

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 25 - giugno 2022

Una riflessione interdisciplinare
sul sistema di trasparenza e
di prevenzione della corruzione
nelle Amministrazioni Pubbliche

IANUS

Diritto e Finanza

N. 25 - 2022

Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 25 - giugno 2022

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

UNA RIFLESSIONE INTERDISCIPLINARE SUL SISTEMA DI TRASPARENZA E DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Presentazione	5
Trasparenza amministrativa e contratti pubblici, di FRANCESCO MERLONI	9
Prevenzione della corruzione, codice di comportamento e ruolo del dirigente pubblico quale datore di lavoro: note critiche, di FRANCA BORGOGELLI	43
Trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche, di RICCARDO MUSSARI	61

ALTRI SAGGI

Trattamento dei dati personali, strumenti di intelligenza artificiale e regolamentazione nell'attività della Banca d'Italia: ovvero quando disciplinare l'automazione è possibile, di SERENA STACCA, MARIATERESA ELIA	93
La necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina applicabile ai procedimenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia, di NICOLETTA VETTORI	107

GIURISPRUDENZA

L'affidamento del servizio di trasporto sanitario nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, di FRANCESCA CIOLI	137
Il sindacato sulla discrezionalità tecnica in materia paesaggistica in una recente pronuncia del Consiglio di Stato, di LIA BELLÌ	167

PRESENTAZIONE

Il presente fascicolo di Ianus, coordinato dalla Professoressa Nicoletta Vettori, raccoglie nella sezione monografica tre saggi dedicati all'approfondimento, in chiave interdisciplinare, di alcuni nodi problematici legati all'attuazione dei principi di trasparenza e prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Si tratta della rielaborazione delle relazioni che i tre autori, Francesco Merloni, Franca Borgogelli e Riccardo Mussari, hanno tenuto nel corso della Giornata della Trasparenza dell'Università di Siena, svolta presso la Sala Cripta del complesso di San Francesco a Siena, il 1° dicembre 2021.

In particolare, il saggio di Merloni offre un quadro completo del principio di trasparenza amministrativa, tenendo conto dell'evoluzione legislativa fino ai più recenti sviluppi, per poi approfondire il tema nell'ambito dei contratti pubblici, settore nel quale l'esigenza di trasparenza, anche in chiave di prevenzione della corruzione, è particolarmente intensa e che si trova nuovamente al centro di un'importante riforma (l. delega 21 giugno 2022, n. 78 attuativa di un obiettivo del PNRR); aspetti che ne fanno un utile terreno di verifica delle problematiche generali.

Il saggio di Borgogelli affronta il tema dalla prospettiva di uno degli attori interni del sistema, analizzando l'impatto che hanno le misure di prevenzione della corruzione sulla figura del dirigente pubblico a cui l'ordinamento attribuisce le capacità e i poteri del datore di lavoro privato nella direzione e nell'organizzazione dell'attività dei dipendenti. Nel prendere in esame le norme del codice di comportamento dei dipendenti pubblici in rapporto al regime disciplinare, nel succedersi delle numerose modifiche legislative, l'Autrice riflette sulle persistenti difficoltà di conciliare il perseguimento di valori di primaria importanza per la qualità dell'azione amministrativa (quali integrità e imparzialità), con l'esigenza di salvaguardare spazi di effettiva autonomia e flessibilità nell'esercizio dei poteri manageriali, di natura privatistica, propri del dirigente.

Infine, il saggio di Mussari, nell'analizzare criticamente la relazione fra trasparenza e performance, approfondisce la questione con l'attenzione rivolta al destinatario del sistema: il cittadino-utente dei servizi pubblici. In particolare l'Autore individua la qualità del servizio come componente della performance che meglio si adatta a fungere da contenuto della relazione di accountability fra amministrazione e cittadino; successivamente rileva come la Carta dei servizi, nella quale sono indicati i contenuti e gli standard qualitativi delle prestazioni offerte, e l'Organismo Indipendente di Valutazione, chiamato a favorire la valutazione partecipata delle stesse, sarebbero istituti idonei a concretizzare quella relazione che, tuttavia, nella prassi scontano ancora notevoli resistenze sia dal lato delle amministrazioni che dal lato dei cittadini.

Il quadro che emerge mostra come, a dieci anni dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino) – in attuazione della quale è stato istituito il sistema della trasparenza e della prevenzione della corruzione nelle amministrazioni pubbliche –

vi sia ancora molto da fare per raggiungere un assetto efficiente. Da qui l'importanza di riflessioni critiche, tanto più se svolte in prospettiva interdisciplinare.

La sezione dedicata ad altri saggi contiene due contributi, anch'essi dedicati all'approfondimento di tematiche di diritto amministrativo di particolare attualità. Il primo affronta il tema dell'uso di strumenti di intelligenza artificiale da parte delle amministrazioni pubbliche, muovendo dall'analisi del regolamento adottato Banca d'Italia per disciplinare il trattamento dei dati personali, affidato a un algoritmo di *machine learning*, nell'ambito della gestione degli esposti della clientela bancaria e finanziaria. L'analisi del testo è l'occasione per evidenziare i rischi legati alle decisioni automatizzate e verificare come l'emergente legalità algoritmica, che si sta consolidando con le norme europee e la giurisprudenza amministrativa, viene recepita nelle prassi delle Istituzioni amministrative.

Il secondo contributo riguarda il tema delle sanzioni delle Autorità di vigilanza del settore finanziario, oggetto da alcuni anni di importanti interventi della giurisprudenza costituzionale ed europea. L'analisi critica del sistema normativo e dei più recenti orientamenti giurisprudenziali consente di evidenziare come, a fronte di una diffusa fiducia sul momento della tutela giurisdizionale, sia piuttosto necessario implementare il corredo di garanzie all'interno dei procedimenti amministrativi diretti all'applicazione di tali sanzioni, anche attraverso l'esercizio del potere regolamentare da parte delle stesse Autorità.

Completano il fascicolo due contributi in cui sono presi in esame alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali. Il primo riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in materia di affidamento dei servizi sociali e, in particolare, la sentenza del 7 luglio 2022 (cause riunite C-213/21 e C-214/21) con la quale è stata considerata conforme al diritto europeo la disciplina dell'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato prevista dall'art. 57 del Codice del Terzo Settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Il secondo analizza la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624, relativa all'ambito del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'amministrazione paesaggistica.

**UNA RIFLESSIONE INTERDISCIPLINARE SUL SISTEMA DI
TRASPARENZA E DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE
NELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE**

TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E CONTRATTI PUBBLICI[°]

Francesco Merloni

*già Professore Ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Perugia
già componente dell'ANAC*

Il tema della trasparenza nel settore dei contratti pubblici illustra bene le tematiche generali della trasparenza amministrativa. Il settore ha visto crescere l'importanza e la qualità della normazione, perché la trasparenza è un mezzo straordinario per il contrasto alla corruzione, fenomeno radicato negli appalti pubblici. Si segnala la rischiosa tendenza a ridurre la trasparenza per obblighi di pubblicazione a favore della trasparenza per accessi, che non dà gli stessi risultati. La trasparenza per obblighi è la strada maestra ma richiede investimenti iniziali importanti (per disporre di tecnologie adeguate e di personale in grado di utilizzarle). Trascurata la dimensione organizzativa della trasparenza; la normativa che accompagna la realizzazione del PNRR non fa eccezione.

The theme of transparency in the public procurement sector well illustrates the general issues of administrative transparency. The sector has seen the importance and quality of standardization grow, because transparency is an extraordinary means of combating corruption, a phenomenon rooted in public procurement. We note the risky tendency to reduce transparency for publication obligations in favor of access, which does not give the same transparency. Transparency for obligations is the main road but requires important initial investments (to have adequate technologies and personnel able in using them). Neglected the organizational dimension of transparency; the legislation that accompanies the implementation of the PNRR is no exception.

Sommario:

1. La trasparenza e la prevenzione della corruzione
2. La “semplificazione” della trasparenza e i suoi rischi
3. La trasparenza come progetto costituzionale, da attuare di per sé
4. Cosa deve essere trasparente. Il dato pubblico
5. Come si rende trasparente l'amministrazione
6. Chi si deve occupare della trasparenza
7. La trasparenza nei contratti pubblici, tra accessi e obblighi di pubblicazione
8. La conoscenza del settore dei contratti pubblici
9. La trasparenza nel settore dei contratti pubblici
 - 9.1. La trasparenza mediante gli accessi (documentale e generalizzato)
 - 9.2. La trasparenza fondata sugli obblighi di pubblicazione
10. La semplificazione della trasparenza nei contratti pubblici
 - 10.1. La semplificazione normativa
 - 10.2. La semplificazione delle banche dati
 - 10.3. La digitalizzazione dei contratti pubblici
 - 10.4. La semplificazione organizzativa
11. La trasparenza nel PNRR.
12. La trasparenza nel Codice dei contratti del 2023

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. La trasparenza e la prevenzione della corruzione

Per comprendere bene le problematiche connesse al regime di trasparenza nel settore dei contratti pubblici sono necessarie poche note introduttive sul tema generale della trasparenza.

Nell'economia di questo intervento mi limito ai passaggi essenziali¹. L'approfondimento nel campo dei contratti pubblici sarà quindi un utile terreno di verifica della problematica generale.

Il principio di trasparenza, non esplicitato nella nostra Costituzione, è progressivamente penetrato nel nostro ordinamento, tanto sul piano della disciplina normativa quanto su quello della giurisprudenza, amministrativa e costituzionale²; tanto sul piano dell'elaborazione dottrinale quanto su quello dei comportamenti delle nostre amministrazioni pubbliche.

Il primo spiraglio, dopo decenni dominati dall'opposto principio del segreto, si è avuto con il diritto di accesso introdotto dalla legge n. 241 del 1990 (artt. 22 - 25), accompagnato da una primissima configurazione di obblighi di pubblicazione (art. 26). Si è trattato, nonostante la diversa opinione della Commissione Nigro, del riconoscimento di un diritto di conoscenza a fini quasi esclusivamente *difensivi*, in capo a colui che è titolare di posizioni giuridiche soggettive rilevanti, coinvolte nel procedimento amministrativo. Se lo scopo della legge è favorire la partecipazione dell'interessato nel procedimento per anticipare la sua tutela prima dell'adozione di un provvedimento, l'accesso documentale è il necessario completamento di questo diritto. Le limitazioni soggettive, dovute al ruolo frenante svolto allora dal Consiglio di Stato, riducono fortemente anche l'effetto di trasparenza di questo strumento. Colui che accede ai documenti (ai dati e alle informazioni in essi contenuti) detenuti dall'amministrazione, conosce quei documenti e, potenzialmente, può renderli conoscibili anche ad altri, ma lo scopo dell'accesso è difensivo, fa luce solo su atti dell'amministrazione e non sull'amministrazione in quanto tale. Nella "casa di vetro" si aprono *luci intermittenti e parziali*, non si illumina la casa.

La trasparenza resta, quindi, *confinata all'accesso documentale* per un lungo periodo, nel quale anche la revisione della legge n. 241 operata con la legge n. 15 del 2005 non cambia la situazione, anzi la peggiora, se solo si legge il comma 3 dell'art. 24, che dichiara non «ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione». Ancora una volta il Consiglio di Stato si pone dalla parte delle amministrazioni, timorose di eccessive aperture conoscitive e di eccessivi oneri organizzativi legati alla gestione delle istanze

¹ Per una aggiornata ricostruzione, più completa e articolata, si veda CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, 2022.

² Fondamentale, in questa direzione, la ricostruzione dell'evoluzione del nostro ordinamento compiuta dall'ormai notissima sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi, pone sullo stesso piano, come principi costituzionali, il diritto alla riservatezza e il diritto del cittadino di conoscere dati, documenti e informazioni sulle pubbliche amministrazioni.

di accesso. A parziale scusante di questa posizione di resistenza, basta ricordare che, ancora nel 2005, la formazione e la conservazione dei documenti avviene in forma cartacea, così come cartaceo è l'accesso.

Insomma, tanto nel 1990 quanto nel 2005, l'ordinamento italiano perde l'appuntamento con la trasparenza e manifesta il suo grave ritardo rispetto all'ampio utilizzo dell'accesso, non limitato soggettivamente ai soli titolari di interessi rilevanti, in altri paesi, quali, per non parlare dell'esempio svedese già nel '700, gli Usa nel 1966 o la Francia nel 1978.

Resa impraticabile la strada dell'accesso si afferma progressivamente, prima in modo timido, per alcuni profili, poi in forma più generalizzata, lo strumento dell'*obbligo di pubblicazione*, sui nascenti siti informatici delle amministrazioni, di documenti da esse formati e detenuti. Sintesi di questo processo è la legge n. 15 e il d.lgs. n. 150, entrambi del 2009, che finalmente contengono una definizione aperta e organica di trasparenza che viene definita come³ «*accessibilità totale*, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire *forme diffuse di controllo* del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità». Una definizione rimasta sostanzialmente immutata, salve le integrazioni che al principio ha voluto aggiungere il d.lgs. n. 33 del 2013⁴.

Una svolta importante si ha con la legge n. 190 del 2012, nota anche come “legge anticorruzione”. Il contrasto alla corruzione diviene, in un momento di gravi difficoltà economiche dell'Italia, una parte rilevante di politiche di “riforma” delle nostre istituzioni e di rilancio dell'immagine del Paese, anche a livello internazionale. In una prospettiva, imposta ormai da numerose convenzioni internazionali⁵, che vede nella prevenzione uno strumento assai più efficace della sola repressione penale della corruzione, la trasparenza diventa una delle misure preventive più rilevanti, destinata a promuovere un'amministrazione che si difende dalla corruzione e dalla cattiva amministrazione perché diventa sempre più aperta e conoscibile.

Vi è, quindi, una stretta connessione tra trasparenza e corruzione; in senso storico

³ Vedi l'art. 4, comma 7, della legge: «la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

⁴ Il testo vigente, ultimamente integrato dal d.lgs. n. 97 del 2016, è il seguente: «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

⁵ Per una attenta ricostruzione dei profili internazionali della prevenzione della corruzione e del ruolo dell'ANAC, si veda CANTONE, PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Napoli, 2021.

(la trasparenza viene rilanciata in occasione di una rafforzata politica anticorruzione) e in senso oggettivo (la trasparenza aiuta a combattere la corruzione). Ma questa connessione non deve generare equivoci: non c'è una trasparenza finalizzata alla corruzione, ma una trasparenza che deve essere realizzata *di per sé e nella misura più ampia possibile* perché quella trasparenza, che consente forme diffuse di controllo «del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»⁶ o «sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»⁷ serve, tra le altre cose, anche a prevenire fenomeni e comportamenti corruttivi⁸.

Passaggio cruciale, voluto dalla legge anticorruzione (che contiene una delega a questo fine) è la redazione di un corpo normativo contenente, in una forma tendenzialmente unitaria, tutti gli obblighi di trasparenza fino ad allora dispersi in diverse fonti normative. Il d.lgs. n. 33 del 2013 non è un Testo Unico sulla trasparenza (residuano norme ancora al di fuori, proprio in materia di contratti pubblici, come vedremo), ma è impostato in modo organico, che consente di dare contenuti al principio di trasparenza, che è conoscenza dell'amministrazione tanto come *organizzazione* quanto nello svolgimento della sua *azione*. Il valore del decreto del 2013 sta soprattutto nella costruzione di un *modello di trasparenza*, più che nelle singole disposizioni, in alcuni casi innovative e in altri riprodotte di obblighi di pubblicazione già fissati.

Nello stesso passaggio vi è una ulteriore novità: l'attuazione del principio non è affidata, come tante volte nelle riforme amministrative italiane, alla sola azione attuativa delle singole amministrazioni, ma questa volta è vigilata da un soggetto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), dotato di poteri (di accertamento, di segnalazione alle amministrazioni e, in forma attenuata, di sanzione) e di una posizione di indipendenza dall'indirizzo politico del Governo.

L'ultimo, significativo, passaggio sta nell'introduzione, nel 2016⁹, con modifiche integrative del d.lgs. n. 33, di un nuovo diritto di accesso, definito *generalizzato* perché non più limitato soggettivamente, che consente a *chiunque* di accedere a documenti dati e informazioni detenuti dalle amministrazioni e non pubblicati nei loro siti informatici. La differenza con gli obblighi sta nel fatto che il nuovo accesso richiede, come l'accesso documentale, una valutazione da parte dell'amministrazione dell'istanza presentata dal cittadino, che non riguarda più la legittimazione soggettiva,

⁶ Versione del principio del 2009.

