad elementi ulteriori specializzanti. In questo modo, diventa possibile pervenire all'applicazione della sola disposizione speciale. Quest'ultima, in ragione degli elementi specializzanti, è in grado di cogliere con maggiore precisione il disvalore della singola condotta. Disvalore, che, e proprio in ragione del rapporto di specialità, è tuttavia il medesimo sotteso alla fattispecie generale, la quale, conseguentemente, può non essere applicata, così scongiurando una sostanziale duplicazione nella reazione sanzionatoria ordinamentale al medesimo disvalore. Da qui, l'effetto proprio della specialità di permettere e prevedere un'unica sanzione nonostante

¹³ A. Carinci, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. trib.* 2015, 2, 499 ss.

l'astratta applicabilità di più previsioni, stante l'identità dei disvalori assunti dalle rispettive fattispecie (quella generale e quella speciale)»¹⁴.

In particolare, la scelta effettuata dalla Corte costituzionale di dichiarare incostituzionale la norma violativa degli *Engel criteria* potrebbe mettere in crisi anche l'orientamento ermeneutico prudenzialmente assunto dalle più recenti decisioni della Suprema Corte¹⁵, secondo cui «non sussiste violazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4, § 1, Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU, nei casi di litispendenza, quando cioè una medesima persona sia perseguita o sottoposta contemporaneamente a più procedimenti per il medesimo fatto storico e per l'applicazione di sanzioni formalmente o sostanzialmente penali, oppure quando tra i procedimenti vi sia una stretta connessione sostanziale e procedurale».

Detta connessione sostanziale sussiste ogni qual volta il provvedimento amministrativo viene applicato *ex lege* in conseguenza della condanna penale, o quando la pluralità di procedimenti sia funzionale ad applicare per lo stesso fatto più sanzioni complementari, le quali costituiscono la risposta integrata dell'ordinamento all'illecito commesso. La connessione temporale sussiste sia nei casi di celebrazione simultanea dei procedimenti, sia quando il secondo procedimento si celebri e si concluda entro un tempo non eccessivamente lontano dalla conclusione del primo procedimento, essendo necessario scongiurare che il procedimento "integrato" si protragga eccessivamente nel tempo.

In particolare, tale connessione temporale è stata ritenuta soddisfatta in un caso nel quale la durata del procedimento penale si è prolungata per ulteriori due anni dalla conclusione del procedimento tributario, per una durata complessiva dei due procedimenti pari ad anni 6.

Ad ogni modo, nei casi nei quali la sanzione amministrativa prevista ed applicata per il reato commesso abbia natura sostanzialmente penale, «deve essere garantito un meccanismo di compensazione che consenta di tener conto, in sede di irrogazione della seconda sanzione, degli effetti della prima così da evitare che la sanzione complessivamente irrogata sia sproporzionata».

A tal fine, deve farsi utilizzo dell'art. 135 c.p., che fornisce l'unità di misura (pari ad € 250,00 per ogni giorno di detenzione) della sanzione applicabile in sede penale, convertendo in giorni di detenzione l'ammontare della sanzione pecuniaria amministrativa, riconoscendo, ove occorra, le circostanze attenuanti generiche e valutando le condizioni economiche del reo.

Tale meccanismo di compensazione non si applica, tuttavia, se la sanzione amministrativa è stata precedentemente pagata da persona diversa dall'imputato.

Nicola Durante

Pres. Sez. TAR Salerno

Pres. Sez. CTP Cosenza

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2022 n. 2245.

I Servizi pubblici locali

Ragioni tecniche, esigenze umanitarie e ruolo del giudice amministrativo Notazioni minime

Un caloroso saluto ai presenti e a tutti coloro che seguono da remoto questo più che interessante incontro di studio.

Voglio ringraziare vivamente e lo faccio anche a nome e per conto dell'intero Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia Romagna da me rappresentato gli organizzatori del seminario e in particolare il prof. Giuseppe Caia, autorevole Direttore della SPISA ed impareggiabile regista di questa come di tante altre encomiabili iniziative scientifiche, per l'invito ad aprire i lavori: lo faccio ben volentieri sia pure con un intervento per così dire minimale, senza correre il rischio (e di ciò, se dovesse accadere, mi perdonerete) di invadere, il raggio di azione dei vari relatori dotati di competenza tecnica assolutamente sovradimensionata per latitudine e profondità rispetto alle mie più che modeste cognizioni

E' superfluo osservare come i titoli degli argomenti che oggi sono oggetto di indagine danno in maniera plastica contezza della rilevanza delle varie problematiche connesse alla materia dei servizi pubblici locali e faremo certamente tesoro dei preziosi apporti scientifici e di esperienza che uomini della politica, amministratori, manager pubblici e privati e giuristi sicuramente forniranno al riguardo

E sì che la presenza di un tale variegato e qualificato parterre di esperti la dice lunga in ordine alla vastità, complessità e importanza della materia e dell correlato interesse che essa suscita .

Bene, qualsiasi indagine si vada a condurre sulla tematica impone una preliminare, indispensabile considerazione, un vero e proprio corollario e cioè l'insistenza e persistenza nella nozione di servizio pubblico locale dell'elemento politico quale prima, originaria connotazione del fenomeno

Se è vero che, nella sua più autentica e nobile espressione, il politico si definisce il civil servant si capisce subito come assicurare attraverso i servizi pubblici le varie utilità costituisce l'anima stessa dell'attività degli amministratori, rimessa, come tale, alle scelte che il politico va a far in ordine alle modalità, ai tempi e ai risultati che si vogliono far conseguire ai componenti della collettività rappresentata

E d'altra parte è noto che proprio la gestione e quindi il grado di satisfattività dei servizi pubblici è il parametro più eloquente e direi sicuro del grado di consenso elettorale di una persona o di una compagine politica , in senso positivo che negativo

Ma non mi voglio avventurare su argomenti che non mi appartengono : non v'è dubbio che sia pure in un momento storico non proprio felice, a rivendicare sotto questi nobili profili il primato della politica ci penserà sicuramente da par suo il Sindaco De Pascale

Di non meno rilevanza però assumono le altre due dimensioni che accompagnano la nozione di servizi pubblici locali , quella giuridica e quella economica in realtà tra loro intimamente ed inscindibilmente connesse .