⁷ Versione del principio del 2013.

⁸ Questa ricostruzione dei rapporti tra trasparenza e corruzione, più volte affermata dalla stessa ANAC, è lucidamente illustrata dal Consiglio di Stato nella nota Adunanza plenaria n. 10 del 2020, di cui ampiamente ci occupiamo in queste note. Al punto 23.3 della sentenza: «Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, *«destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri»*.

⁹ Si tratta del d.lgs. n. 97 del 2016, attuativo di una delega conferita al Governo dalla legge n. 124 del 2015.

ma solo caratteri oggettivi dei documenti e dei dati richiesti, cioè la possibilità che la loro diffusione possa compromettere altri beni tutelati dall'ordinamento, quali la riservatezza pubblica (ci sono dati che non possono esser diffusi pena la compromissione di rilevanti interessi pubblici curati dall'amministrazione) o la riservatezza privata, personale. Il bilanciamento tra gli interessi tutelati spetta all'amministrazione che detiene i dati; in caso di diniego la competenza ad intervenire e disporre la messa a disposizione dei dati e documenti richiesti (*disclosure*), come per l'accesso documentale, è del giudice amministrativo.

Un equilibrio che è il frutto di un'evoluzione storica, che ha visto in Italia a lungo impercorribile la strada dell'accesso, ma che costituisce un valore, un approdo utile. La trasparenza si fa innanzitutto attraverso obblighi di pubblicazione, più agevoli da applicare, perché è il legislatore che stabilisce (con una sorta di bilanciamento preventivo e generale) cosa deve essere pubblicato, e di efficacia più ampia (si illumina tendenzialmente tutta la "casa di vetro") rispetto a quella di accessi che, indipendentemente dalle diverse finalità perseguite e dalla maggiore onerosità legata al procedimento di valutazione dell'istanza, servono a dare luce, intermittente, solo a *parti* della casa.

2. La "semplificazione" della trasparenza e i suoi rischi

Nonostante i limiti oggettivi degli strumenti di accesso, dopo l'introduzione nel 2016 dell'accesso generalizzato (FOIA), si è assistito ad una ripresa di posizioni critiche verso lo strumento degli obblighi di pubblicazione, da alcuni, già prima del d.lgs. n. 33 del 2013 e immediatamente dopo la sua entrata in vigore, considerati come troppo numerosi¹⁰ e troppo onerosi, dal punto di vista organizzativo, per le amministrazioni.

Si è affermata una pretesa maggiore "democraticità" dell'accesso generalizzato rispetto agli obblighi, considerati "autoritari" perché è il legislatore a determinarne in via unilaterale il contenuto.

Ne sono derivate proposte di "semplificazione" della disciplina della trasparenza, con l'obiettivo di dare centralità all'accesso FOIA. A tal fine gli obblighi andrebbero ridotti a quelli strettamente necessari (ad esempio a fini di prevenzione della corruzione) ovvero mantenuti, ma solo nelle amministrazioni in grado, per condizioni organizzative (quasi sempre di tipo dimensionale), di rispettarli.

Queste proposte presentano rischi elevati. In primo luogo si rischia di sopravvalutare il *ruolo del cittadino* nel garantire la trasparenza delle amministrazioni. Qui vi è un riflesso, soprattutto un preconcetto, che vede la centralità del ruolo del cittadino attivo, che con la sua curiosità, chiede di accedere a sempre nuovi dati e

¹⁰ Questa posizione, che è arrivata a conteggiare le previsioni del d.lgs. n. 33 (fino ad un totale di circa 210 disposizioni!) come se ciascuna fosse un adempimento ulteriore e non l'individuazione dell'obbligo ricadente su ciascuno degli uffici che curano la formazione dei documenti che contengono dati e informazioni da pubblicare (obbligo che oggi si può soddisfare, come vedremo, già in sede di formazione digitale del documento) è ben rappresentata da NATALINI, VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015.

informazioni, li diffonde e rende perciò stesso l'amministrazione più trasparente. È un pensiero ingenuamente ottimista, mentre la realtà odierna ci presenta semmai un cittadino smarrito, poco informato dei suoi diritti a conoscere, spesso animato solo da spinte di tipo rivendicativo o comunque egoistiche (la pur sacrosanta tutela dei propri diritti lesi dall'amministrazione). Il cittadino critico, che esercita il controllo diffuso nell'interesse generale di cui parla la legislazione vigente, non esiste in natura, ma si forma, soprattutto nel dialogo con l'amministrazione. Il cittadino tanto più sarà portato utilizzare a scopo di trasparenza il proprio diritto di accesso quanto più potrà fondarsi su una già vasta trasparenza, garantita dagli obblighi di pubblicazione. Un concorso reciproco dei due strumenti alimenta la pratica e la cultura della trasparenza.

Vi è poi il rischio di una *riduzione secca* dell'ammontare di dati e informazioni diffuse disponibili sulle amministrazioni, accompagnato da un'inaccettabile disuguaglianza nel godimento del diritto alla trasparenza, che sarebbe negato, ad esempio, ai cittadini residenti nei comuni al di sotto di determinate soglie (di popolazione, di personale in servizio). In quei comuni, proprio quelli in maggiore difficoltà, la trasparenza sarebbe, *tout court*, negata (o affidata al solo accesso FOIA).

Vi è, ancora, la possibilità che in tal modo aumentino, anziché ridursi, gli *oneri amministrativi* della trasparenza. La gestione delle istanze di accesso è sicuramente più impegnativa, organizzativamente, della pubblicazione obbligatoria. Si consideri che in ogni amministrazione si deve garantire la necessaria competenza (la disponibilità di funzionari competenti) ad effettuare il previsto bilanciamento tra istanza di accesso e esigenze di tutela della riservatezza pubblica e privata: in ogni ufficio che tratta i dati e i documenti e in un ufficio unico (che potrebbe essere il RPCT), una competenza tanto più difficile da assicurare quanto maggiori fossero le istanze di accesso generalizzato.

Si rischia di aumentare le *resistenze delle amministrazioni*. Dietro quelle legittime ("troppi oneri") se ne possono nascondere altre ("pubblichiamo il meno possibile"), rendendo incerto il confine tra dati immediatamente conoscibili, dati conoscibili anche in tempi successivi, dati non conoscibili.

Infine non va trascurato il rischio di *indebolire la trasparenza* di fronte al contrapposto principio della riservatezza personale (*privacy*), ben presidiato dal suo Garante, nel frattempo molto rafforzato dal Regolamento dell'Unione Europea (il GDPR¹¹). In un sistema che fosse dominato dalle istanze di accesso e dalla riduzione della quantità di dati oggetto di obbligo di pubblicazione, nel quale, in caso di diniego, la parola finale è del giudice amministrativo, le amministrazioni potrebbero essere fortemente influenzate, da tempo avvezze come sono a usare la *privacy* come motivo del diniego di accesso, dai pareri di competenza del Garante in caso di diniego motivato da lesione della riservatezza privata, accompagnati da poteri sanzionatori di una certa efficacia (art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33 del 2013)¹².

¹¹ Regolamento (UE) n. 2016/679.

¹² Sul punto si veda CARLONI, *Il paradigma...*, op. cit., soprattutto al capitolo VI, paragrafo 3 («Contro-paradigmi: la riservatezza come regola»).

3. La trasparenza come progetto costituzionale, da attuare di per sé

Mentre nella costruzione della trasparenza sembra centrale il diritto soggettivo di conoscere del cittadino, è meno sviluppato il principio del *dovere* delle amministrazioni di *rendersi* trasparenti, di farsi “*casa di vetro*”.

Alla luce dell’evoluzione normativa sulla trasparenza si può affermare che nella nostra Costituzione, al di là delle letture riduttive delle norme dedicate all’amministrazione (97, 98 e dintorni), vi è chiaro un *progetto* che vuole le amministrazioni al servizio della cura dei diritti fondamentali del cittadino affermati nella sua prima parte¹³. L’amministrazione imparziale e funzionale è anche, anzi è soprattutto, un’amministrazione trasparente.

La trasparenza per il controllo diffuso e per la partecipazione va al di là di uno strumento di tutela rafforzata delle posizioni di coloro che sono coinvolti in procedimenti amministrativi, ma diventa strumento essenziale per l’amministrazione «condivisa»¹⁴, nella quale i cittadini, informati adeguatamente, concorrono alla cura dell’interesse generale.

Questo progetto, per attuarsi sollecitamente, dopo decenni di segreto e di applicazioni parziali del principio, ha bisogno di una legislazione che si ponga espressamente l’obiettivo di rimuovere ostacoli e di condurre le amministrazioni, i loro funzionari, verso l’amministrazione aperta e responsabile. In questa prospettiva gli obblighi di pubblicazione si rivelano lo strumento principe di trasformazione democratica dell’amministrazione.

Ad integrazione e rafforzamento degli obblighi intervengono i diritti di accesso. Giurisprudenza e dottrina, dopo l’introduzione del nuovo accesso generalizzato, hanno a lungo parlato di *tre accessi*: in ordine temporale, quello documentale, difensivo (legge n. 241 del 1990); poi quello “civico” (o “civico semplice”, d.lgs. n. 33 del 2013); infine quello generalizzato (o “civico generalizzato”, d.lgs. n. 97 del 2016).

In realtà il c.d. “accesso civico” altro non è che uno strumento di attivazione dal basso dell’adempimento agli obblighi dell’amministrazione, un’*istanza* rivolta all’amministrazione perché pubblici quanto previsto dalla legge. Uno strumento utile

¹³ Sul punto si veda MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018. Anche in questa prospettiva è utile citare la ricordata Adunanza Plenaria del CDS n. 10 del 2020, che al punto 23.4 recita: «La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall’altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v., *ex plurimis*, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell’insegnamento secondo cui «non c’è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c’è diritto a prestazione che non condizioni l’organizzazione» (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383)».

¹⁴ Sul punto fondamentali sono i lavori di Gregorio Arena. Tra gli altri si veda: ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n.117, 1997 e ARENA, *Il diritto dell’amministrazione condivisa*, in DALLA MASSARA, BEGHINI (a cura di), *La città come bene comune*, Napoli, ESI, 2019.

per precisare gli obblighi in caso di incertezza, ma non un diritto di accesso a documenti altrimenti non pubblicati.

Il tema diviene allora quello dei rapporti tra i *due* accessi, tendenzialmente ormai risolto dal giudice amministrativo nel senso del *pieno concorso* tra loro, che comporta il dovere per l'amministrazione di considerare anche sotto il profilo dell'accesso generalizzato un'istanza eventualmente non ammissibile per carenza della posizione soggettiva utile per l'accesso documentale¹⁵.

Siamo in presenza di una significativa evoluzione culturale, se solo si ricordano le posizioni estremamente prudenti del Consiglio di Stato, tanto nell'occasione della legge n. 241 del 1990, quanto nella novella del 2005¹⁶. Un'evoluzione cui non è estraneo il ruolo svolto dall'ANAC, soprattutto con le Linee guida del 2016¹⁷, nel chiarire le diverse finalità e le diverse modalità di bilanciamento tra interessi nei due tipi di accesso¹⁸.

4. Cosa deve essere trasparente. Il dato pubblico

Come si è detto, le proposte di riduzione degli obblighi di pubblicazione cadono in un momento storico nel quale sono progressivamente cresciuti gli obblighi di pubblicazione, senza che sia stata mai fatta una riflessione adeguata su ciò che deve essere trasparente.

Nell'economia di queste note possiamo solo accennare ad un problema

¹⁵ Si vedano tra le tante altre, la sentenza Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, nella quale si afferma: «nulla, infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso», ovvero la notissima Adunanza plenaria n. 10 del 2020, che afferma: «Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto. Se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedurali, infatti, la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame».

¹⁶ Si veda la già richiamata disposizione dell'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, ancora in vigore.

¹⁷ Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013, approvate con Delibera ANAC 28 dicembre 2016, n. 1309.

¹⁸ Si veda un passaggio significativo delle Linee guida che il giudice (ancora nell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2020) riproduce alla lettera: «Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso *più in profondità* a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma *più esteso*, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.».

nominalistico di non poco conto. Nel d.lgs. n. 33 del 2013 si fa un uso ampio e spesso non tecnico dei termini «dati», «documenti» e «informazioni»¹⁹; in altri casi si fa riferimento a «notizie», in altri ancora a «documenti contenenti atti» o «documenti contenenti informazioni» e così via, tanto da richiedere una definitiva revisione delle norme secondo criteri predeterminati e comprensibili. Si potrebbe affermare al riguardo che i documenti detenuti dalle amministrazioni contengono o atti di un procedimento amministrativo (da quelli istruttori, un atto di accertamento, a quelli conclusivi, il provvedimento finale) ovvero informazioni appositamente elaborate (per fini conoscitivi o di trasparenza). Tutti i *documenti* quindi, contengono *dati* e *informazioni* (in questa prospettiva i due termini sarebbero sinonimi). Quello che va chiarito è che la trasparenza deve riguardare tutti i documenti ostensibili, che contengano atti (con i dati e le informazioni in essi contenute) ovvero che contengano informazioni pubbliche.

Vi è poi da stabilire *quale trasparenza*, perché quella che si ottiene con gli obblighi di pubblicazione impone, come si è visto, che siano precisati i documenti da pubblicare, con la possibilità che la legge imponga all'amministrazione di effettuare delle estrapolazioni di dati e informazioni contenute in atti e documenti redatti ad altri fini.

La trasparenza per accesso, invece, mentre sembra essere molto ampia relativamente ai documenti (e ai relativi dati e informazioni) detenuti dall'amministrazione, non comprende certamente la possibilità di imporre alle amministrazioni, con l'istanza di accesso, di procedere esse stesse all'estrapolazione ed elaborazione di tali dati e informazioni. L'interessato o il cittadino che accede ad un documento dell'amministrazione andrà alla ricerca, secondo la sua curiosità, dei dati che lo interessano.

Al di là di queste questioni terminologiche, il tema centrale è quello di ragionare sul *dato pubblico*, secondo l'ormai consolidata volontà del legislatore che, all'art. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013, afferma: «*Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli*».

Una riflessione necessaria, visto che la trasparenza per obblighi di pubblicazione si è venuta configurando per approssimazioni successive, non sempre coordinate.

Caso significativo di questo andamento legislativo è quello dei dirigenti pubblici, per i quali la modifica apportata dal d.lgs. n. 97 del 2016 all'originario testo del d.lgs. n. 33 del 2013 ha comportato la pubblicazione obbligatoria dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti professionali, equiparati, contro il parere dell'ANAC, ai funzionari onorari (che comprendono gli organi politici e le figure amministrative di vertice), già sottoposti al regime di pubblicazione di questi dati dalla legge n. 441 del

¹⁹ Solo alcuni esempi: gli art.1, comma 1 e 2, comma 1, e 5, comma 2, parlano di «*dati e documenti*»; l'art. 3, comma 1, e l'art. 5, comma 1, di «*documenti, informazioni e dati*»; il capo I-ter è intitolato «*Pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti*»; l'art. 8, comma 3, parla di «*dati, informazioni e documenti*».

1982. Con il risultato di un contenzioso che ha condotto alla ricordata sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale che ha mantenuto questo regime di pubblicazione per le categorie originarie, ma lo ha dichiarato illegittimo per i dirigenti professionali. In questo caso il legislatore non aveva compiuto quella necessaria valutazione su ciò che si deve sapere (compiti affidati, poteri svolti, compensi pubblici di qualunque natura percepiti) e cosa, invece, deve restare riservato (oltre ai dati strettamente personali, i dati patrimoniali).

Per contrastare efficacemente ipotesi, incostituzionali, di riduzione indiscriminata della trasparenza è necessario un lavoro di *revisione attenta e puntuale* degli obblighi di pubblicazione oggi contenuti nel d.lgs. n. 33 e altrove, che parta dai principi generali che abbiamo ricordato: il diritto di conoscere di *chiunque* per esercitare il proprio controllo democratico diffuso; il dovere delle amministrazioni di *rendersi trasparenti*, tanto nella loro organizzazione quanto nella loro azione; il principio, già richiamato da tempo, secondo il quale per il dato pubblico la trasparenza è la regola, mentre il dato privato è in principio riservato²⁰.