Sappiamo bene che i servizi di interesse economico generale, per intenderci i trasporti pubblici, l'acquedotto, l'illuminazione pubblica, la gestione dei rifiuti urbani, le farmacie comunali , la distribuzione di energia sono organizzati per espresso dettato della legge, dagli enti locali secondo modelli di gestione e/o formule operative contemplate dalla normativa di settore , ma è indubbio che accanto ai profili di giuridicità cui pure l'espletamento del servizio deve accompagnarsi sussistono, in maniera non meno preponderante, gli aspetti economici, perché le prestazioni a rendersi e a farsi sono rette da criteri squisitamente economici, quegli stessi che reggono la gestione delle attività imprenditoriali private e d'altra parte gli obiettivi di convenienza e di efficienza non possono non essere valutati alla stregua di parametri di tipo economico- finanziario anche in riferimento ai principi fissati dalla finanza pubblica.

Di qui tutta una serie di problematiche circa la esatta o comunque adeguata individuazione delle regole del gioco , fatte oggetto di studio da parte della dottrina (e qui mi corre l'obbligo di fare rinvio alla brillante produzione scientifica del Magnifico Rettore prof. Fabio Roversi Monaco e dello stesso prof. Caia da sempre riconosciuti come tra i massimi studiosi della materia) ma anche destinatarie di interventi giurisprudenziali i cui apporti hanno non poco contribuito a chiarire la portata e i limiti dei vari istituti giuridici che sovrintendono la delicata materia.

E sì che al riguardo v'è solo l'imbarazzo della scelta circa le problematiche da affrontare e risolvere, quelle stesse che vengono in rilievo proprio in base alle linee guida che sono state indicate dall'Adunanza della commissione speciale in sede di parere del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo recante il testo unico sui servizi pubblici locali di interesse generale e cioè, per citarne esemplificativamente alcune :

a) la regolazione e organizzazione dei servizi in questione; b) l'allocazione dei poteri di controllo fra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti c) la previsione di sistemi di tutela dell'utenza ; d) i vari modelli di gestione e) l'armonizzazione delle varie discipline di settore e il coordinamento con la normativa comunitaria per ciò che attiene ai più disparati aspetti della materia; f) la concorrenza nel mercato e nel contempo la trasparenza , l'efficacia , l'imparzialità , l'adeguata pubblicità, la parità di trattamento e la non discriminazione, l'adozione un equilibrato sistema tariffario etc ...

Ma su questo versante mi devo fermare perché mi rendo conto che sto venendo meno all'impegno assunto in apertura : altri e sicuramente meglio di me illustreranno gli aspetti più significativi dei profili problematici da chi vi parla semplicisticamente accennati

E allora vi consegno solo una qualche minima riflessione di carattere generale da sottoporre alla vostra , mi auguro, benevole considerazione.

Si può discutere sul perché e in che modo occorre coniugare i principi del diritto pubblico con i principi di economicità e le regole di mercato, con quali forme di gestione (assunzione diretta, concessioni a terzi, società in house, aziende speciali) è meglio svolgere tali servizi relativamente alla ricerca di un criterio di ottimizzazione di costi, ricavi ed investimenti propri dell'attività di gestione ma c'è un unico, comune denominatore alla base di tutte le opzioni tecniche possibili ed immaginabili (ciascuna degna di ogni apprezzamento tecnico- scientifico) e che costituisce un dato intangibile ed inderogabile che certamente non può non indirizzare gli svariati fattori di valutazione della vicenda in un'unica direzione, il fatto cioè che al centro del fenomeno c'è lui, l'utente, la persona e comunque il soggetto privato in capo al quale sussiste una legittima aspettativa all'ottimale soddisfacimento dei bisogni della vita quotidiana e questo è particolare di non poco conto.

La circostanza infatti costituisce, un vero e proprio vincolo di sostanza che dà ed impone una particolare chiave di lettura delle problematiche giuridiche ed economiche sottese alla problematica , lì dove la regola della tutela dell'utenza si pone come esigenza primaria da soddisfare in primis et ante omnia, quello stesso principio che conferisce in definitiva un ruolo strumentale se non (e non vorrei esagerare) meramente ancillare a tutti gli altri interessi in rilievo pure meritevoli di tutela

Siamo in presenza di quello che è nel contempo un presupposto logico e la finalità stessa dell'atteggiarsi dei servizi pubblici locali , far conseguire al componente della collettività rappresentata dall'ente locale condizioni di benessere materiale, etico,

civile e tali aspetti vanno assolutamente tutelati, senza che nessuno di esso subisca anche nella pur minima parte quale che sia detrimento in favore della logica del profitto di un'attività che resta indubbiamente di carattere economico ma che nel contempo non può non tener conto dell'elemento per così dire "personalistico" cui sopra si accennava

Per il vero è la stessa legge 124/2015 (c.d. legge Madia) a porre al centro della vicenda la persona umana e questa centralità deve prevalere su ogni altro aspetto di individuazione e di operatività del sistema di affidamento e di svolgimento del servizio.