Il lavoro da compiere deve riguardare tutti i settori di amministrazione, alla ricerca del *dato oggettivamente pubblico*, da rendere trasparente eventualmente anche in modo progressivo, in rapporto all'azione di cura dell'interesse pubblico: vi sono dati e documenti, non pubblicabili *tout court*, ovvero temporaneamente non pubblicabili, ad esempio in determinate fasi e passaggi del procedimento, poi pubblicabili quando vengano meno esigenze di riservatezza, pubblica e privata.

Un lavoro più complesso, ma che promette risultati più stabili e affidabili, migliore del ricorso a formulazioni generali, quali quelle adottate di recente nel d.l. n. 139 del 2021 (il decreto "Aiuti", uno dei tanti della fase emergenziale), che, al fine di porre un limite ad una possibile interpretazione estensiva del diritto alla riservatezza personale, ha introdotto, all'art. 9, una norma, integrativa dell'art. 2-ter del Codice della *privacy*²¹, con la quale si afferma che «Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica [...] è *sempre consentito se necessario* per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti», imponendo all'amministrazione di indicare la finalità del trattamento²². Anche se animato dalla giusta volontà di garantire maggiore

²⁰ Si vedano le risalenti e fondamentali posizioni di BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, n.1, 1987, richiamato da CARLONI, *Il paradigma...*, op. cit.

²¹ Il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

²² Si riporta la disposizione per esteso, anche per comprendere i soggetti, che oltre alle amministrazioni, possono trattare i dati personali in presenza di un pubblico interesse: «1-bis. *Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica* di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione per le società pubbliche dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, è *sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti*. La finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere

trasparenza, un simile meccanismo lascia in definitiva un ampio margine di discrezionalità al soggetto pubblico (in senso molto ampio, come si è visto) detentore dei dati e documenti contenenti dati personali nella decisione sulla loro trasparenza.

5. Come si rende trasparente l'amministrazione

Una volta chiarito quali sono i dati oggettivamente pubblici, da pubblicare attraverso la messa a disposizione sul sito «Amministrazione trasparente» di ciascuna amministrazione resta da risolvere il problema delle modalità da seguire per compiere questa operazione.

Nell'universo dominato dalla formazione cartacea del documento, il tema della trasparenza si è tradotto nella riproduzione digitale del documento (in sostanza la sua scannerizzazione) e la sua trasmissione al sito. Con notevoli complicazioni in caso di documenti contenenti dati riservati, per le necessità di oscurare le parti di documento che li contenevano.

Nell'universo segnato, invece, dalla piena digitalizzazione, questa non serve solo a fornire un servizio a chi deve accedere al documento (la costituzione effettiva del sito «Amministrazione trasparente» e la facilitazione per tutti dell'accesso al sito), ma riguarda ormai direttamente la *formazione digitale del documento*.

Una prospettiva che, una volta a regime, consentirà un'attuazione, se non totalmente automatica, sicuramente molto semplificata dell'operazione: il documento viene redatto direttamente in forma digitale, con la possibilità di oscurare, anche solo temporaneamente (in virtù del ricordato principio della pubblicazione progressiva), le parti contenenti dati non conoscibili, e pubblicato sul sito. L'adempimento all'obbligo è già realizzato in sede di formazione del documento o, ancora prima, in sede di adozione di applicazioni informatiche utili allo scopo. Non servono né attività di estrapolazione di dati, né complesse attività di trasmissione al sito. L'ulteriore passaggio, quello della ricerca nel documento dei dati di interesse, viene rimessa al cittadino che conosce il documento.

Problemi non secondari si presentano per la fase transitoria, di messa a regime del sistema.

Il primo è la garanzia che il documento *contenga effettivamente i dati* che la legge vuole rendere pubblici. A ben vedere tutto il d.lgs. n. 33 è fondato sull'obbligo di pubblicazione di determinati dati (semplici) o informazioni (elaborazioni, obbligate o volontarie, che l'amministrazione compie su propri dati). Per renderli conoscibili vanno pubblicati tutti i documenti che contengono dati e/o informazioni rilevanti. Si pensi, ad esempio, ad un atto di gestione del personale, che deve contenere tutti i dati da rendere trasparenti, quali l'attribuzione al dirigente di premi di produttività ovvero

esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano» (corsivi miei).

si pensi a documenti che contengono le informazioni che l'amministrazione ha elaborato (ad esempio la retribuzione media dei dipendenti in servizio, ovvero il numero dei dipendenti di una determinata categoria).

Vi è la possibilità che la garanzia della trasparenza si traduca nella *garanzia del contenuto dell'atto*, con processi di uniformazione e *standardizzazione* dei documenti amministrativi (ad esempio, un atto di autorizzazione, per essere conoscibile, deve contenere tutti i dati, da immettere nel documento in alcune sue parti o campi predeterminati). Processi utili, che possono, peraltro, tradursi in un'uniformazione eccessiva, che può arrivare a limitare la libera valutazione degli interessi coinvolti o il contenuto della decisione amministrativa, cioè a pregiudicare la discrezionalità dell'azione amministrativa. Vi è, dunque, da compiere una riflessione, che fin qui non è stata fatta, prese le amministrazioni dai problemi di organizzazione del processo (dalla sua confezione del documento fino alla sua pubblicazione), sull'*uniformazione dei linguaggi* (necessaria per rendere omogenei gli atti a contenuto simile).

Vi è poi, il problema delle *modalità concrete di pubblicazione*, soprattutto nei rapporti tra pubblicazione sul sito «Amministrazione trasparente» e pubblicazione su banche dati nazionali. Si consideri l'ipotizzata «Piattaforma unica della trasparenza», oggetto di una originaria proposta dell'ANAC in occasione della prima redazione del PNRR e poi non compresa nel testo del Piano inviato alla Commissione europea²³. La Piattaforma unica sarebbe in sostanza una grande banca dati nazionale contenente tutti i dati e le informazioni che le amministrazioni pubblicano sul loro sito «Amministrazione trasparente».

Come è noto, il d.lgs. n. 33, all'art. 9-bis, considera una semplificazione la possibilità di ritenere adempiuto l'obbligo di trasparenza con la pubblicazione del dato in una banca dati nazionale. La Piattaforma, quindi, non elimina le problematiche a monte della pubblicazione (la formazione digitale del documento), semplifica la sua messa a disposizione, ma può comportare effetti sul contenuto del documento, quali un più stretto coordinamento tecnico, uniformizzante, dei contenuti dell'atto per renderlo utilizzabile nella piattaforma. La Piattaforma deve, infatti, assicurare una adeguata omogeneità dei contenuti, altrimenti è solo la sommatoria di ciò che viene pubblicato nei siti. Le banche dati nazionali si rivelano uno strumento molto penetrante per quel processo di standardizzazione dei documenti che si è appena visto.

²³ Della Piattaforma unica parla, rinviando ad essa dandola per già istituita, l'art. 8, comma 2, lettera u), della legge annuale per il mercato e la concorrenza, la legge 5 agosto 2022, n.118. La legge, proprio all'art. 8, delega il Governo all'adozione di decreti legislativi per il riordino dei servizi dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Questo il testo della disposizione in esame: «u) rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 29, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento in house, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico». Sulla costruzione di una tale piattaforma sta lavorando l'ANAC.

Il terzo non risolto problema è la *disponibilità di competenze informatiche* all'interno delle amministrazioni: in sede di formazione dei documenti; nella costruzione del processo interno di trasmissione dei documenti e dei dati al sito. Competenze da assicurare nell'amministrazione, con formazione specifica (rivolta a chi forma l'atto, il responsabile del procedimento o il dirigente che firma), ma anche con servizi di assistenza ravvicinata da assicurare in parti del sistema amministrativo: le province, ma anche le università, potrebbero porsi al servizio delle amministrazioni (comuni e scuole) di piccole dimensioni organizzative. In tal modo si eviterebbero improprie esternalizzazioni e indesiderate asimmetrie informative nel rapporto tra le amministrazioni e l'oligopolio dei pochi fornitori di servizi informatici²⁴.

6. Chi si deve occupare della trasparenza

Sul piano del governo della trasparenza, la situazione creata dal legislatore si presenta molto complessa, se non contraddittoria.

La trasparenza per obblighi di pubblicazione ha trovato nell'Autorità nazionale anticorruzione il suo punto di riferimento²⁵. L'ANAC vigila sugli adempimenti, con (limitatissimi) poteri di sanzione diretta²⁶ e con poteri di segnalare la violazione all'amministrazione per l'attivazione di responsabilità, prevalentemente disciplinari. L'ANAC ha anche un significativo potere di coordinamento²⁷, che arriva anche a

²⁴ Per un approccio al tema si veda MERLONI, *Data analysis e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data, da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021.

²⁵ Sulla evoluzione organizzativa dell'ANAC, utile per comprendere anche i rapporti tra la trasparenza e le altre funzioni fondamentali dell'Autorità (prevenzione della corruzione e contratti pubblici), si veda MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2022.

²⁶ Art. 47 del d.lgs. n. 33 del 2013.

²⁷ Si veda l'art. 48 del decreto: «1. L'Autorità nazionale anticorruzione definisce criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente». 2. L'allegato A, che costituisce parte integrante del presente decreto, individua modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente. Alla eventuale modifica dell'allegato A si provvede con i decreti di cui al comma 3. 3. Gli standard, i modelli e gli schemi di cui al comma 1 sono adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'Agenzia Italia Digitale, la CIVIT e l'ISTAT. 4. Gli standard, i modelli e gli schemi di cui al comma 3 recano disposizioni finalizzate: a) ad assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei dati pubblici, della loro confrontabilità e della loro successiva rielaborazione; b) a definire, anche per specifici settori e tipologie di dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse, individuando, in particolare, i necessari adeguamenti da parte di singole amministrazioni con propri regolamenti, le procedure di validazione, i controlli anche sostitutivi, le competenze professionali richieste per la gestione delle informazioni diffuse attraverso i siti istituzionali, nonché i meccanismi di garanzia e correzione

toccare gli aspetti del contenuto dei documenti da pubblicare, di cui si è appena detto. La vigilanza dell'ANAC non impedisce l'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzione del Garante della *privacy*, in caso di pubblicazione ritenuta illegittima di dati personali²⁸.

La trasparenza per accesso (documentale e generalizzato), salva la fase della richiesta di riesame dell'atto di diniego (che coinvolge il Responsabile prevenzione della corruzione e trasparenza dell'amministrazione), vede protagonista della tutela del diritto di accesso il giudice amministrativo. La legge non attribuisce all'ANAC nessun potere di vigilanza o potere diretto di *disclosure* (di disporre direttamente la messa a disposizione del documento in caso di diniego illegittimo), mentre i poteri consultivi e di vigilanza e sanzione del Garante possono incidere, anche significativamente, sulle decisioni delle amministrazioni sulle istanze di accesso.

Il sistema attuale, del voluto conflitto dialettico tra due autorità contrapposte, non ha funzionato, proprio a causa del grave squilibrio tra i poteri attribuiti a Garante e ANAC. Esula dall'economia di queste note valutare le diverse prospettive che potrebbero aprirsi, che qui ci si limita ad accennare²⁹: 1) il mantenimento dello *status quo* con l'attuale squilibrata dialettica tra le due Autorità; 2) il rafforzamento dei poteri dell'ANAC in materia di trasparenza, con l'attribuzione di competenze in materia di accesso (*disclosure*, salva sempre la giurisdizione del giudice amministrativo) in una dialettica più equilibrata; 3) la creazione di una terza autorità, analoga al britannico *Information Commissioner*, destinata ad occuparsi di tutta l'informazione pubblica, che fonda insieme le competenze ANAC sulla trasparenza per pubblicazione e la competenza rafforzata sugli accessi; 4) l'unificazione in un'unica Autorità dei poteri in materia di trasparenza e *privacy*, creando, però, le condizioni operative che consentano alla nuova Autorità di curare, insieme e in modo equilibrato, i due interessi (escluso, quindi, un semplice assorbimento delle competenze dell'ANAC nel Garante).

attivabili su richiesta di chiunque vi abbia interesse. 5. I soggetti di cui all'articolo 2-bis, nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, sono tenuti a conformarsi agli standard, ai modelli ed agli schemi di cui al comma 1».

²⁸ La convivenza in materia tra le due Autorità indipendenti ha trovato anche momenti di frizione. Si veda il caso delle «Linee guida in materia di trattamento dei dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza, sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati», adottato dal Garante *privacy* nel maggio del 2014, in una materia regolata in gran parte da obblighi di legge (la cui vigilanza era dalla legge affidata all'ANAC) e in un momento di difficoltà organizzativa dell'ANAC (il nuovo Presidente operava in assenza del nuovo Consiglio, nominato solo nel luglio di quell'anno).

²⁹ Queste alternative sono più ampiamente esaminate in MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, in PIRAS (a cura di), *Dialoghi sulla trasparenza. Riflessioni a partire dal convegno I paradigmi della trasparenza*, Cagliari, 30 settembre 2022, Giuffrè FL, 2023.

7. La trasparenza nei contratti pubblici, tra accessi e obblighi di pubblicazione

Il settore dei contratti pubblici è di grande interesse per l'applicazione del principio di trasparenza.

Anche in questo settore la trasparenza ha coinciso a lungo con la *pubblicità della gara* (la pubblicazione del bando) e con il riconoscimento agli interessati (soprattutto alle imprese) del *diritto di accesso* secondo la disciplina generale della legge n. 241 del 1990, con alcune limitazioni (vedi il potere di differimento dell'accesso) e alcune esclusioni dall'accesso (a protezione di specifici interessi coinvolti nel procedimento). Una disciplina già definita nel primo codice dei contratti (il d.lgs. n. 163 del 2006, all'art.13) e poi confluita nel d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici, d'ora in poi "Codice"), che contiene disposizioni, speciali, in materia di accesso documentale (in particolare gli art. 53, in via generale, e 162, per i contratti secretati) da porre in rapporto alla disciplina generale dell'accesso generalizzato, nella parte in cui, all'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33, prevede casi di esclusione da tale accesso ovvero lo sottopone a «specifiche, condizioni, modalità o limiti».

Questa limitatissima trasparenza viene progressivamente ampliata con l'imposizione alle stazioni appaltanti di obblighi di pubblicazione, definiti a partire dalla legge n. 190 del 2012, poi nel d.lgs. n. 33, fino allo stesso Codice del 2016. Si tratta di norme utili, ma di difficile coordinamento.

Per comprendere bene le problematiche connesse all'applicazione dei diversi strumenti di trasparenza nei contratti pubblici è utile una valutazione preliminare dei dati documenti e informazioni disponibili in virtù dell'applicazione di norme che mirano alla raccolta di tali dati e documenti a fini conoscitivi.

8. La conoscenza del settore dei contratti pubblici

La disponibilità di dati a fini di trasparenza si intreccia, nel settore dei contratti pubblici, con la raccolta di dati a fini di *conoscenza*, utile per verificare la qualità della disciplina e l'andamento effettivo dei contratti di lavori servizi e forniture.

Il più rilevante processo di organizzata rilevazione ed elaborazione di dati relativi al settore dei contratti pubblici è stato avviato intorno alla progressiva istituzionalizzazione di un'Autorità di vigilanza nel settore³⁰, le cui funzioni di regolazione e vigilanza sono state accompagnate da poteri che le consentano un'approfondita conoscenza del settore.

Dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture si è passati all'istituzione della "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" (BDNCP). La disciplina della BDNCP è contenuta tanto nel Codice dei contratti pubblici quanto nel

³⁰ L'Autorità è stata istituita dalla "legge Merloni" (legge n. 109 del 1994), come Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. È stata poi confermata, con il nome di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dal d.lgs. n. 163 del 2006, art. 6) e infine integrata nell'Autorità nazionale anticorruzione dal dl. n. 90 del 2014.

Codice dell'amministrazione digitale"³¹.

La BDNCP raccoglie, quindi, *dati/informazioni* sui contratti pubblici, riferiti a *tutte le fasi del contratto* (dalla programmazione alla aggiudicazione, fino all'esecuzione del contratto), per finalità prevalenti di *conoscenza del settore e di vigilanza*, anche se non viene trascurato il profilo della trasparenza.

Carattere principale della BDNCP è che la raccolta delle informazioni relative ai contratti pubblici avviene attraverso un complesso sistema di *trasmissione di dati, estrapolati dai documenti* adottati, che parte dall'amministrazione che bandisce la gara (in particolare dal RUP) e, attraverso un filtro regionale, arriva alla Banca dati gestita centralmente dall'ANAC.