Diciamocelo francamente : al cittadino in concreto non interessa minimamente chi svolge il servizio e con quale formula operativa viene svolto, quale profitto tragga il gestore , piccolo o grande che sia ; ciò che gli preme è la qualità, la puntualità del servizio e quanto tira fuori dalle sue tasche per avere le relative utilità.

Il ragionamento sarà pure di tipo alquanto prosaico, ma è con questo tipo di apprezzamento che occorre rapportarsi , giacchè tutto ciò che è posto oltre tali elementi di valutazione appartiene ad un mondo che è estraneo ai reali problemi della vita quotidiana del cittadino alla quale afferisce la fornitura di tali servizi

Sicchè il filo conduttore che deve guidare le Amministrazioni e/o enti di gestione preposti in ordine alla individuazione di un modello di agire in subjecta materia non dico felice ma sufficientemente e mediamente adeguato è quello che parte ed arriva all'obiettivo primario : dare la massima tutela alla posizione del fruitore del servizio, quale condicio sine qua non per assicurare buone situazioni di benessere e di coesione sociale .

Non è mai abbastanza sufficiente richiamare questi profili di umanizzazione del fenomeno e ciò in ossequio proprio a quei principi di solidarietà sociale e di fruizione delle prestazioni di utilità e dei beni primari della vita da parte di tutti i consociati, quale finalità di benessere perseguite espressamente dalla nostra Costituzione agli artt.117 comma 2 e 118 ultimo comma oltrechè costituenti la regola fondante di una sana coscienza sociale e civile idonea a sorreggere la vita di una comunità.

Siamo ben consapevoli del fatto che ottimali condizioni di espletamento di tali attività non sono agevolmente perseguibili in ragione di tante variabili anche indipendenti che intervengono in un campo così delicato, legato a condizionamenti vari e penso che non esista una ricetta miracolistica al riguardo, sicchè non voglio e neppure posso dettare regole comportamentali in proposito.

Una parola forse più concreta credo posso io spendere per la parte che qui mi interessa ratione officii, come magistrato amministrativo.

Sì perché è indubbia l'importanza del ruolo che il g.a assume a valle delle procedure amministrative a mezzo delle quali pure deve attuarsi lo svolgimento delle attività di servizio pubblico da parte degli enti locali, anche se in una fase per così dire patologica dell'agire amministrativo.

Ma tant'è, anche in tali circostanze si può porre rimedio a discrasie, ingiustizie e condotte devianti da parte della P.A.

E qui non mi voglio sottrarre dal formulare qualche osservazione a mò di autocritica nei confronti della istituzione alla quale con giusto orgoglio appartengo, allorché, sicuramente senza cattiva volontà, ma forse per pigrizia, più di qualche volta non siamo stati capaci di incidere concretamente con lo strumento processuale in ordine all'ordinato assetto degli interessi che in questa materia vengono in rilievo.

E certo non ci si può fermare alla rilevazione di vizi di tipo formale e/o endoprocedimentale, perché altro e di più può essere fatto dall'organo giudicante per utilmente concorrere alla soluzione dei problemi e far assumere allo strumento giurisdizionale la necessaria connotazione della concreta operatività ed efficacia.

Così, non basta stigmatizzare l'assenza di una sufficiente motivazione per fini di trasparenza; occorre dispiegare un controllo più penetrante e spingersi a sindacare perché no? la ragionevolezza delle scelte e valutazioni tecniche del piano economico, del sistema tariffario, degli investimenti, dei costi e dei ricavi nonché la ragionevolezza delle modalità di raggiungimento degli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza ed economicità potendo all'uopo utilizzare gli strumenti istruttori di cui all'art. 66 c.p.a.; parimenti non ci si deve precludere la possibilità di ampliare l'ambito di legittimazione attiva a ricorrere da parte degli utenti, delle associazioni rappresentative e anche a configurare interessi partecipativi nei processi decisionali dei gestori dei servizi.

Insomma la possibilità di incidere con lo strumento processuale concretamente sugli aspetti migliorativi del servizio c'è ed è rimesso perché no? anche alla " sana fantasia " giuridica dell'operatore giudiziario si da poter approntare congrui interventi volti ad assicurare nella veste delicata ma esaltante di giudici di prossimità del territorio una duplice meritevole finalità e cioè: a) garantire l'attuazione dei principi di sana e buona amministrazione in un campo dell'agire amministrativo di così vitale importanza per lo sviluppo socio economico della comunità; b) assicurare le inderogabili condizioni di tutela al soggetto debole del rapporto con i pubblici poteri

le quante volte la posizione di questi è ingiustamente compressa se non conculcata ed altrettanto illegittimamente gli si nega il bene della vita.

Insomma, lo confesso, a me l'immagine del mugnaio di Potsdam che cerca un giudice a Berlino, sarà pure un aneddoto, forse più di qualche volta abusato, a me fa sempre un certo effetto : che giustizia è quella che non è in grado di proteggere il cittadino dall'arbitrio allora dei potenti di turno, oggi dalla prepotenza di un'amministrazione occhiuta e panciuta?

Anzi occorre impegnarsi a più non posso per il giusto riconoscimento dei diritti del soggetto privato un vero e proprio imperativo categorico cui non ci si deve assolutamente sottrarre e un onere indefettibile cui l'ordinamento giuridico deve compiutamente assolvere oltre a essere imposto dalla coscienza civile.

E' appena il caso di ricordare, prima a me stesso che il giudice amministrativo non è più giudice nell'amministrazione, quanto meno a far data dalla storica sentenza n. 500 del 1999

E d'altra parte il giurista e mi riferisco anche agli appartenenti al mondo dell'accademia non deve richiudersi in una sorta di torre d'avorio ma concorrere a risolvere problemi e problematiche poste dalla incerta interpretazione e applicazione delle regole applicabili in ipotesi al caso.