Questa impostazione risente di due fattori: da un lato la costruzione dell'originario Osservatorio, articolato in una sezione centrale e in sezioni regionali, e dall'altro dalla necessità di un'opera, soggettiva, di estrapolazione dei dati (operata dal RUP dell'amministrazione) contenuti nei diversi atti relativi all'intera vicenda di un contratto pubblico.

Sotto il primo profilo la dipendenza della BDNCP dall'alimentazione dei dati dalla intermediazione degli osservatori regionali è stata causa di inefficienze, di disallineamenti temporali e, soprattutto, di una diversa qualità dei dati, dal momento che alcuni Osservatori, per cause organizzative interne, non procedevano tempestivamente e continuativamente alla trasmissione dei dati.

Sotto il secondo profilo, la soggettività dell'opera di estrapolazione dei dati, unita al notevole carico di oneri di trasmissione di dati gravante sul RUP della stazione appaltante, ha prodotto in molti casi una insufficiente qualità della BDNCP.

9. La trasparenza nel settore dei contratti pubblici

9.1 La trasparenza mediante gli accessi (documentale e generalizzato)

Nella materia dei contratti pubblici l'armonizzazione tra i due tipi di accesso ha trovato particolari difficoltà a causa di una disposizione contenuta nel Codice, l'art. 53, che, ponendo limiti all'accesso documentale, poteva essere letta come

³¹ L'Osservatorio è stato istituito dal primo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006, art. 7). La BDNCP è stata prevista dall'articolo 6-bis del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dal cd. Decreto Semplificazioni (dl. n. 5 del 2012), con la finalità di «favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture». Il Codice dei contratti vigente, il d.lgs. n. 50 del 2016, prevede (art. 213, comma 8) che l'ANAC «gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le *informazioni* contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive». Il Codice dell'amministrazione digitale ha accompagnato questa evoluzione nel tempo, con la finalità di comprendere la BDNCP tra le banche di dati di interesse nazionale di cui all'art. 60, comma 3 (si veda anche l'art. 62-bis dello stesso codice). La BDNCP è operativa dal 1° gennaio 2013.

esclusione dall'applicazione dell'accesso generalizzato ai sensi dell'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, in particolare per quella parte della norma che prevede tale esclusione «negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge ivi compresi in casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di *specifiche condizioni, modalità e limiti*». L'art. 53 poteva quindi configurarsi, insieme all'art. 162 sui contratti secretati, quale norma speciale sull'accesso, prevedendo anche due ipotesi di differimento³² e quattro ipotesi di esclusione del diritto³³. Le difficoltà sono nate per l'evidente mancato coordinamento tra le due disposizioni, pur essendo esse quasi coeve (introdotte entrambe nell'anno 2016), tanto che l'art. 53 del codice dei contratti, nel rinviare alla disciplina sull'accesso documentale ex art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, non fa alcun riferimento al FOIA.

Sulla questione, che aveva dato luogo a giurisprudenze opposte della III Sezione del Consiglio di Stato, favorevole ad una interpretazione estensiva, sostanziale, volta a consentire l'accesso generalizzato anche in materia di contratti, e della V Sezione dello stesso Consiglio, che si fondava sul dato formale del mantenimento in vigore di norme in contraddizione, su preoccupazioni di tutela dell'amministrazione (l'eccessivo onere delle istanze di accesso generalizzato), ma anche, curiosamente, sull'esistenza, in parallelo, della trasparenza per obblighi di pubblicazione (se ampi sono gli obblighi, ragiona il giudice, la trasparenza è già soddisfatta e si può limitare l'accesso alla sola tipologia dell'accesso documentale), si è pronunciata la ricordata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 10 del 2020.

La pronuncia è di grande interesse, in primo luogo perché testimonia dell'evoluzione culturale del giudice amministrativo in materia di trasparenza, con le affermazioni, prima richiamate, molto significative, sull'importanza e sull'ampiezza del principio di trasparenza in generale.

Nel campo dei contratti pubblici, poi, significativa la parte della pronuncia che richiama i rapporti tra prevenzione della corruzione e trasparenza in un settore particolarmente esposto ai rischi corruttivi³⁴. La trasparenza, anche in questo campo, aiuta nella prevenzione della corruzione, ma non si esaurisce affatto in essa.

Nel merito, poi, la decisione risolve alcune problematiche di fondo, quali il rapporto tra i due accessi, con le amministrazioni (le stazioni appaltanti) chiamate a valutare l'istanza di accesso, laddove l'istanza non sia chiaramente configurata come preordinata all'una o all'altra tipologia di accesso. Qui la netta affermazione della pronuncia («22. Questa Adunanza plenaria ritiene che l'accesso civico generalizzato debba trovare applicazione, per le ragioni che si esporranno, anche

³² Vedi il comma 2 dell'art 53.

³³ Vedi il comma 5 dell'art 53.

³⁴ Si veda il punto 30.3: «la configurazione di una trasparenza che risponda a “un controllo diffuso” della collettività sull'azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative».

alla materia dei contratti pubblici») è motivata proprio con la diversa finalità e efficacia dei due strumenti: l'accesso documentale ha fini difensivi, consente di andare in profondità nell'acquisizione di dati e documenti, ma non consente un controllo generalizzato sull'attività (così il giudice "salva" anche la criticata norma dell'art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990), mentre l'accesso generalizzato è «dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. *right to know*, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé».

In secondo luogo l'accesso può riguardare anche la *fase esecutiva* del contratto. Questo in virtù dell'esplicito richiamo alla fase esecutiva fatto dall'art. 53, comma 1, del codice (con riferimento all'accesso documentale, ma oggi estensibile anche a quello generalizzato), ma per considerazioni più generali che la pronuncia richiama, sottolineando l'importanza della trasparenza, come controllo diffuso del cittadino, su una fase che ha una «rilevanza pubblicistica», anche se regolata da norme privatistiche, per il peso che in questa fase hanno interessi pubblici quali quelli disciplinati dal Titolo V del Codice (artt.100-113-bis), ovvero quelli consistenti nei controlli volti a «prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale»; ovvero, aggiunge il giudice, per la tutela di interessi ancora più generali, quali la concorrenza e il buon andamento³⁵.

In terzo luogo la pronuncia consente di distinguere tra, da un lato, la disciplina ordinariamente applicabile alle istanze di accesso generalizzato, per le quali le stazioni appaltanti, allorché considerano l'istanza come di accesso generalizzato, le valutano caso per caso, come richiede l'art. 5-bis, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, per riscontrare se esistano eventuali interessi, pubblici o privati, che ostino alla diffusione dei documenti e, dall'altro, la disciplina che impone l'applicazione delle limitazioni e le esclusioni previste dall'art. 53, commi 2 e 5, del codice dei contratti.

In questa prospettiva la limitazione del *differimento dell'accesso*³⁶ stabilita per

³⁵ Si veda il punto 13.1: «*la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza*». E il successivo punto 13.2.: «*L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione*».

³⁶ Art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016: «2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito

l'accesso documentale è «una esclusione assoluta dal diritto di accesso»³⁷ e quindi vale anche per l'accesso generalizzato in quanto «finalizzata a preservare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara da indebite influenze, intromissioni, e turbamenti, e quindi dalla conoscenza di tali atti, prima della gara, da parte di chiunque, *uti singulus ed uti civis*». È un'esclusione assoluta, ma limitata nel tempo.

Si afferma così il principio di una «*conoscibilità progressiva* della documentazione di gara»³⁸, secondo il quale, venute meno le esigenze di riservatezza a protezione della regolarità della gara, entrambe gli accessi ritrovano piena cittadinanza.

Analogo il ragionamento con riferimento alle esclusioni di cui all'art. 53, comma 5³⁹, che, pur considerate come assolute (e come tali escludenti sia l'accesso documentale che quello generalizzato), hanno «una portata *limitata anche temporalmente e motivata*». Si tratta di casi, peraltro di stretta interpretazione, che non possono «comportare *ex se* l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale *vis expansiva* una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso».

Affermazioni utili, quindi, a ampliare la trasparenza nella forma dell'accesso generalizzato, ma anche a meglio configurare gli stessi obblighi di pubblicazione, di cui passiamo ad occuparci. Il principio della *conoscibilità progressiva* ben può adattarsi alla pubblicazione dei documenti relativi ad una vicenda contrattuale, nelle sue diverse fasi.

9.2. La trasparenza fondata sugli obblighi di pubblicazione

Ancora una volta, il settore dei contratti pubblici conferma la storica iniziale connessione tra trasparenza e prevenzione della corruzione. I primi obblighi di pubblicazione sui siti delle amministrazioni, diversi dalla sola pubblicità della gara

l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione».

³⁷ Vedi punto 27.2 della decisione.

³⁸ Vedi punto 27.3 della decisione.

³⁹ Art. 53, comma 5: «Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione)) e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale»

sono stabiliti dalla legge n. 190 del 2012 e, immediatamente dopo, dal d.lgs. n. 33 del 2013; fino all'approvazione del Codice del 2016, che contiene un articolo (il 29) dedicato alla trasparenza.

Anche in questo settore si riscontrano norme che fissano in modo non coordinato l'oggetto degli obblighi di pubblicazione, sia quanto alle fasi del contratto che quanto a ciò che deve essere pubblicato.

Sotto il secondo profilo il comma 16, lettera b), dell'art. 1 della legge del 2012 impone alle amministrazioni di pubblicare i dati relativi ai procedimenti di «scelta del contraente per l'*affidamento* dei lavori, forniture e servizi», tanto da far pensare ad un'esclusione della fase esecutiva. Il comma 32 dello stesso art. 1, nel precisare il disposto del comma 16, individuando le informazioni imprescindibili che devono essere pubblicate, comprende tra esse, oltre a dati significativi per la fase di aggiudicazione (la struttura proponente, l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario) anche dati sui «tempi di completamento dell'opera, servizio e fornitura; l'importo delle somme liquidate». Con il che si impone una trasparenza relativa anche all'esecuzione del contratto. L'art. 37 del d.lgs. 33, prima della sua modifica del 2016 (d.lgs. n. 97) che lo ha ridotto a mera norma ricognitiva delle disposizioni in materia, ribadiva l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare, «secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 163 del 2006», «le informazioni relative alle procedure per l'*affidamento e l'esecuzione* di opere e lavori pubblici, servizi e forniture».

La disciplina si è completata con l'art. 29 del Codice del 2016, che, nel fissare il principio della trasparenza, nella sua prima stesura imponeva di pubblicare, sul profilo del committente, «*tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori opere, servizi e forniture nonché alle procedure di affidamento*», con riferimento a tutte le tipologie di contratto del Codice, *ivi* comprese le concessioni, lasciando aperti dubbi sull'ampiezza dell'opera di trasparenza in materia. A risolvere la questione è intervenuto il dl. n. 77 del 2021, che con l'art. 53, comma 5, ha aggiunto le parole «*e l'esecuzione*» nel testo dell'art. 29, comma 1, del Codice.

Ma incertezze vi sono anche sull'oggetto specifico dell'obbligo di pubblicazione: mentre il comma 16, lettera b), dell'art. 1 della legge impone alle amministrazioni di pubblicare i *dati* relativi ai procedimenti di «*scelta del contraente per l'affidamento dei lavori, forniture e servizi*», dati la cui pubblicazione, nella precisazione dell'art. 32, comporta quindi un'opera di estrapolazione dai documenti e atti adottati e detenuti dalla stazione appaltante, l'art. 29 del Codice impone di pubblicare, sul profilo del committente, «*tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori*».

Sempre l'art. 29, al comma 2, imponeva la pubblicazione degli stessi *atti* anche sul sito del MIT e su una «*piattaforma digitale istituita presso l'ANAC*». Si trattava di una piattaforma, finora mai realizzata, destinata a raccogliere, in una apposita banca dati, tutti gli atti pubblicati dalle stazioni appaltanti. Una banca dati diversa quindi dalla BDNCP, che, come si è visto, raccoglie, attraverso l'estrapolazione dei dati da parte del RUP dell'amministrazione e il loro invio alla banca dati nazionale, una vasta

serie di informazioni onde, recita l'art. 213, comma 8, del Codice, «*garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive*». Anche in questo campo è intervenuto il dl n. 77, all'art. 53, comma 5, che ha riscritto il comma, introducendo il principio della gestione delle informazioni relative agli atti delle stazioni appaltanti attraverso la sola BDNCP, anche se il processo di trasmissione continua a passare dalle piattaforme telematiche interoperabili, di cui al comma 3 dello stesso articolo, che sono poi quelle regionali e locali⁴⁰.

Il d.lgs. n. 97 del 2016, che ha corretto e integrato molte disposizioni in materia di trasparenza del d.lgs. n. 33, ha modificato l'art. 37, cercando un coordinamento con il nuovo Codice dei contratti, ma non ha risolto il dubbio di fondo, poiché ha stabilito l'obbligo di pubblicazione tanto dei *dati* di cui al comma 32 dell'art. 1 della legge n. 190 quanto degli *atti* di cui all'art. 29 del nuovo codice dei contratti.

In seguito al codice dei contratti, quindi, la trasparenza è assicurata non solo dalla pubblicazione di dati e di atti (a carico delle amministrazioni che devono pubblicare quelli di cui al comma 32). Per i dati è chiaro che si tratta di quelli relativi tanto alle procedure di gara, quanto alle fasi ad esse prodromiche e successive. In ogni caso la pubblicazione degli atti, prima nei siti delle stazioni appaltanti e poi nella BDNCP di cui all'art. 29, comma 2, del Codice, consente al cittadino la conoscibilità dei documenti amministrativi adottati dall'amministrazione nella vicenda contrattuale, ma non necessariamente fornisce, in modo leggibile e organizzato, i dati/informazioni in essi contenute utili ai fini del controllo diffuso voluto dalla legge.

Nella problematica così sommariamente ricostruita si è inserita la semplificazione dell'art. 9- bis del d.lgs. n. 33 come inserito dall'art. 9 del d.lgs. n. 97, che consente alle amministrazioni di adempiere agli obblighi di pubblicazione di dati informazioni e documenti attraverso la trasmissione di tali dati informazioni e documenti alle banche dati nazionali di cui all'allegato B.

In luogo della pubblicazione, sul sito dell'amministrazione sarà sufficiente un *link* alla relativa sezione della banca dati nazionale.

Un effetto di trasparenza si ottiene anche mediante l'accesso di chiunque vi abbia interesse (il mondo delle imprese, i cittadini) ai dati della BDNCP⁴¹. La notevolissima

⁴⁰ Questo il testo del nuovo comma: «2. Tutte le *informazioni inerenti agli atti* delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC *attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse* secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici» (corsivi miei).

⁴¹ Si veda, nel sito dell'ANAC, la «*sezione Analytics* del Portale dei dati aperti dell'ANAC», che rende disponibili i «cruscotti per l'analisi self service dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e

mole di dati estrapolati dai documenti delle amministrazioni consente il formarsi di un'opinione critica sul funzionamento complessivo e sui comportamenti di singole amministrazioni.

10. La semplificazione della trasparenza nei contratti pubblici

Per risolvere le criticità segnalate l'ANAC ha avanzato proposte di semplificazione⁴²: sul versante normativo, sulla digitalizzazione dei documenti relativi alle vicende del contratto pubblico, sulla qualificazione informatica delle stazioni appaltanti.

10.1. La semplificazione normativa

Nel richiamato documento dell'ANAC si propone «la *rivisitazione delle norme sulla trasparenza amministrativa nei contratti pubblici* per razionalizzare e eliminare duplicazioni e asimmetrie di fonti normative. Per prima cosa, occorre concepire un *unico corpus normativo sulla trasparenza*, contenente le varie norme oggi vigenti sui contratti sparse in più testi (art. 29, d.lgs. 50/2016; artt. 37 e 42 del d.lgs. 33/2013; art. 1, commi 15-16, 26, 27 e 32, l. 190/2012). Ciò dovrebbe avvenire facendole confluire, possibilmente, all'interno del d.lgs. 33/2013, ovvero in un testo unico sulla trasparenza, con cui chiarire definitivamente quali siano i soggetti che devono assicurare la trasparenza, rispetto a quali contratti (se tutti o solo quelli sopra soglia ovvero con mitigazioni per quelli sotto soglia), a quali fasi del rapporto contrattuale e in ordine a quali dati o atti. Si tratta di scelte di fondo che sono fondamentali sia nel breve-medio periodo, consentendo alle amministrazioni di avere una base normativa chiara e completa degli atti e dei dati da pubblicare anche per superare eventuali incertezze dovute a istanze di tutela della *privacy*; sia nel lungo periodo, in relazione all'obiettivo della completa digitalizzazione delle procedure e della stessa fase esecutiva dei contratti.»

La strada della modifica del d.lgs. n. 33 del 2013 è oggi altamente incerta, dal momento che la ipotizzata delega alla sua riscrittura, nei programmi del Governo Conte 2, non si è tradotta in legge. In alternativa, in assenza di una delega per riscrivere la disciplina della trasparenza, si è aperta la strada di unificare la normativa

forniture con possibilità di applicare filtri su tutti gli oggetti grafici». È possibile, si legge nel sito, «condurre la ricerca sugli appalti per anno, oggetto dell'appalto, stazione appaltante e operatore economico aggiudicatario oppure direttamente tramite il Codice Identificativo Gara - CIG.» Il cruscotto è soggetto ad evoluzione continua e l'aggiornamento dei dati è quotidiano.

⁴² Si veda ANAC: «*Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità - 27 Maggio 2020*». Ai fini della redazione del documento l'ANAC ha tenuto conto di un approfondimento curato dalla Banca d'Italia e poi ad essa inviato, dal titolo *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici - L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Rassegna Astrid*, 2020.

all'interno del nuovo codice dei contratti, per la redazione del quale, invece, la delega è stata data con legge n. 78 del 2022: la delega non pone esplicitamente il tema dell'unificazione e semplificazione delle norme in materia, ma la necessità di legiferare si ricava dai numerosi richiami alla trasparenza e dalle disposizioni che vogliono un rafforzamento dell'ANAC nel settore⁴³.

La nuova normativa può pertanto risolvere numerose incertezze.

In primo luogo chiarire definitivamente *che cosa va pubblicato*, con riferimento a quali tipologie di contratto e a quali fasi della vita del contratto: a) tutti i *documenti* detenuti dalla stazione appaltante contenenti *atti* (a loro volta contenenti dati/informazioni da estrapolare) ovvero contenenti *dati/informazioni* (già estrapolati, per obblighi di legge o per iniziativa della stessa amministrazione); b) tutti i *documenti* relativi alle procedure di *affidamento e alle fasi ad esse prodromiche e successive* per *appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere*, per *concorsi pubblici di progettazione*, per *concorsi di idee*, per *concessioni*, per *contratti di partenariato pubblico privato*, ivi compresi gli affidamenti *in house*. Così come i resoconti della *gestione finanziaria dei contratti* al termine o nel corso della loro esecuzione.

Il documento ANAC del maggio 2020 ha proposto anche «*un regime semplificato di trasparenza per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, e in particolare degli acquisti di modico valore, ed eventualmente per alcune fasi della procedura*».

Da introdurre, poi, il principio della *pubblicazione progressiva dei documenti*, che andrebbe introdotto tenendo conto del criterio di differimento di alcuni dati/informazioni o di esclusione di altri dati. A questo fine, nell'ottica di un *corpus* normativo veramente unitario, vanno adottate norme coordinate sull'accesso, documentale o generalizzato, oggi contenute negli articoli 53 e 162 del Codice del 2016, anch'esse ispirate al principio della conoscibilità progressiva dei documenti.

Sotto il profilo soggettivo, si pone la necessità di chiarire che sono tenuti alla pubblicazione le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, nell'ampia definizione contenuta all'art. 3 del Codice, così da eliminare ogni dubbio sull'estensione della trasparenza anche ai documenti adottati da stazioni appaltanti che siano enti di natura privatistica.

In siffatto scenario, l'unificazione normativa comporta l'abrogazione di tutte le restanti norme che dispongono sulla trasparenza presenti nei vari testi normativi.

10.2. La semplificazione delle banche dati

Si è illustrata la stretta connessione tra la raccolta di dati a fini conoscitivi, effettuata con il complesso meccanismo che produce la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, e la trasparenza relativa ai dati/informazioni contenuti nei

⁴³ Si veda il criterio di delega della legge n. 78 del 2022, art. 1, comma 2, lettera m): «anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico».

documenti relativi ai contratti pubblici.

Secondo le proposte ANAC sarebbe auspicabile una molteplice semplificazione: in primo luogo quella consistente nell'unificazione, nella BDNCP, di tutte le banche dati che raccolgono informazioni nel settore dei contratti pubblici; in secondo luogo la semplificazione dei meccanismi di raccolta dei dati destinati a confluire nella stessa BDNCP; infine l'unificazione nella BDNCP della gestione delle informazioni relative ai documenti delle stazioni appaltanti raccolte sia fini conoscitivi che di trasparenza.

Per la prima semplificazione della BDNCP oggi le stazioni appaltanti e inviano i propri dati ad una pluralità di banche dati che rispondono alle esigenze conoscitive di diversi soggetti pubblici (in particolare quelle del MEF e del MIT), senza che vi sia stato un efficace sistema di coordinamento. La evidente violazione del principio europeo dell'*unico invio* può essere risolta solo con l'attribuzione alla BDNCP del compito di raccogliere dati, unificati, destinati a soddisfare le esigenze conoscitive di diverse amministrazioni, sostituendo tutte le banche dati che raccolgono informazioni sui contratti pubblici⁴⁴.

Per la seconda semplificazione resta da risolvere il barocco processo di alimentazione della Banca dati dell'ANAC che il comma 3 dell'art. 29 vigente prevede avvenga ancora attraverso piattaforme telematiche (che sono state anche definite come "piattaforme di approvvigionamento digitale") che le regioni dovrebbero mettere a disposizione delle stazioni appaltanti e rendere interoperabili con la BDNCP. Se mai questo meccanismo ha avuto un senso nel passato, nella prima formazione della Banca dati, oggi non si vede perché le stazioni appaltanti (debitamente attrezzate, naturalmente) non possano provvedere a trasmettere i propri dati direttamente alla BDNCP, la quale, poiché la legge la vuole necessariamente interoperativa, renderà conoscibili e utilizzabili questi dati per le regioni e per tutti i soggetti, pubblici e privati che vi siano interessati, magari fornendo ad essi un supporto tecnico per le elaborazioni di dati di interesse regionale.

La terza semplificazione appare oggi più agevole, dopo che il dl. n. 77 del 2021 ha previsto che sia la BDNCP a gestire anche le informazioni sugli *atti* delle amministrazioni. Vi è, però, una nuova incognita, quella dei rapporti tra la BDNCP e la ricordata «Piattaforma unica della trasparenza». Ove questa fosse realizzata si potrebbe immaginare che i documenti trasmessi dalle amministrazioni in materia di contratti pubblici siano pubblicati tanto nella BDNCP quanto nella più ampia Piattaforma unica. Nell'attesa dell'attivazione della Piattaforma, però, sarebbe utile creare, all'interno della BDNCP, una *sezione speciale* nella quale siano pubblicate

⁴⁴ Il protocollo previsto dal comma 4-bis dell'art. 29 del Codice per definire le regole di interoperabilità delle banche dati e dell'invio unico dei dati non ha funzionato, restando ogni amministrazione gelosa custode della propria banca dati e delle informazioni in essa contenute. Bene ha fatto, quindi, l'art. 53, comma 5, del dl. n. 77 del 2021 a riscrivere il comma 4-bis eliminando tale protocollo e prevedendo il principio del necessario *interscambio* tra BDNCP, le piattaforme telematiche regionali e la Banca dati sulle pubbliche amministrazioni (BDAP), tenuta dalla Ragioneria generale dello Stato, che viene evidentemente mantenuta. Le regole sull'interscambio, che resta soluzione insufficiente, devono essere stabilite dall'AgID.

«tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici», come impone il vigente testo dell'art. 29, comma 2, del Codice.

Qualunque sia la soluzione adottata, nei rapporti tra sezione del sito «Amministrazione trasparente» dell'amministrazione e BDNCP si applicherà poi l'art. 9-bis del d.lgs. n. 33, secondo il quale con l'invio dei dati (documenti e informazioni) alla banca dati si intende assolto l'obbligo di pubblicazione.

In siffatto scenario, potrebbero essere abrogate tutte le restanti norme che dispongono anche in relazione a obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità o di altre banche dati, talvolta ridondanti e non coordinati (ad esempio, l'art. 1, commi 27 e 32, della l. 190/2012 e l'art. 106 del Codice) con l'art. 213 del Codice che affida all'ANAC la definizione, con propria delibera, delle modalità di trasmissione e le informazioni da acquisire nella BDNCP.

10.3. La digitalizzazione dei contratti pubblici

Si è ricordato nella parte introduttiva e generale che la trasparenza è resa possibile, anche nella sua maggiore estensione, grazie all'applicazione delle tecnologie informatiche, soprattutto grazie alla *formazione direttamente informatica* dei documenti delle amministrazioni (documenti “nativi digitali”).

In questo campo il settore dei contratti pubblici può costituire il terreno di prima e larga applicazione. A questo fine è opportuno richiamare che la “digitalizzazione” del settore può assumere diversi significati, che vanno dalla a) informatizzazione delle procedure a monte della gara: *programmazione e progettazione*, alla b) informatizzazione *della gara, del suo svolgimento*, specie nel campo degli acquisti di servizi e forniture; fino alla c) informatizzazione *dei documenti*.

Dei primi due casi ci si può limitare a richiamare la problematica generale. Il documento ANAC del maggio 2020 sottolinea l'importanza della gestione digitale della fase di *programmazione*, soprattutto nel campo degli acquisti, che «consentirebbe una maggiore razionalizzazione e tracciabilità di tutte le informazioni preliminari, dalla raccolta dei fabbisogni agli atti autorizzativi delle iniziative».

Analogamente «la digitalizzazione *dei progetti* posti a base di gara consente, oltre alla semplificazione della stessa, anche indubbi vantaggi nella fase di esecuzione degli affidamenti. Nell'ambito dei lavori una spinta alla digitalizzazione delle procedure arriverà con l'introduzione generalizzata del BIM (*building information modeling*)»⁴⁵.

Quanto alla *digitalizzazione delle gare* (del loro svolgimento), il codice del 2016 era ben consapevole della centralità della questione, che però è stata rinviata ad un decreto interministeriale (art. 44), che doveva essere adottato entro un anno dalla data

⁴⁵ Si tratta, ricorda il documento ANAC, «di metodi e strumenti elettronici per la modellazione delle costruzioni in tutte le fasi di progettazione, realizzazione e gestione delle opere e relative verifiche». Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in attuazione dell'art. 23, comma 13, del Codice, ha emanato il d.m. 560/2017, che prevede l'estensione dell'uso di metodi e strumenti elettronici a tutte le gare di lavori, attualmente obbligatori per quelle di importo superiore a 50 milioni di euro e a regime, nel 2025, per tutte le nuove opere.

di entrata in vigore del Codice del 2016. Solo con il D.P.C.M. 12 agosto 2021, n. 148⁴⁶ troviamo finalmente norme che disegnano le modalità di gestione informatica della gara e i requisiti tecnici minimi necessari. Un importante passo avanti, che dovrà essere completato con provvedimenti che individuino delle piattaforme da validare a livello nazionale, interrompendo l'estrema parcellizzazione attuale, nella quale le stazioni appaltanti utilizzano piattaforme molto diverse tra loro, acquistate sul mercato. Così come sarà necessario incoraggiare e diffondere l'uso di tali piattaforme, con misure di amministrazione attiva, non di mera regolazione, quali incentivi finanziari, meccanismi per la messa a disposizione gratuita, il supporto tecnico gratuito.

Il problema più rilevante, anche ai fini di trasparenza, è la *formazione digitale dei documenti*. Oggi, come si è visto, gli atti di gara si formano liberamente, salvo a considerare gli interessi conoscitivi ad essi legati. Un RUP, quindi, sarà indotto a formulare un determinato atto (ad esempio l'aggiudicazione) tenendo conto che in esso vi devono essere tutti i dati utili per la successiva trasmissione alla BDNCP. Si deve immaginare un RUP che riempie il formulario subito dopo o addirittura in parallelo, rispetto alla formazione del documento dell'amministrazione. Questo processo sarà sempre più incentivato dal momento che il 25 ottobre 2023 entra in vigore il Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780⁴⁷ della Commissione del 23 settembre 2019, che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici. La normativa europea, estremamente dettagliata, impone la produzione di schede digitali (*eForms*), da predisporre per l'inserimento di atti nelle piattaforme di e-procurement. Essa contiene dati obbligatori per le gare sopra soglia comunitaria, e dati facoltativi per gli affidamenti sotto soglia, di cui ogni Stato può imporre la raccolta e la trasmissione. È, quindi, prevedibile che in Italia si vada verso un processo di *progressiva standardizzazione* dei documenti contenenti atti, dati e informazioni, utili sia a fini conoscitivi (la BDNCP come strumento di conoscenza aggiornata del settore), sia a fini di trasparenza (la conoscibilità di dati e informazioni da parte dei cittadini).

Una prospettiva, però, tutt'altro che vicina, perché mentre molto si sta facendo sul terreno della formazione delle piattaforme, delle banche dati e della loro interoperabilità, ben poco si è fatto sul piano dei contenuti degli atti da adottare e del lessico utilizzato dalle amministrazioni nel formare i loro documenti. Una prospettiva da un lato importante perché destinata a rendere più tracciabili e trasparenti i comportamenti delle amministrazioni, d'altro lato inquietante, perché ridurrà

⁴⁶Il regolamento definisce «le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento disciplinate dal codice, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni, ivi compreso il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo». Esso rinvia, per le regole tecniche necessarie, a *Linee guida* adottate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID).

⁴⁷ Il nuovo Regolamento abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici») e prevede, per tutti gli Stati membri, che, a far data dal 25 ottobre 2023, tutte le informazioni relative agli affidamenti devono essere trasmesse attraverso i formulari in esso contenuti (dal 22 novembre 2022 l'uso di detti formulari è facoltativo).

progressivamente la libertà delle amministrazioni di configurare i contenuti delle proprie decisioni.

Accanto alla soluzione di una progressiva standardizzazione con norme tecniche (informatiche e di contenuto) dei documenti, si può individuare una diversa prospettiva, che qui ci limitiamo a segnalare, quella che vede i documenti formati in modo più libero, dai quali i dati/le informazioni possano essere *estrapolati, con il ricorso ad algoritmi*, da parte delle stesse amministrazioni, per i propri fini conoscitivi, o dalla BDNCP. Anche in questo caso si deve ipotizzare che la maggiore libertà delle amministrazioni nel confezionare i propri atti sia bilanciata da vincoli relativi a dati/informazioni (a “campi” necessari) che il documento deve comunque contenere, per consentire un’extrapolazione consapevole e tracciabile dei dati contenuti nei documenti. I contratti pubblici si rivelano, anche in questo caso, anticipatori di una tendenza più generale all’uso degli algoritmi a fini di trasparenza⁴⁸.

In entrambe i casi è necessaria una regolazione nazionale da prevedere nel corpo normativo destinato a regolare la trasparenza nei contratti pubblici, che veda protagonisti, alla luce dell’art. 117, comma 2, lettera r) della Costituzione che riserva allo Stato il «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale», da un lato l’ANAC e dall’altro l’AgID⁴⁹.

10.4. La semplificazione organizzativa

Nessuna delle semplificazioni della trasparenza fin qui ipotizzate può funzionare se non si pone mano ad una semplificazione organizzativa, dei soggetti pubblici che intervengono nel settore dei contratti pubblici.

Il Codice dei contratti del 2016, mai veramente attuato in pieno e fin dall’inizio oggetto di continue correzioni, modifiche sostanziali, sospensioni, deroghe⁵⁰ aveva come asse di fondo la completa riorganizzazione del settore dei contratti pubblici sia sul versante degli operatori privati che sul versante delle amministrazioni aggiudicatrici, in un processo che si dovrebbe autoalimentare: alla maggiore capacità di gestione pubblica, digitalizzata, del contratto dovrebbe conseguire, anche attraverso la ricerca di dimensioni organizzative maggiori, un sistema di imprese più attrezzato e affidabile. La strada seguita dal Codice è la previsione di requisiti organizzativi che

⁴⁸ Sul punto si segnala che una prima sperimentazione è in atto tra ANAC e Fondazione Ugo Bordoni, per l’utilizzazione di algoritmi per l’extrapolazione dei dati dai bandi europei. Sul punto dell’utilizzazione degli algoritmi sia a fini conoscitivi che di trasparenza, si veda FALCONE, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in CAVALLO PERIN (a cura di), *L’amministrazione pubblica con i big data...* op. cit.