Al riguardo e per finire una curiosità che mi punge a mò di vaghezza : da un po' di tempo a questa parte per ciò che riguarda il panorama giurisprudenziale amministrativo ci si imbatte, in una sorta di crescendo rossiniano in un numero più che notevole di ordinanze del giudice di merito sia di primo che di secondo grado di rimessione alla Corte Costituzionale, alla Corte di Giustizia dell'UE e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla ricerca di risposte a quesiti interpretativi.

Ora, indubbiamente vi possono essere certamente casi in cui invocare lumi dalle corti superiori o l'intervento della funzione nomofilattica diviene circostanza di fatto e di diritto assolutamente dirimente per la soluzione della quaestio iuris in rilievo. Ma mi chiedo e vi chiedo, questo aumento per così dire esponenziale di pronunce per così dire interlocutorie non vi sembra un po' una sorta di esagerazione? La giustizia è tale se ed in quanto in tempi brevi e ragionevoli si determina a definire controversie e ad assicurare in senso positivo o negativo un preciso responso alla domanda giudiziale, senza che si interpongano dotte disquisizioni, preziosismi esegetici, del tutto incomprensibili all'utenza se non ingiustificati agli occhi del cittadino.

Dare risposte chiare e tempestive (in un verso o nell'altro) è l'ineludibile compito che viene assegnato a noi giudici dall'ordinamento giuridico e questa è la vera

mission che ci viene chiesto di svolgere dalla comunità territoriale su cui insiste l'Ufficio giudiziario : servire le istituzioni ed esaudire , ricorrendone i presupposti , la domanda di giustizia che viene attivata .

E non v'è dubbio che la funzione giustiziale per dirsi tale deve risolvere in tempi ragionevolmente brevi e con appropriate modalità i concreti problemi degli utenti onde rimuovere gli impedimenti che ostacolano la fruizione dei beni della vita al cittadino come singolo privato e come membro della collettività .

Tutto il resto a voler chiosare una noto motivo sonoro, non dico che è noia, ma non si può negare che si corre però il rischio di stare dietro a superflui , aggiuntivi orpelli dei quali , converrete, non abbiamo certamente bisogno.

Grazie

Andrea Migliozi

Presidente TAR Emilia Romagna sede di Bologna

Relazione di apertura dei lavori del
seminario della SPISA- Alma mater Studiorum sui servizi pubblici locali del 21 luglio
2022

Attualità in materia antitrust¹

SOMMARIO: 1. I temi rilevanti. 2. Le decisioni del Consiglio di Stato nell'ambito della gara Consip FM4. 2.1. L'art. 14 della l. n. 689/1981. 2.2. Il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione. 2.3. Le tematiche della prova. 2.4. I poteri del giudice amministrativo. 3. Le decisioni del Consiglio di Stato nell'ambito delle procedure indette dalla Lega Calcio. 4. Altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza. 5. Il sindacato sugli atti dell'AGCM. 6. L'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. 7. Considerazioni finali.

1. I temi rilevanti.

Tra i tanti temi rilevanti in materia antitrust, soprattutto nell'ambito delle intese anticoncorrenziali, tra i più recenti e non, alcuni mi sembrano preminenti. Si tratta:

- a) dell'istruttoria, innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e al giudice amministrativo;
- b) della prova dell'illecito anticoncorrenziale e dell'onere conseguente;
- c) dei rapporti tra processo amministrativo e processo penale;
- d) dei poteri del giudice amministrativo nel sindacato sugli atti dell'AGCM.

Partirò da alcune recentissime decisioni del Consiglio di Stato, sempre in tema di intese anticoncorrenziali, per poi soffermarmi su qualche considerazione in tema di normativa e infine fare un passo indietro, ritornando all'inizio, con riguardo, soprattutto, ai poteri del giudice amministrativo.

2. Le decisioni del Consiglio di Stato nell'ambito della gara Consip FM4.

Con riguardo alle pratiche concordate (anticoncorrenziali), alcuni principi sono stati affermati e ribaditi - in parte secondo quanto già ritenuto dal Consiglio di Stato e dalla Corte di giustizia

¹ Si tratta della relazione svolta nel convegno "Antitrust between european law and national law", tenutosi a Treviso il 16 e 17 giugno 2022, dove il sottoscritto ha presieduto la prima sessione dal titolo "Attualità in materia antitrust".

dell'Unione europea (CGUE) - recentemente dal Consiglio di Stato, sezione VI, con le sentenze 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571 e 3572, nell'ambito della gara Consip FM4.

Di rilievo:

- a) l'applicabilità dell'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust di irrogazione delle sanzioni e il carattere perentorio del relativo termine;
- b) il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione;
- c) le tematiche della prova, con riguardo:
 - c.a) ai rapporti tra procedimento antitrust, giudizio penale e giudizio amministrativo;
 - c.b) allo standard probatorio da osservare nello scrutinio delle sanzioni amministrative punitive;
- d) il tema dei poteri del giudice.

2.1. L'art. 14 della l. n. 689/1981.

Innanzitutto è stato ritenuto applicabile l'art. 14 della l. n. 689/1981 ai procedimenti antitrust di irrogazione delle sanzioni e si è affermato il carattere perentorio del relativo termine.

L'art. 14, commi primo e secondo, della l. n. 689/1981 prevede che *“La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa”* e che, *“Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento”*.