⁴⁹ Si potrebbe pensare ad una norma così formulata: «L’ANAC, con propri provvedimenti, d’intesa con AgID, disciplina, nell’esercizio dei poteri di cui all’articolo 48 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le modalità di formazione digitale dei documenti contenenti atti, dati e informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, ai fini della loro pubblicazione nella BDNCP e della utilizzazione a fini trasparenza dei dati e delle informazioni».

⁵⁰ Sul punto sia consentito rinviare a MASSERA, MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti*, in *Dir. Pubbl.* n. 2/2021.

le stazioni appaltanti devono rispettare per conseguire la qualificazione, a diversi livelli di complessità dei contratti, verificati dall'ANAC.

Un percorso debole in partenza, perché affidato ad un processo attuativo (un DPCM da adottare entro sei mesi⁵¹) solo normativo, non affiancato da politiche attive di promozione, con risorse finanziarie e di personale, della disponibilità di adeguate competenze tecniche. Tanto che non si è verificato alcun passo avanti: il previsto decreto non è mai stato emanato⁵², nessuna politica di rafforzamento strutturale delle stazioni appaltanti è stata realizzata, né a livello di complessità più basso, corrispondente grosso modo al livello comunale, che richiede comunque una dimensione amministrativa maggiore della gran parte degli attuali comuni, da raggiungere con adeguate forme associative, né al livello intermedio (Province e Città metropolitane), né a livello regionale (salva la creazione delle centrali di committenza utili per migliorare la gestione degli acquisti, meno per i lavori).

Si sono mantenute in vita stazioni appaltanti prive anche di una minima capacità tecnica, incapaci di interloquire autorevolmente con gli operatori privati (specie per i contatti più complessi), prive di capacità progettuali e di verifica, con la paradossale conseguenza della sempre maggiore esternalizzazione di queste attività (gli affidamenti a studi di ingegneria e architettura privati, il ritorno dell'appalto integrato) e di uno spreco di risorse pubbliche per finanziare attività che non si riesce a organizzare all'interno delle amministrazioni. Ancora oggi il destino delle stazioni appaltanti è rimesso alla via della riforma puramente normativa, dall'alto, con il processo di qualificazione da svolgersi sulla base della verifica dell'esistenza dei requisiti organizzativi, cioè al nuovo codice dei contratti⁵³.

Solo stazioni appaltanti veramente qualificate sotto il profilo della disponibilità di tecnologie informatiche e della qualità tecnica dei propri funzionari potranno garantire non solo la corretta gestione dei contratti, ma, per quel che qui ci riguarda, la piena conoscenza del settore e la sua trasparenza.

⁵¹ Vedi l'art. 37, comma 5, del Codice.

⁵² Anche per l'attivo boicottaggio dell'ANCI, volto a garantire comunque la gestione del contratto anche a realtà con capacità amministrative quasi inesistenti come i piccoli comuni. Sulla vicenda si veda MASSERA, MERLONI, *L'eterno...*, op. cit. Si veda anche la norma del nuovo Codice del 2023 che fissa a 500.00 euro la soglia che permette alle S.A. anche piccolissime, di fare gare anche senza qualificazione, di cui si dirà più avanti.

⁵³ Si veda il criterio di delega della legge n. 78 del 2022, contenuto nel punto c) dell'art. 1, comma 1, che appare più consapevole del problema, ma resta il limite di fondo: difficilmente un Codice dei contratti potrà imporre *politiche attive* di trasformazione organizzativa delle stazioni appaltanti. Questo il testo della disposizione: «c) ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali».

Se e quando il nostro sistema amministrativo disporrà di una adeguata rete di stazioni appaltanti qualificate, resta il problema dello svolgimento delle funzioni di indirizzo e vigilanza.

Vi è, come si è visto, un serio problema di qualità delle norme tecniche che indirizzi il sistema nella direzione della digitalizzazione della gestione del contratto nelle sue diverse fasi e di formazione digitale dei documenti, questo compito non può che essere affidato allo Stato, in particolare all'ANAC, mentre l'AgID dovrebbe curare la parte relativa alla predisposizione delle piattaforme applicative da fornire, meglio se gratuitamente, alle amministrazioni. Spetta ai Governi, soprattutto a livello nazionale e regionale, provvedere alle necessarie politiche di accompagnamento operativo delle amministrazioni sulla via della effettiva qualificazione tecnica e informatica.

11. La trasparenza nel PNRR

Il PNRR e la sua attuazione possono essere un'occasione unica per affrontare con la necessaria organicità il tema della trasparenza amministrativa, specie nel settore dei contratti.

Poiché il PNRR è soprattutto una relevantissima politica di investimento pubblico che comporta acquisiti di servizi e forniture (rilevanti quelli nel campo dell'informatica al servizio delle pubbliche amministrazioni) e una mole enorme di opere pubbliche, il richiamo alla trasparenza come strumento di contrasto ai rischi di corruzione è immediatamente presente, fin dalla prime fasi di impostazione del PNRR. Anche per il PNRR si riproduce il nesso tra trasparenza e prevenzione della corruzione da cui siamo partiti⁵⁴. Il PNRR impone, tanto a livello nazionale che europeo, una forte vigilanza sulla sua attuazione e la trasparenza viene considerata uno dei gli strumenti più efficaci per conseguire questo risultato.

La gran parte delle innovazioni normative che abbiamo fin qui segnalato in materia di trasparenza è stata introdotta sotto il segno dell'attuazione del PNRR: dal dl. n. 77 del maggio 2021, che ha modificato in profondità l'art. 29 del Codice dei contratti sulla pubblicazione degli atti al DPCM n. 148 dell'agosto 2021 sulla gestione informatica dei contratti; dal dl. n. 139 dell'ottobre del 2021, che adotta una clausola generale per consentire il trattamento dei dati personali in presenza di un interesse pubblico alla delega operata dalla legge n. 78 del giugno 2022 per la riscrittura del Codice dei contratti, fino alla legge n. 118 dell'agosto 2022 che richiama la Piattaforma unica della trasparenza.

Vi è poi attenzione a fare trasparenza sul PNRR e sulla sua attuazione⁵⁵. Anche il

⁵⁴ Ed è significativo che nella già citata *Decisione* sul PNRR italiano sia scritto che dall'attuazione di misure che hanno comunque un impatto sulla disciplina degli appalti pubblici «ci si aspetta che, una volta attuate, garantiscano un adeguato equilibrio tra i benefici della semplificazione e i controlli anticorruzione e antifrode» (p. 6).

⁵⁵ Si veda, ad esempio, il documento del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della

PNRR conferma il carattere anticipatore della disciplina dei contratti pubblici nell'affermare contenuti e strumenti di trasparenza come principio generale conformativo delle nostre amministrazioni pubbliche.

Quello che nel PNRR non troviamo è la risposta organizzativa.

Pur in presenza di affermazioni che segnalano una ben maggiore consapevolezza⁵⁶ del problema della capacità amministrativa, le risposte sono assolutamente deludenti. In primo luogo sul piano della trasparenza per obblighi di pubblicazione dove si ripetono stanche critiche agli oneri organizzativi che tali obblighi comportano, quando, come si è visto, il problema è quello della disponibilità di tecnologie informatiche utili per la piena digitalizzazione del processo, dalla formazione digitale dei documenti, al loro trasferimento automatico al sito «Amministrazione trasparente» dell'amministrazione, fino alla trasmissione, sempre automatica, dei documenti alle banche dati nazionali (nel nostro caso la più generale, ma non ancora esistente, Piattaforma unica della Trasparenza e la BDNCP).

In secondo luogo, sul piano dell'effettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti, mentre di fatto si rinvia anche solo l'avvio del processo all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti (nella metà del 2023), non si opera adeguatamente né sulla dotazione informatica delle stazioni appaltanti (piattaforme per la gestione dei contratti adeguate ai livelli di qualificazione e, soprattutto, impostate da soggetti pubblici e non dall'oligopolio di soggetti privati che domina questo mercato di fornitura di servizi), né, tantomeno, sulla dotazione di funzionari con le necessarie competenze professionali. Qui, di fronte alle dimensioni degli interventi del PNRR e alla possibilità di riforme "abilitanti" (cioè destinate ad accompagnare gli interventi per renderli più efficaci) non si è neanche tentato di "forzare" l'impostazione europea, nella direzione dell'uso delle risorse del PNRR per un reclutamento di personale non del tutto episodico⁵⁷, ma inserito in un processo di progressiva stabilizzazione.

Ragioneria generale dello Stato (RGS) "Istruzioni tecniche per la redazione dei sistemi di gestione e controllo delle amministrazioni centrali titolari di interventi del PNRR" allegato alla Circolare n. 9 del 10 febbraio 2022, che ha previsto obblighi di trasparenza e iniziative sul piano della comunicazione e informazione, proprio al fine di garantire che l'ingente mole di risorse finanziarie stanziata sia immune a gestioni illecite, nel rispetto dei principi di sana gestione finanziaria, assenza di conflitti di interessi, frodi e corruzione. In questa direzione, in linea con quanto previsto dall'art. 34 del Regolamento (UE) 2021/241, si punta ad una adeguata visibilità ai risultati degli investimenti e al finanziamento dell'Unione europea per il sostegno offerto. I destinatari dei finanziamenti dell'Unione sono tenuti a rendere nota l'origine degli stessi e ad assicurarne la conoscibilità, diffondendo informazioni coerenti, efficaci e proporzionate «destinate a pubblici diversi, tra cui i media e il vasto pubblico».

⁵⁶ Sulla qualità del modello organizzativo adottato con le riforme degli anni '90 e sulla insufficienza del PNRR nell'invertire la rotta si veda MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. Amm.* n. 2/2022. Sul PNRR e il suo impatto organizzativo vedi anche D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) italiano*, in *REALA*, n. 17, 2022.

⁵⁷ Nel Piano è prevista l'assunzione di 1.000 tecnici a tempo determinato, da porre al servizio dell'intero sistema amministrativo, nel quale vi sono 8.000 comuni.

12. La trasparenza nel Codice dei contratti del 2023

Il 16 dicembre 2022, il Governo ha approvato⁵⁸, in esame preliminare, il testo del decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici (che chiameremo d'ora in poi "Codice del 2023").

Il testo finora conosciuto (destinato a rimanere in gran parte inalterato in sede di approvazione definitiva) introduce una rilevante semplificazione della disciplina della trasparenza nei contratti pubblici, con qualche incertezza.

Delle diverse semplificazioni prima auspiccate si realizza sicuramente quella *normativa* perché si concentra nel nuovo Codice (all'art. 28) la disciplina della trasparenza per obblighi di pubblicazione⁵⁹, mentre la disciplina della trasparenza consentita dagli accessi (con l'esplicito richiamo tanto alla normativa sull'accesso procedimentale quanto dell'accesso generalizzato) è contenuta in altro articolo (il 35) richiamato dalla prima disposizione.

Nel merito vi è una semplificazione per riduzione: la trasparenza si realizza relativamente alle *«informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici»* (comma1). Se finalmente l'oggetto della trasparenza quanto all'ampiezza è definito, sembra esplicita l'eliminazione degli *atti*, confermata dalla ulteriore previsione del comma 3: *«Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti»*.

Quindi, almeno per ora, nessuna pubblicazione degli atti⁶⁰ che avrebbe potuto lasciare al cittadino la possibilità di estrapolare da essi i dati e le informazioni di proprio interesse, ma una totale predeterminazione dei dati e delle informazioni rilevanti. Viene confermato e valorizzato il ruolo centrale della BDNCP e dell'ANAC, cui è affidato il compito di stabilire i dati rilevanti che le stazioni appaltanti dovranno trasmettere alla banca dati⁶¹, anche se il legislatore stabilisce il contenuto minimo dei dati da trasmettere alla BDNCP e da pubblicare⁶². Il destino della trasparenza resta

⁵⁸ Il testo del decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, è stato elaborato dal Consiglio di Stato. Il nuovo Codice è destinato ad entrare in vigore il 1° aprile 2023 e ad acquistare efficacia il 1° luglio 2023.

⁵⁹ L'art. 227, comma 3, lettera d) abroga infatti l'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, mentre l'art. 225, comma 6, riscrive totalmente l'art. 37 del d.lgs. n. 33 mantenendo il ruolo di mero rinvio della disposizione alla disciplina dell'art. 28 del Codice del 2023. Da segnalare che il nuovo testo mantiene un riferimento agli atti («le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano i dati, gli atti e le informazioni secondo quanto previsto dall'articolo 28 del codice dei contratti pubblici»).

⁶⁰ Viene risparmiato (rinviato?) il problema della formazione digitale degli atti, forse perché si ritiene che le amministrazioni non siano in grado di provvedervi o perché non si punta sul ruolo di coordinamento tecnico dell'ANAC a questo fine, mentre si valorizza molto la BDNCP, ma nella strutturazione attuale.

⁶¹ Si veda l'art. 23, comma 5: «5. Con proprio provvedimento l'ANAC individua le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25».

⁶² Si veda l'art. 28, comma 3, ultimo periodo: «In particolare, sono pubblicati la struttura proponente,

quindi affidato alla qualità dell'attività di estrapolazione dei dati che il RUP effettua al fine della loro trasmissione. Obiettivamente si tratta di un passo indietro, forse dettato da esigenze di "realismo": fare trasparenza con gli strumenti a disposizione, rinviando al futuro le ipotesi di digitalizzazione nella formazione del documento, così da consentire la conoscenza del provvedimento.

Mentre la trasparenza per pubblicazione concerne dati e informazioni estrapolati dagli atti, la trasparenza per accessi non può che riguardare gli atti. Sul punto si segnala la non chiarezza della disposizione dell'art. 35, che è la norma chiave in materia di accesso. Da un lato lo stesso mantenimento di un articolo distinto, secondo lo schema del precedente art. 53 del Codice del 2016⁶³, fa propendere per una netta distinzione di regime. D'altro lato, però, la formulazione della norma lascia dei dubbi. Nel comma 1 si dice che gli accessi, documentale e generalizzato, sono ammessi relativamente «agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme». Si potrebbe leggere nella norma il tentativo di soddisfare il diritto di accesso con il solo accesso digitale ai dati e alle informazioni inseriti nelle piattaforme, quindi già estrapolati, ma un simile interpretazione sembra da escludersi; intanto perché gli accessi consentono, per definizione, una conoscenza di dati non già pubblicati (altrimenti la pubblicazione assorbe l'accesso) e poi perché sembra arduo sostenere che sia precluso all'interessato (per l'accesso documentale) o al cittadino (per l'accesso generalizzato) richiedere la conoscenza dell'atto in quanto tale, indipendentemente dalle estrapolazioni dei dati già effettuate per l'alimentazione della BDNCP.

Vi è, poi, una sicura *semplificazione delle banche dati*, con un notevole rafforzamento della BDNCP (art. 23), nonché del meccanismo di alimentazione della banca dati che le amministrazioni potranno fare attraverso non più gli osservatori regionali ma le piattaforme di approvvigionamento digitale⁶⁴.

Molto più incerta e contraddittoria, nel Codice del 2023, la *semplificazione organizzativa*. Il Codice del 2023 conferma e rilancia uno dei pilastri del Codice del

l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate».

⁶³ Lo scopo della disposizione è identico a quello del precedente art. 53: l'ammissione dell'accesso, ma con la previsione di situazioni che impongono il differimento o l'esclusione dell'accesso a determinati dati e informazioni. La nuova norma contiene, come era auspicabile, l'esplicito riferimento tanto alla disciplina dell'accesso documentale (la legge n. 241 del 1990) che dell'accesso generalizzato (gli articoli 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013).

⁶⁴ Tali piattaforme sono disciplinate dall'art. 25, che prevede a regime che ogni stazione appaltante utilizzi piattaforme messe a sua disposizione, con le quali, oltre a gestire digitalmente il contratto, provvederà alla trasmissione dei dati alla BDNCP. Ciò si ricava anche dalla previsione del comma 3 dell'art. 25: «3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non dotati di una propria piattaforma di approvvigionamento digitale si avvalgono delle piattaforme messe a disposizione da altre stazioni appaltanti o enti concedenti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da regioni o province autonome che a loro volta possono ricorrere a un gestore del sistema che garantisce il funzionamento e la sicurezza della piattaforma».

2016, la riqualificazione del sistema delle stazioni appaltanti, ma non riesce ad imporre al processo la necessaria velocità. In alcuni casi, poi, arriva ad introdurre disposizioni che sembrano andare in senso contrario.