Ciò in quanto il precedente art. 12 prescrive che *“Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale”*. E in forza dell'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo cui *“Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

Quanto alla natura del termine, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“Il termine per la contestazione delle violazioni amministrative ha infatti pacificamente natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa...il decorso dei novanta giorni è collegato dall’art. 14 della legge n. 689 del 1981, non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell’infrazione”*.

Sul carattere perentorio del termine la giurisprudenza del Tar del Lazio non appare ancora del tutto consolidata.

Una volta affermata la perentorietà del termine di contestazione della violazione, il problema si sposta sul *“dies a quo”*, ossia sull’individuazione del momento in cui può dirsi avvenuto l’accertamento; momento che, soprattutto con riguardo alle intese anticoncorrenziali, non è di facile individuazione, dovendosi riscontrare solo allorquando l’illecito anticoncorrenziale diviene evidente all’AGCM in tutti i suoi elementi costitutivi.

2.2. Il principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione.

È stato ribadito il principio della corrispondenza tra contestazione e sanzione.

“Il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione, può ritenersi violato soltanto qualora l’Autorità deduca circostanze nuove, non preventivamente sottoposte a contraddittorio, implicanti una diversa valutazione dei fatti addebitati, salvo si tratti di deduzioni del tutto secondarie che non modifichino in alcun modo il quadro generale della contestazione”.

Anche qui assume preminenza il carattere *“penale”* della sanzione, con la conseguenza che la *“condanna”* si deve muovere entro l’ambito dell’*“accusa”*.

2.3. Le tematiche della prova.

Cruciali i rapporti tra giudizio penale e procedimento antitrust, soprattutto con riguardo alle pratiche concordate nelle procedure di evidenza pubblica, laddove all’illecito antitrust si accompagna quasi sempre l’illecito penale (artt. 353 e seguenti c.p.). Cosicché divengono rilevanti le interrelazioni tra processo amministrativo e processo penale, considerando che tendenzialmente il giudice amministrativo arriva prima a definire l’illecito antitrust rispetto al giudice penale con riguardo all’accertamento definitivo del reato.

In proposito il Consiglio di Stato ritiene che “ *...né la legge generale sul procedimento amministrativo..., né la specifica disciplina antitrust, contemplan preclusioni in ordine all’utilizzo ai fini istruttori di prove raccolte in un processo penale, a patto che:*

a) le prove siano state ritualmente acquisite in conformità con le regole di rito che presiedono alla loro acquisizione ed utilizzo;

b) sia salvaguardato il diritto di difesa;

c) il materiale probatorio formatosi aliunde sia stato oggetto di autonoma attività valutativa (in tal senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire dalle sentenze n. 3197 del 2018 e n. 4211 del 2018)”.

“L’utilizzabilità, al fine di accertare violazioni del diritto antitrust, delle fonti di prova provenienti dal procedimento penale, non si pone in contrasto con il diritto convenzionale”.

In tema di standard probatorio da osservare nello scrutinio delle sanzioni amministrative punitive, innanzitutto vige il principio dell’onere della prova.

L’art. 2 del regolamento CE n. 1 del 2003, infatti, precisa che, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all’applicazione dell’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), l’onere della prova dell’infrazione incombe alla parte o all’autorità che asserisce tale infrazione.

Poi, ma non secondario, il principio della presunzione di innocenza (“*in dubio pro reo*”), di cui all’art. 48, para 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), secondo cui “*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*”. Nello stesso senso è il precedente art. 6, para. 2.

Si tratta di principi generali del diritto dell’Unione. Ed è ormai indubbia la natura “penale” in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall’AGCM.

Tuttavia il principio della presunzione di innocenza non osta all’applicazione di presunzioni relative, le quali consentono di trarre una determinata conclusione in base a massime di esperienza. Infatti, “ *...la prova delle intese restrittive della concorrenza può essere sostenuta da un compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purché queste possano essere significative al pari della prova rappresentativa (anche il processo penale consente il ricorso alla prova indiziaria ed ai principi fondati sull’esperienza)”.*

Ai fini dell'individuazione di un coordinamento illecito tra imprese, l'AGCM, in mancanza di prova diretta, non può che raccogliere indizi gravi, precisi e concordanti.

Nell'ambito delle intese restrittive della concorrenza, la valutazione della prova indiziaria va scomposta in due stadi. Il primo è diretto ad apprezzare la valenza qualitativa del singolo indizio, ovvero la forza di necessità logica con la quale esso è in grado di dimostrare il fatto rilevante.

Il secondo è costituito dall'esame globale degli indizi così raccolti, al fine di accertare se gli stessi, una volta integrati gli uni con gli altri, siano in grado di dissolvere la loro intrinseca ambiguità. In questa fase, vanno utilizzati i canoni (codificati all'art. 2729 c.c.) della gravità (la capacità dimostrativa e di resistenza agli argomenti contrapposti), precisione (l'univocità che rende assai inverosimili le interpretazioni alternative) e concordanza (la coerenza narrativa, dovuta alla circostanza che gli elementi raccolti non si pongono in contraddizione tra loro).

All'esito della predetta attività conoscitiva, l'ipotesi accusatoria, attentamente verificata nel contraddittorio delle parti, può ritenersi avere attinto la "certezza processuale" soltanto quando essa risulti l'unica in grado di giustificare i vari elementi probatori raccolti, ovvero la più attendibile rispetto alle altre ipotesi alternative, pure astrattamente prospettabili, ma la cui realizzazione storica, in quanto priva di riscontri significativi nelle emergenze istruttorie, appaia soltanto un'eventualità remota.

Alle imprese spetta la prova contraria.