Sotto il primo profilo si semplifica il processo di qualificazione: la norma primaria (l'art. 63 del Codice) fissa i caratteri generali del sistema (livelli di qualificazione, tipologia di requisiti), ampliando direttamente l'ambito dei soggetti qualificati di diritto⁶⁵; la normazione secondaria, l'allegato II.4 del Codice⁶⁶, precisa i requisiti per la qualificazione; l'ANAC, attributaria dei compiti di accertamento del possesso dei requisiti e di tenuta dell'Albo delle stazioni appaltanti qualificate, regola con propri atti le modalità attuative della qualificazione. Un'accelerazione significativa del processo di qualificazione, con il mantenimento della nota politica dei due tempi. Il Codice non si occupa, né poteva farlo, delle politiche attive di supporto alle amministrazioni, ma non si ha notizia che il legislatore le stia approntando.

Veniamo ora alle disposizioni contraddittorie. La prima (art. 62, comma 1) fissa a 500.000 euro la soglia al di sotto della quale l'amministrazione può svolgere una gara per l'affidamento di lavori anche senza qualificazione; una soglia molto più elevata di quella stabilita per gli affidamenti diretti, che non solo riduce significativamente gli incentivi per le S.A. di minori dimensioni a costituire centrali di committenza o ad avvalersi di S.A già qualificate, inducendole, semmai, a interventi di rafforzamento delle proprie strutture per la gestione di queste gare.

La seconda norma contraddittoria è l'art. 222, comma 9, del Codice del 2023⁶⁷, che conferma all'ANAC un potere sanzionatorio già previsto nel Codice del 2016, dal peso non irrilevante (una pena pecuniaria da 500 a 10.000 euro), questa volta a carico del RUP che ometta o non invii tempestivamente i dati e le informazioni sui contratti dell'amministrazione alla BDNCP. Evidentemente il legislatore non confida molto sulla rapida creazione di ambienti organizzativi, le nuove S.A. qualificate, capaci di gestire il contratto dal punto di vista informatico e tecnico, nel nostro caso la formazione digitale dei documenti e l'estrapolazione tendenzialmente automatica da essi dei dati rilevanti. Poiché l'estrapolazione dei dati, affidata al RUP, continua a dipendere da comportamenti soggettivi, si ritiene utile concentrare su questo

⁶⁵ Vi provvede il comma 4 dell'art. 63. Oltre a quelle già individuate dal Codice del 2016 si prevede che: «In sede di prima applicazione le centrali di committenza delle Province e delle Città metropolitane sono iscritte con riserva nell'elenco delle centrali di committenza qualificate. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata».

⁶⁶ La tecnica degli allegati di cui si afferma la natura regolamentare, consente di provvedere direttamente ad una prima regolazione secondaria, salva la possibilità di futuri aggiornamenti più agevoli, perché non richiedono modifiche di norme primarie.

⁶⁷ Dell'art. 222, comma 9, si riporta solo la parte iniziale: «9. Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato dall'ANAC con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro, a carico del RUP, con l'applicazione della stessa in misura minima in caso di trasmissione della documentazione mancante entro 10 giorni dalla contestazione».

funzionario i tradizionali strumenti di responsabilità individuale. Una norma che si inquadra in un più generale rafforzamento del potere sanzionatorio dell'ANAC che desta più di una perplessità⁶⁸.

Una normativa sì unificata, ma molto più “prudente” e “conservativa” di quanto ci si poteva attendere.

⁶⁸ Sulla riscoperta del ruolo sanzionatorio dell'ANAC, con la conferma dei poteri esistenti e la previsione di un potere sanzionatorio generale, “per violazione del Codice” dei contratti (art. 222, comma 3, lettera a)), per gli effetti sul ruolo complessivo dell'Autorità, si veda MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge...*, op. cit.

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, CODICE DI COMPORTAMENTO E RUOLO DEL DIRIGENTE PUBBLICO QUALE DATORE DI LAVORO: NOTE CRITICHE[°]

Franca Borgogelli

*Già Professoressa Ordinaria di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Siena*

Oggetto della riflessione è l'impatto che le norme volte a prevenire e reprimere la corruzione nella pubblica amministrazione hanno sulla figura del dirigente pubblico a cui l'ordinamento attribuisce le capacità e i poteri del datore di lavoro privato nella direzione e nell'organizzazione dell'attività dei dipendenti. Vengono prese in esame in particolare le disposizioni relative al codice di comportamento in rapporto al sistema disciplinare, nel succedersi di numerose modifiche legislative che hanno condotto a configurare un quadro normativo caratterizzato da incoerenze e contraddizioni che inficiano la qualità dell'azione amministrativa. L'analisi critica è volta a individuare le modalità con cui specificità del lavoro pubblico e principi della contrattualizzazione e privatizzazione possono armonizzarsi secondo i dettati di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

The topic of the analysis is the impact that the legal provisions for the prevention and suppression of corruption in the public administration have on the position of the public manager, to whom the legal framework attributes the capabilities and powers of a private employer in the management and organisation of employees' activities. In particular, the provisions on the code of conduct are examined in relation to the disciplinary system, as a succession of numerous legislative revisions has led to a regulatory framework characterised by inconsistencies and contradictions that undermine the quality of administrative activity. The critical analysis is aimed at identifying the ways in which the peculiarities of public employment and the principles of contractualisation and privatisation can be harmonised in accordance with the principles of impartiality and good performance under Article 97 of the Constitution.

Sommario:

1. Il problema
2. Potere disciplinare e nuove regole sul Codice di comportamento
3. Le contraddizioni nel sistema e le soluzioni interpretative
4. Riflessioni in prospettiva

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Il problema

Questa riflessione è volta a valutare l'impatto sulla figura del dirigente pubblico, a cui l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni attribuisce in via esclusiva le capacità e i poteri del datore di lavoro privato¹, delle norme in materia di prevenzione della corruzione, concentrando l'attenzione sulla regolazione del codice di comportamento e sul sistema disciplinare nel suo complesso. Infatti, la figura di un dirigente la cui attività, svolta attraverso atti di natura privatistica e caratterizzata da autonomia nell'organizzazione e nella direzione del lavoro, deve essere orientata al raggiungimento degli obiettivi programmati e valutata in relazione ai risultati, difficilmente si concilia con la figura di un dirigente "controllore", in cui prevalgono le funzioni ispettive e sanzionatorie, quale emerge in seguito alle riforme legislative intervenute a partire dal 2009. Si tratta di un sistema di norme di fonti eterogenee, connotato da problemi di stratificazioni e sovrapposizioni, che 'sommangono' la dirigenza pubblica di compiti puntualmente definiti, ponendo l'accento sulla responsabilità disciplinare piuttosto che sulla responsabilità manageriale e di fatto marginalizzando quelle funzioni organizzative e gestionali che pure sono ritenute essenziali per assicurare che l'azione amministrativa si svolga secondo i prescritti canoni di efficienza, efficacia, economicità. Senza peraltro che risulti raggiunto l'obiettivo di contrastare la corruzione e garantire effettivamente l'imparzialità e il rispetto dei principi etici.

L'attribuzione alla dirigenza pubblica dei poteri del datore di lavoro privato ben rappresenta la finalità di assicurare una gestione flessibile ed efficiente del personale (e della micro-organizzazione degli uffici); quindi per tale via una migliore qualità dell'azione amministrativa e dei servizi resi ai cittadini dalle diverse pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA). Si prefigura una dirigenza dotata di autonomia decisionale rispetto sia al potere politico, che definisce gli indirizzi e gli obiettivi, sia al potere sindacale, con cui si confronta nella sede negoziale; la sua attività è prioritariamente rivolta al raggiungimento degli obiettivi programmati. La relazione contrattuale posta alla base del modello - al quale la valutazione, a valle, dei risultati raggiunti garantisce la conformità rispetto al principio costituzionale del buon andamento² - definisce il potere datoriale di organizzare e gestire il personale alla luce dei principi introdotti dallo Statuto dei lavoratori, che si applicano, seppur con adattamenti, anche al lavoro pubblico. Le norme limitative dell'esercizio del potere del datore di lavoro contenute nello Statuto legittimano e confermano quel potere: quindi si estende al lavoro pubblico un sistema regolativo che dà poteri al dirigente-datore di lavoro, seppur con limiti a tutela dei diritti dei lavoratori.

¹ Così recita l'art.5, c.2, d.lgs. n.165/2001; la disposizione, già contenuta nel testo della riforma elaborato negli anni 90 del novecento, non ha subito modifiche sostanziali dai successivi interventi legislativi in materia di lavoro pubblico.

² Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss.

Questi caratteri propri dell'ordinamento del lavoro pubblico costruito dal legislatore degli anni 90 del novecento non sono mutati, nonostante il susseguirsi nel tempo di numerose modifiche legislative; così come resta a tutt'oggi immutato il «cuore della riforma»³, ovvero la qualificazione giuridica contrattuale del rapporto di lavoro pubblico, con il conseguente riferimento, quali fonti di disciplina del rapporto, da un lato alle leggi che regolano il lavoro privato, seppure con gli adattamenti resi necessari dai vincoli costituzionali, dall'altro alle disposizioni dei contratti collettivi.

Rispetto a questo paradigma, le modifiche legislative del sistema disciplinare intervenute a partire dal 2009 e le modifiche alle norme sul codice di comportamento contenute nella legge n.190/2012, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, si pongono in un rapporto problematico, poiché determinano incoerenze e contraddizioni nel modello. Infatti, ci si allontana nettamente dalla disciplina privatistica, e quindi si ridimensiona il principio di armonizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato fondato sulla fonte contrattuale, pur restando immutate le norme fondanti la contrattualizzazione/privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Ne consegue, come si è già osservato, il delinearsi di un contrasto tra il rilievo attribuito alle esigenze d'innovazione organizzativa, gestionale, tecnologica per migliorare la produttività nel lavoro pubblico e garantire la qualità dei servizi, coniugando efficienza, efficacia ed economicità, e una normativa, che insiste in una logica fondata sui doveri e sulle sanzioni, in un'ottica di mera esecuzione formalistica e deresponsabilizzata, che sembra orientata al ripristino di un modello di pubblica amministrazione più tradizionale (e peraltro non risulta aver portato a esiti positivi sotto il profilo dell'effettività).

La regolazione attuale del codice di comportamento e del potere disciplinare si configura esemplare della difficoltà di applicare regole comuni al lavoro pubblico e privato per assicurare efficienza e flessibilità, adattandole alle peculiari differenze dei contesti; dunque come un aspetto paradigmatico delle difficoltà di coniugare imparzialità e buon andamento, specificità del lavoro pubblico e principi privatistici. Pertanto la verifica del se e del come sia possibile ricomporre le incoerenze e superare le contraddizioni, anche agendo sui piani dell'interpretazione e dell'implementazione delle disposizioni di legge, rappresenta un passaggio necessario per contribuire a raggiungere quell'obiettivo di efficienza ed efficacia del sistema regolativo delle pubbliche amministrazioni⁴ che appare ancora lontano dall'essere raggiunto, per quanto continuamente, da tutti i soggetti istituzionali coinvolti, 'invocato'.

La necessità di risolvere i gravi problemi che affliggono l'amministrazione pubblica è peraltro tornata ad essere di particolare attualità e urgenza nel momento in cui la ricostruzione del sistema economico e sociale dopo la pandemia causata dal Covid-19 è affidata al corretto utilizzo degli ingenti finanziamenti ottenuti dalla UE

³ Così D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, 240.

⁴ Cfr. le finalità delle norme che disciplinano «l'organizzazione degli uffici e dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» indicate nell'art.1, c.1, del d.lgs.165/2001.

grazie al NextGenerationEU, a condizioni che solo una amministrazione efficiente può essere in grado di rispettare.

Per tale analisi è necessario partire da una - seppur molto sintetica - ricostruzione diacronica del percorso legislativo di regolazione del sistema disciplinare.

2. Potere disciplinare e nuove regole sul Codice di comportamento

Nel modello regolativo del lavoro alle dipendenze delle PA che si delinea compiutamente alla fine degli anni 90 del '900, con le modifiche e le integrazioni introdotte dai decreti delegati del 1997-1998 al testo del d.lgs. n.29/1993, poi recepito nel d.lgs. n.165/2001⁵, la normativa sul sistema disciplinare si configurava in termini di sostanziale omogeneità con la normativa privatistica per quanto concerne le fonti e i profili sostanziali. La disciplina è costruita intorno al richiamo all'art. 2106 c.c. e all'art.7 dello Statuto dei lavoratori, differenziandosi solo nelle procedure per adeguarle al particolare contesto, peraltro ricalcando il paradigma statutario e legificando alcuni principi affermati dalla giurisprudenza nell'applicazione delle norme disciplinari del settore privato. Si lascia ampio spazio alle parti negoziali, per i profili sostanziali e procedurali.

È ben noto come quel modello regolativo - sia complessivamente considerato sia per il profilo del potere disciplinare - non abbia dato i risultati sperati e come nel decennio successivo al 1998 siano state rilevanti le difficoltà incontrate dai dirigenti nell'esercizio del potere datoriale, con riguardo sia all'organizzazione, sia alla gestione del personale. Difficoltà che connotano i rapporti dei dirigenti con la sfera politica, anche per le inadempienze e le inadeguatezze di questa nella comunicazione di indirizzi e obiettivi e per la regolazione insoddisfacente dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali; e quelli con il sindacato, per le debolezze degli uni e i corporativismi dell'altro, che conducono anche a un esercizio lassista del potere disciplinare. Effetti negativi importanti conseguono altresì all'assenza di un sistema di valutazione efficace, sotto i due fondamentali profili: da un lato, con riguardo alla valutazione del merito per i riconoscimenti economici e di carriera al personale, dall'altro, per la valutazione della dirigenza come elemento di chiusura del modello

⁵ Quella che viene considerata la "seconda" riforma del lavoro pubblico - intervenuta, in attuazione della delega di cui all'art. 11, c. 4, l. n.59/1997 a modificare il testo del d.lgs. n.29/1993 emanato su delega della l.n.421/1992 - è da ritenere un «completamento» del percorso di contrattualizzazione e privatizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle PA, avviato con una fase esplicitamente «transitoria» e con interventi di modifica della previgente disciplina pubblicistica ancora parziali: così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 35 ss., ora anche in D'ANTONA, *Opere*, a cura di CARUSO e SCIARRA, Giuffrè, 2000, vol. IV, cit. p.234). Il testo del d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 (corretto più volte nel medesimo anno), come modificato dai d.lgs. del 1997-98 e poi transitato con rettifiche formali nel d.lgs. n.165/2001, può dunque essere considerato come un unico primo modello regolativo. Ne è confermata l'espressa previsione della fine della fase transitoria con la stipula dei secondi contratti collettivi (per il triennio 1998-2001).

regolativo basato sulla funzionalizzazione all'interesse pubblico non dei singoli atti, ma dell'esito dell'attività dell'amministrazione⁶.

Si tratta peraltro di difetti e lacune che non vengono corretti: è totalmente assente l'opera di implementazione, di messa a punto in connessione con il processo di attuazione del paradigma regolativo. Nel 2009 si procede invece, con la legge delega n. 30 e il d.lgs. n. 150 (la c.d. riforma Brunetta), a un nuovo intervento che modifica incisivamente il sistema. Per quanto riguarda la regolazione del potere disciplinare - che viene ad assumere un rilievo centrale, anche nella comunicazione mediatica - si tratta di un cambiamento netto: dalla prospettazione di una osmosi tra settore pubblico e settore privato si passa a una regolazione legislativa i cui caratteri e contenuti conducono a una profonda differenziazione, seppure senza mettere formalmente in discussione l'attribuzione al dirigente pubblico dei poteri del datore di lavoro privato.

Con la riforma del 2009 ci si propone di ottenere con lo strumento della legge quei risultati che non sono stati raggiunti con l'attribuzione ai dirigenti delle prerogative datoriali privatistiche e al contratto collettivo di un ruolo primario come fonte regolativa⁷. Si sceglie dunque la via della rilegificazione, anche del procedimento, regolando puntualmente i poteri dei dirigenti e ponendo stretti limiti e confini alla autonomia collettiva⁸, tipizzando gli illeciti e configurando come obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare. Inoltre si attribuiscono al sistema disciplinare finalità nuove - certamente diverse da quelle del settore privato e proprie di una relazione contrattuale - determinando rapporti problematici con il sistema di valutazione (oggetto anch'esso di una rilevante e puntuale disciplina nel d.lgs. n. 150/2009). In particolare suscitano perplessità, e si configurano di difficile applicazione, le configurazioni di illeciti e sanzioni che, facendo ambiguo riferimento al "rendimento", mescolano piani diversi: da un lato quello dei risultati, e dunque del sistema di valutazione; dall'altro quello della diligenza e quindi dell'inadempimento.