In particolare, *"i) ...quando l'Autorità ha fornito la prova dell'esistenza di un accordo avente carattere manifestamente anticoncorrenziale, spetta alle imprese che vi hanno partecipato fornire la prova di essersene dissociate, prova che deve dimostrare una volontà inequivocabile, e portata a conoscenza delle altre imprese partecipanti, di sottrarsi a tale accordo...;*

ii) qualora invece l'Autorità fornisca soltanto la dimostrazione di un comportamento economico 'anomalo' (quali l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti), è consentito presumere l'esistenza di una concertazione, ponendo a carico delle imprese l'onere di fornire una spiegazione alternativa e plausibile della condotta contestata".

2.4. I poteri del giudice amministrativo.

Con riguardo ai poteri del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato ha ribadito che *"...la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve*

consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della quaestio facti sotto il profilo della sua intrinseca verità”.

Ossia piena cognizione del fatto da parte del giudice amministrativo. Il vedere poi come e con quali mezzi si attua la piena cognizione del fatto è un ulteriore problema, del quale si dirà tra poco.

3. Le decisioni del Consiglio di Stato nell’ambito delle procedure indette dalla Lega Calcio.

Significative, nella tematica dei rapporti tra giudizio penale (per turbata libertà degli incanti) e giudizio amministrativo, sono le sentenze del Consiglio di Stato, sezione VI, 9 giugno 2022, n. 4696 e 13 giugno 2022, n. 4779, in ambito di gare indette dalla Lega Calcio.

L’AGCM aveva individuato un’intesa in violazione dell’art. 101 del TFUE, avente per oggetto il coordinamento alla partecipazione alle gare, determinando il contenuto delle offerte economiche nelle procedure indette dalla Lega Professionisti Serie A (“Lega Calcio”) per l’assegnazione dei diritti TV per la visione fuori dall’Italia delle competizioni calcistiche del Campionato di Serie A, di Coppa Italia e Supercoppa, in un arco temporale dal 2008 al 2015.

Di seguito i passi rilevanti delle decisioni.

“9.1 – Per tali ragioni, non può essere oltremodo enfatizzato ai fini del presente giudizio – che, giova rimarcarlo, ha ad oggetto un’intesa “per oggetto”, la cui sussistenza non richiede alcuna dimostrazione degli effetti sul mercato (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6985) - l’esito del procedimento penale, che invece valorizza tale aspetto in senso favorevole a parte appellante.

In ogni caso, i fatti oggetto di indagine da parte della Procura di Milano, seppur in parte coincidenti, valgono ad integrare una fattispecie autonoma e distinta rispetto alla violazione dell’art. 101 TFUE di cui si discute in questa sede e la cui valutazione è rimessa all’AGCM.

Deve inoltre ricordarsi che, come costantemente ribadito dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., VI, 10 gennaio 2020, nn. 258 e 246), esiste nell’ordinamento un principio di reciproca autonomia tra giudizio penale ed amministrativo, posto che i due accertamenti giurisdizionali “operano in ambiti diversi e con finalità differenti”.

Ad ogni buon conto, nella relazione dell'AGCM del 24.5.2021, in ottemperanza all'ordinanza della Sezione n. 3344/2021, quest'ultima ha chiarito che i fatti accertati nel provvedimento non sono del tutto sovrapponibili a quelli posti a base della valutazione resa in sede penale”.

In sostanza, il principio di reciproca autonomia tra giudizio penale e giudizio amministrativo non trova eccezione nell'illecito antitrust. Ma l'illecito antitrust non è così lontano dall'illecito penale - vedi ad esempio la parificazione tra le sanzioni amministrative e le sanzioni penali ai fini dell'applicazione della l. n. 689/1981 - e l'accertamento del giudice amministrativo è contiguo a quello del giudice penale. Del che si dirà in prosieguo.

4. Altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza.

A questo punto non posso non ricordare altre recenti rilevanti decisioni del Consiglio di Stato in tema di AGCM e di diritto della concorrenza.

Espressioni del principio della piena cognizione del fatto nell'ambito dell'istruttoria nel processo amministrativo sono le ordinanze del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2880 e 27 settembre 2021, n. 6499, in tema di acquisizione agli atti del processo delle dichiarazioni integrali del collaboratore (*leniency applicant*).

In tema di diritto di difesa delle parti del procedimento di accertamento dell'illecito antitrust (cfr. l'art. 31 della direttiva 2019/17UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018), l'esigenza di “*full jurisdiction*”, in materia di sanzioni amministrative antitrust, comporta che “*deve consentirsi al giudice un pieno riesame, in ogni punto di fatto e di diritto, della misura afflittiva, senza che possa rimettersi a chi accusa la decisione di ciò che è rilevante per la difesa*”.

Nella specie si è affermata la “*necessità, ai fini del decidere, di acquisire dall'Autorità – perché siano sottoposte alla cognizione del Collegio ed al contraddittorio delle parti – le dichiarazioni integrali del collaborante (leniency applicant), non potendosi ammettere una sottrazione, neppure parziale, del predetto materiale istruttorio al giudice ed alle parti del giudizio; resta fermo che le parti potranno utilizzare le informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di trattamento favorevole solo in quanto necessario per l'esercizio dei diritti di difesa nel presente procedimento e con l'obbligo di non divulgarle a terzi estranei*”.

In tema di misure cautelari disposte dall'AGCM in via interinale ai sensi dell'art. 14-bis della l. n. 287/1990, si è affermato che il contenuto delle stesse, in applicazione del principio di

strumentalità della tutela cautelare (anche sostanziale), non può eccedere quanto l'Autorità procedente potrebbe adottare con il provvedimento conclusivo del procedimento, avuto riguardo allo stato del mercato riscontrabile al momento della decisione (Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 8402).

Nel solco del diritto antitrust, che stravolge i connotati degli istituti di diritto interno nella precipua esigenza dell'applicazione della normativa europea di cui agli artt. 101 e 102 del TFUE, va ricordata la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 29 gennaio 2021, n. 874 sul concetto di impresa. Nella quale è stato compreso l'esercizio di professioni intellettuali, anche di rilievo pubblicistico, qualificando l'ordine professionale alla stregua di un'associazione di imprese. Con la conseguenza che l'attività del notaio, anche se di rilievo pubblicistico, è soggetta alle norme sulla concorrenza (in tema di illecito antitrust addebitato al Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Roma nell'ambito del fenomeno della dismissione degli edifici pubblici).

Vanno menzionate, infine, le due decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, in tema di concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Qui il “cerino acceso” è stato passato dalla politica, incapace a risolvere problemi conseguenti al contemperamento degli interessi degli operatori del settore con quelli inerenti la tutela della concorrenza nel rispetto del diritto europeo, al giudice amministrativo. E il Consiglio di Stato non poteva che addivenire a una soluzione conforme alla normativa europea, al principio di concorrenza e a quelli che ne sono i suoi corollari.

Si è così affermato che:

a) *“Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative — compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.-l. n. 34/2020, convertito in l. n. 77/2020 — sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 t.f.u.e. e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica Amministrazione”;*

b) *“Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le Amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina*

legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.”.

I nodi della concorrenza non esistono solo nel settore di cui si è detto. Si pensi ai settori delle farmacie e parafarmacie, dei servizi pubblici locali, dei trasporti (ad esempio il servizio taxi), dell'elettricità e del gas. E si riscontrano nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, nella quale trovano adeguata tutela.

Ma la concorrenza è un'opportunità o un pericolo?

La risposta è evidente. Tuttavia spesso nella pratica i vantaggi per i consumatori vanno in sottordine.

È anche vero però che se si cambia la visuale i punti di vista divergono. E se ci si mette nei panni di coloro i quali, titolari di concessioni, hanno effettuato ingenti investimenti facendo affidamento sulle diverse normative di proroga del loro titolo succedutesi nel tempo, si comprende come anche costoro, che hanno interesse contrario alle aperture del mercato, siano portatori di situazioni degne di considerazione e tutela.

5. Il sindacato sugli atti dell'AGCM.

Uno tra i temi centrali in materia antitrust è senza dubbio quello del sindacato sugli atti dell'Autorità.

Si verte nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. l), con cognizione estesa anche al merito nelle controversie aventi a oggetto le sanzioni pecuniarie (art. 134, comma 1, lett. c).

Il giudizio è configurato come di tipo impugnatorio e il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione. In sostanza il giudice amministrativo non è sostitutivo dell'AGCM.

Il che riproduce la posizione della giurisprudenza degli organi giudicanti dell'Unione (Tribunale UE e CGUE), secondo cui i giudici dell'Unione non possono, nell'ambito del controllo di

legittimità di cui all'art. 263 TFUE, sostituire la propria motivazione a quella dell'autore dell'atto sottoposto a controllo².

È noto come il sindacato del giudice amministrativo sugli atti amministrativi espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico a essa affidato dalla legge, è limitato alla illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini il sindacato sulle relative valutazioni non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2022, n. 1946).

Ormai da tempo, in tema di sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM, sulla spinta della “*full jurisdiction*” è venuta meno la qualificazione del controllo giurisdizionale come “forte” o “debole”. Si è affermato l'esercizio di un controllo tendente a un modello comune a livello comunitario, in cui il principio (costituzionale ed europeo) di effettività della tutela giurisdizionale deve essere coniugato con la specificità di controversie nelle quali è attribuito al giudice il compito, non di esercitare un potere in materia “antitrust”, ma di verificare, senza alcuna limitazione, se il potere a tal fine attribuito all'Autorità “antitrust” sia stato correttamente esercitato (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926).

Con la conseguenza che il processo innanzi al giudice amministrativo non può essere un surrogato del procedimento innanzi all'Autorità. Ma fino a che punto si possono spingere i poteri del giudice amministrativo?

6. L'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

L'art. 7 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, dal titolo “Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza”, ha trasposto l'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto

² Sentenza T-286/09 (quindi del Tribunale UE):

“150: Il sistema di controllo giurisdizionale delle decisioni della Commissione riguardanti i procedimenti ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE consiste in un controllo della legittimità degli atti delle istituzioni stabilito all'articolo 263 TFUE (v. sentenza del 26 settembre 2018, Infineon Technologies/Commissione, C 99/17 P, EU:C:2018:773, punto 47 e giurisprudenza ivi citata). La portata di tale controllo si estende a tutti gli elementi delle decisioni della Commissione relative ai procedimenti in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE di cui il giudice dell'Unione garantisce un controllo approfondito, in diritto e in fatto, alla luce dei motivi dedotti dalla parte ricorrente e in considerazione di tutti gli elementi pertinenti forniti da quest'ultima (v. sentenza del 26 settembre 2018, Infineon Technologies/Commissione, C 99/17 P, EU:C:2018:773, punto 48 e giurisprudenza ivi citata). Occorre ricordare, tuttavia, che i giudici dell'Unione non possono, nell'ambito del controllo di legittimità di cui all'articolo 263 TFUE, sostituire la propria motivazione a quella dell'autore dell'atto di cui trattasi (v., sentenza del 24 gennaio 2013, Frucona Košice/Commissione, C 73/11 P, EU:C:2013:32, punto 89 e giurisprudenza ivi citata)”.

nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Si tratta di normativa in tema di “*private enforcement*”, ossia del risarcimento che viene chiesto dai soggetti danneggiati da violazioni del diritto della concorrenza. Quindi di materia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario. Eppure vi è una disposizione che non trova fonte nella direttiva e che riguarda direttamente il giudice amministrativo.

Il primo periodo del comma 1 prevede che, “*Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato*”.

Il secondo periodo, sempre del comma 1, aggiunge che “*Il sindacato del giudice del ricorso*”, il quale è il giudice amministrativo, “*comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima*”.

Il terzo periodo prescrive, infine, che “*Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno*”.

Per cui, per legge, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e si estende anche ai profili tecnici, con esclusione solo di quelli che presentano un oggettivo margine di opinabilità.

In quest'ultima ipotesi il sindacato dovrebbe essere limitato alla plausibilità, ragionevolezza, logicità, coerenza e proporzionalità della decisione dell'Autorità e comunque alla verifica che il provvedimento dell'AGCM non abbia esorbitato dagli esistenti margini di opinabilità.

La norma legifera quanto specificamente affermato da Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, secondo cui “*Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è*

limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante”.

Secondo il Consiglio di Stato (sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733), il legislatore, con il citato art. 7, ha recepito i principi della giurisprudenza amministrativa.

Ma tutto questo è conforme alla CEDU, con possibili problemi di costituzionalità per violazione di normativa interposta rappresentata dalle norme della CEDU, oltre che ai principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale?

Il diritto di per sé non è una scienza esatta.

La limitazione del sindacato del giudice amministrativo, con riguardo ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, non appare in linea con l'attribuzione allo stesso del potere di verificare direttamente e pienamente i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato. Anche perché è difficile imbattersi in profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità.

E allora, fermo restando il principio per cui il giudice non si può sostituire all'amministrazione, allo stesso deve essere consentito non solo di verificare l'esistenza dell'“oggettivo margine di opinabilità” ma anche, in caso di esito positivo, di non fermarsi al semplice riscontro. E di valutare se l'Autorità si sia mossa all'interno delle varie soluzioni consentite dalla tecnica. Proprio perché opinabilità significa incertezza ma non arbitrio e comunque le scelte non sono illimitate e hanno pur sempre bisogno di giustificazioni e di motivazioni.

Al giudice amministrativo potrà essere, ad esempio, consentito l'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio anche in presenza di profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità; non per sostituirsi all'Autorità, ma per verificare che essa si sia mossa nell'ambito delle varie alternative consentite dalla scienza tecnica e non sia andata al di là del consentito.

7. Considerazioni finali.

Alcune impressioni dalla visuale del giudice amministrativo, il quale si trova a dovere valutare la legittimità di un provvedimento antitrust dell'Autorità dopo che si è svolta un'istruttoria spesso lunga e ponderosa tra la stessa e le parti interessate.

La prima impressione è che alcune volte l'istruttoria svolta dall'AGCM si rivela incompleta nei confronti delle parti, con riguardo alle quali non risulta instaurato un contraddittorio pieno e

completo. E innanzi al giudice amministrativo si tende a supplire alle carenze istruttorie del procedimento, nella ricerca di un contraddittorio tra le parti pieno ed effettivo.

Così che l'istruttoria innanzi al giudice amministrativo, e i poteri esercitati nell'ambito della stessa, divengono centrali ai fini della decisione finale.

Inoltre, con riguardo soprattutto alle intese anticoncorrenziali, il giudice amministrativo si avvicina molto al giudice penale allontanandosi da quelli che sono gli standard tipici del suo essere. Non solo per la tendenziale parificazione delle sanzioni amministrative a quelle penali per quanto riguarda l'applicazione dei principi e della l. n. 689/1981, oltre che per quanto si è detto in tema di prove.

Le intese anticoncorrenziali, soprattutto i cartelli e le pratiche concordate, in questi ultimi tempi molto diffusi nelle gare di appalti pubblici, sono di difficile individuazione dato il loro carattere segreto. L'Autorità, nell'attività di indagine basata soprattutto su indizi, nel formulare l'ipotesi accusatoria si avvicina al ruolo tipico della Procura della Repubblica. Alle parti spetta il compito di far cadere il "castello accusatorio". E se non vi riescono nel procedimento che si svolge innanzi all'Autorità, ci provano con l'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori innanzi al giudice amministrativo. Il quale, nel verificare se il "castello accusatorio" regge o meno, si avvicina molto a quella che è la funzione del giudice penale.

Ma il giudice amministrativo non dispone degli stessi mezzi di prova che ha il giudice penale. E non sempre l'istruttoria di tipo documentale, che si svolge innanzi allo stesso, riesce a pervenire a un esauriente accertamento del fatto.

Invece, in tema di sindacato sul quantum della sanzione pecuniaria, anche per effetto dei maggiori poteri attribuiti nell'ambito della giurisdizione di merito, il giudice amministrativo si muove in un campo a sé più congeniale, tipico del sindacato classico di legittimità. Con la conseguente possibilità di intervenire in maniera più incisiva.

Va comunque sottolineato l'ibrido costituito dalla parificazione, a determinati fini, delle sanzioni amministrative alle sanzioni penali, mentre, invece, l'illecito antitrust o meglio gli illeciti antitrust non costituiscono fatti tipici come lo sono le fattispecie criminose costituenti reati. E, a differenza di queste ultime, non hanno confini ben definiti.

Comunque, in conclusione, il giudice amministrativo, anche se con tutti i limiti, ha pur sempre un armamentario di poteri che, se esercitati in maniera puntuale, sono ancora in grado di assicurare il controllo di legittimità in materia antitrust.

Carmine Volpe

Presidente della sezione sesta del Consiglio di Stato

Publicato il 6 luglio 2022