⁶ Per la nozione di funzionalizzazione il rinvio è a ORSI BATTAGLINI, op. cit.; per la sua configurazione quale fondamento della contrattualizzazione/privatizzazione della disciplina del lavoro pubblico cfr. altresì D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 4, 35 ss.

⁷ Il ruolo primario del contratto collettivo come fonte regolativa caratterizza il paradigma della riforma completata nel 1997/98; si attribuisce alla contrattazione collettiva, intesa come «libertà negoziale e non come potere normativo» un rilievo centrale quale strumento «determinante di rinnovamento», esaltando al massimo il suo ruolo come «metodo principe della regolamentazione del lavoro pubblico» (così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit., 257). Seguirà presto la fase della delusione: i gravi limiti nelle modalità di attuazione della riforma riguardano in modo significativo anche gli esiti della negoziazione collettiva, sia a livello di comparto sia a livello di singole amministrazioni. Per una ricostruzione sintetica dell'evoluzione del ruolo dell'autonomia collettiva, e i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a BORGOGELLI, *Sindacati e contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: un percorso ondivago in Il sistema sindacale italiano. Un omaggio senese a Bruno Fiorai*, a cura di GAETA e PASSANITI, Napoli, 2021, 115 ss.

⁸ La nuova regolazione, in coerenza con il capovolgimento del rapporto legge-contratto nell'assetto delle fonti attuato dalla legge delega n.15/2009, limita l'intervento dell'autonomia collettiva negli spazi consentiti dalla norma di legge, di carattere imperativo (con il rinvio agli artt. 1339 e 1419 c.c.).

La questione dei rapporti tra adempimento contrattuale e *performance* è certamente importante, di rilievo sistemico, ma la sua regolazione non appare appropriata⁹.

La legislazione successiva al 2009 per quanto riguarda il sistema disciplinare si caratterizza per la continuità con la direzione impressa dalla Riforma Brunetta, in un percorso legislativo che si svolge senza mutamenti sostanziali nella linea di politica del diritto per tutto il decennio successivo, nonostante i risultati deludenti: le nuove disposizioni relative al codice di comportamento contenute nella l.n.190/2012 e le modifiche al sistema disciplinare e alle responsabilità dei dirigenti introdotte dalla Riforma Madia e confermate nella successiva legislatura¹⁰ accentuano la differenziazione rispetto alla normativa privatistica (e anche le contraddizioni interne al sistema). Si osserva in particolare come, benché il d.lgs.75/2017, modificando nuovamente il rapporto tra legge e contratto nell'assetto delle fonti, si connoti per il recupero del ruolo di fonte attribuito all'autonomia collettiva, nel sistema disciplinare si conferma il predominio della legge: a fronte di una normativa che allunga la lista delle tipizzazioni unilaterali di illeciti e sanzioni, non resta molto spazio alle scelte dell'autonomia collettiva. Si accentua altresì, e diviene sistematico, l'inserimento di finalità ultronee rispetto a quelle che connotano l'esercizio del potere disciplinare nella relazione contrattuale del settore privato: si ampliano le responsabilità e il debito contrattuale, da un lato riconducendo ai "doveri d'ufficio del funzionario pubblico" una serie eterogenea di prescrizioni collegate a principi etici, di integrità, imparzialità e trasparenza, e al contrasto all'illegalità e alla corruzione, dall'altro lato mescolando riferimenti alla diversa dimensione della produttività, della verifica della *performance* e dei risultati e quindi al profilo della valutazione.

⁹ I riferimenti bibliografici sono troppo numerosi per poter essere qui elencati; per una approfondita analisi critica e un quadro delle diverse opinioni si richiamano in particolare TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 229, 2014; ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT, Collective Volumes n. 8, 2019, sul punto 305 ss. V. altresì: AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della P.A.*, Napoli, 2017, 63 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, I, 507 ss.

¹⁰ Cfr.: la l. n.190/2012 (sulla prevenzione e repressione della corruzione nelle PA), il d.lgs. n.116/2016 (sui licenziamenti disciplinari), il d.lgs. n. n.75/2017 (che modifica e integra il d.lgs. n.165/2001); la l.n.56/2019 (Interventi per la concretezza delle azioni delle PA e la prevenzione dell'assenteismo). Si aggiungano, per il collegato profilo della garanzia della trasparenza amministrativa: il d.lgs. n.33/2013 di riordino della disciplina sul diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle PA e il d.lgs. n.97/2016, correttivo della l. n.190/2012 e del d.lgs.33/2013, ai sensi della l.124/2015, art.7. Da ricordare anche la l.n.179/2017 sulle tutele per chi segnala gli illeciti (la figura del whistleblowing): per il suo commento in riferimento al codice di comportamento si rinvia, *ex multis*, ad AVIO, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017, n.179*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 311 ss. Più in generale, per una « rassegna degli ambiti tematici che vedono l'incrocio tra la normativa di contrasto alla corruzione e la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle PA » cfr. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 99 (da cui la cit.) e ss.

Il sistema normativo che regola il potere disciplinare si caratterizza dunque attualmente per l'ampliamento, rispetto al passato, sia dell'intervento della fonte unilaterale sia del debito del lavoratore; in questo - problematico - quadro un ruolo centrale è ricoperto dalla nuova configurazione del codice di condotta delineata dalla legge n.190/2012 (con integrazioni negli anni successivi).

L'adozione di un codice di comportamento, da consegnare ai dipendenti delle PA nel momento della stipula del contratto individuale di lavoro, era stata già prevista dal d.lgs. n.29/1993, tuttavia con una disciplina che, nonostante le modifiche introdotte nel 1998 e poi 'trasferite' nell'art.54 del d.lgs. n. 165/2001¹¹, era rimasta caratterizzata da ambiguità e incertezze applicative¹². Sin dall'emanazione dei primi codici di comportamento nazionali¹³, pertanto, la dottrina si era posta numerosi interrogativi, rispondendo, con opinioni diverse, ai dubbi concernenti in particolare la natura e l'efficacia giuridica, ma anche i caratteri delle prescrizioni, con riguardo ai profili etici e ai rapporti con il codice disciplinare di competenza negoziale¹⁴.

La novella introdotta dall'art.1, c. 44. l. n. 190/2012 risolve molte delle ambiguità e incertezze interpretative della previgente disciplina e supera alcune delle sue debolezze sul piano dell'effettività dello strumento; ma, come qui si evidenzierà, determinando contraddizioni e incoerenze nel sistema del potere dirigenziale e della

¹¹ Per la ricostruzione dell'evoluzione della disciplina del codice di comportamento, introdotta con l'art.26 del d.lgs.546/1993, correttivo del d.lgs. 3 febbraio1993 n.29 in cui inserisce l'art.58bis, poi modificato dall'art.27, d.lgs.80/1998, v. da ultimo OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente e la rilevanza disciplinare del codice di comportamento in Il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, a cura di BOSCATI, Rimini, 2021, 733 ss.

¹² «Era infatti accaduto che il legislatore, a dispetto del nome utilizzato, non aveva optato per un profilo esclusivamente etico, di orientamento, di questo strumento, scegliendo invece, almeno al principio, una strada diversa, non priva di ambiguità, che tentava di far convivere più generali principi di *customer orientation* - affiancando i codici alle carte dei servizi - con una rilevanza disciplinare "indiretta" della disciplina dettata»: così GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 17 ss. Sul rilievo del profilo etico cfr. *ex multis*: MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, 2007; i saggi contenuti nel volume *Al servizio della Nazione*, a cura di MERLONI-CAVALLO PERIN, Milano, 2009.

¹³ Emanati il primo sulla base del decreto del Ministro della Funzione pubblica del 31 marzo 1994, l'altro con il d.p.c.m. del 28 novembre 2000.

¹⁴ Sulla disciplina previgente dei codici, oltre alle opere citate nelle note precedenti si richiamano, tra le numerose analisi di amministrativisti e giuslavoristi: CASSESE, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, 7-8; MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici)*, in *Lav. dir.*, 1994, 534 ss. GRANDI, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine e VALLEBONA, Il codice di condotta dei dipendenti pubblici e i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione*, in *Riv. giur. lav.* 1994, I, risp. 365 e 381 ss.; RUSCIANO, *Utenti senza garanti*, in *Lav. dir.*, 1996, 59 ss.; CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; NUNIN, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 326 ss. Sulle differenze tra codici etici e codici di comportamento in base alla disciplina previgente e attuale cfr.: MERLONI, *Codici di comportamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014, § 1; CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 164 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

responsabilità disciplinare (e non solo). Persistono le difformità nelle valutazioni della dottrina, in particolare tra amministrativisti e giuslavoristi¹⁵, anche rispetto alla nuova configurazione giuridica dei codici di comportamento, in conseguenza della «chiara indicazione legislativa di una loro valenza “disciplinare” (...). Un codice, dunque, in grado (ora) di svolgere non solo una funzione “preventiva”, di orientamento valoriale delle condotte, ma anche “repressiva”, assicurata dal fatto che il codice è ora direttamente assistito da sanzioni (non solo, ma in primo luogo) disciplinari»¹⁶.

Per quanto riguarda i rapporti con le norme relative alla responsabilità disciplinare contenute nei contratti collettivi, l'originaria versione dell'art. 54 d.lgs. n.165/2001 lasciava alla contrattazione collettiva il compito di definire la vincolatività, quali *obblighi* contrattuali disciplinarmente rilevanti, dei *doveri* fissati dal codice di comportamento, chiedendo un “coordinamento” dei principi del codice - da recepire in allegato ai contratti collettivi - con le previsioni negoziali in materia di responsabilità disciplinare. Ora invece il legislatore, nel nuovo testo dell'art.54, prescrive direttamente (c.3) che è fonte di responsabilità disciplinare la violazione dei *doveri* contenuti nel codice di comportamento (compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione); il che vale con riferimento sia al codice nazionale, sia ai codici emanati a livello di singole PA per integrarne e adattarne le prescrizioni alle diverse specificità (art. 54, c. 5). Il d.lgs. n.75/2017 aggiunge poi che

¹⁵Per la vasta letteratura amministrativista e giuslavorista cfr. *ex multis*, per la prima: CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 377 ss.; MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, *Nota a d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62*, in *GDA*, 2013, 927 ss.; D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA-PELISSERO, Torino, 2013, 211 ss.; MERLONI, *Codici di comportamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, cit.; CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 158 ss. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017; CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, *La riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2018, 143 ss. Per la seconda: GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 5, 751 ss.; ID., *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit.; TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare*, cit.; ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *DLRI*, 2018, 689 ss.; BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 3, 50 ss.; BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, in *DLRI*, 2019, 157 ss.; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' al allo statuto speciale del lavoratore pubblico e MILITELLO, Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L' homo novus nel pubblico impiego?* in *W.P. CSDLE “Massima D'Antona.IT, Collective Volumes* n. 8, 2019, 9 ss., 193 ss.; ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento*, cit., 294 ss.; MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in *DLRI*, 2019, p. 170 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare*, cit.; VOZA, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 2 ss.; BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, 2011, 1550 ss.; ID., *Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*, in *Quad. Dir. lav. merc.*, n.10, 2021, 183 ss.; OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente*, cit., 733 ss.

¹⁶ Così CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 168.

le gravi o reiterate violazioni del codice di comportamento sono punite con il licenziamento (all'art. 54, c. 3, il d.lgs. n.75/2017 inserisce il rinvio all'art. 55 *quater*, c. 1, lett. f-*bis* d.lgs. n-165/2001).

Il rapporto dell'autonomia collettiva con la fonte unilaterale dunque si capovolge: alla fonte negoziale è consentito solo di specificare, integrare o aggiungere, istituendo un raccordo con l'apparato sanzionatorio per definire le conseguenze della violazione delle disposizioni del codice. Pertanto all'autonomia collettiva resta solo la competenza nell'individuazione delle sanzioni per ciò che non prescrive direttamente il legislatore, mentre al codice si attribuisce un ruolo centrale nell'individuazione dei *doveri* rilevanti per la responsabilità disciplinare.

Per quanto concerne le finalità del codice, il primo comma dell'art.54 indica quelle di «assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico». I prescritti collegamenti con il Piano per la prevenzione della corruzione e la trasparenza e le connessioni con il Piano della *performance* determinano uno stretto legame tra la normativa sulla prevenzione della corruzione e quella sui rapporti di lavoro nel settore pubblico, ampliando l'area del debito contrattuale dei lavoratori.

Il codice nazionale è stato emanato con il d.P.R. n. 62 /2013¹⁷; sono poi seguiti i codici delle singole amministrazioni, a cui spetta di specificare la disciplina, integrandola e differenziandola in relazione alle proprie peculiarità¹⁸. I contenuti concreti del codice evidenziano la eterogeneità delle funzioni: si cerca di «tenere assieme efficienza organizzativa, qualità del servizio, prevenzione della corruzione; profili diversi la cui amalgama appare davvero complessa»¹⁹.

¹⁷ Secondo le nuove regole il Regolamento «recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» è stato approvato con decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R. 16 aprile 2013 n.62), previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Il campo di applicazione delle disposizioni del codice, che comprende anche i dirigenti, si estende, nei limiti della compatibilità, anche a tutti i collaboratori e consulenti delle PA, qualsiasi sia la tipologia di contratto o di incarico, e ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni e servizi (art.2, c.3). Viene peraltro criticamente segnalato (cfr. Merloni e Carloni, op. cit.), l'assenza di regole analoghe per il personale politico.

¹⁸ L'indubbia importanza dei codici delle singole amministrazioni - indicati come «forse la previsione più significativa frutto della riforma del 2012, perché conferisce allo strumento una flessibilità ed una capacità di adattamento ai diversi contesti che gli permette, almeno potenzialmente, di modularsi su dimensioni diverse» (CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 161, *amplius* 181 ss.) - non sembra essere stata colta dalle PA: anche se non mancano lodevoli eccezioni, sovente si è trattato di una mera riproduzione dei contenuti del codice nazionale, in un'ottica di formalistico adempimento. Per valutazioni sui potenziali ambiti di intervento, interessanti anche nella prospettiva di garantire effettività alle disposizioni in materia, cfr. OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente*, cit., 746 ss. V. altresì le indicazioni contenute in ANAC, *Linee guida in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche*, approvate con delibera n. 177 del 19 febbraio 2020.

¹⁹ Così GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit., 32. In merito alla cura del benessere organizzativo, che i dirigenti devono assicurare nella struttura a cui sono preposti ai sensi dell'art.13, c.5, del codice di comportamento di cui al d.P.R. n.62/2013, v. in particolare:

Da ultimo il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, contenente *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* (convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022 n.79), all'art. 4, rubricato *Aggiornamento dei codici di comportamento e formazione in tema di etica pubblica*, ha inserito nel testo dell'art. 54 una sezione (c.1-bis) dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, al fine di tutelare l'immagine della P.A., disponendo per questo un aggiornamento del codice entro il 31 dicembre 2022. Si impone inoltre alle P.A. di prevedere lo svolgimento di un ciclo formativo obbligatorio sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente (così recita il nuovo testo del comma 7 dell'art. 54 d.lgs. 165/2001).

3. Le contraddizioni nel sistema e le soluzioni interpretative

Sugli aspetti problematici dell'attuale disciplina del codice di comportamento è necessario concentrare l'attenzione per gli effetti che ne derivano sulla configurazione del potere disciplinare, e più in generale sul ruolo del dirigente: come più volte sottolineato, si introducono infatti elementi che determinano contraddizioni e incidono negativamente sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Un primo aspetto problematico concerne i compiti che il nuovo art. 54 del d.lgs. n.165/2001 e il d.P.R. n.62/2013 assegnano al codice: determinando una progressiva attribuzione al potere disciplinare di valenze che possono apparire estranee e comunque sono eccedenti la funzione punitiva dissuasiva tradizionale. Si chiede infatti da un lato di potenziare il livello di efficienza degli uffici, contrastare fenomeni di scarsa produttività e assenteismo, dall'altro di garantire onestà e lotta alla corruzione, dando rilievo prioritario al principio di imparzialità. Il sistema disciplinare finisce così con il configurarsi non più come reazione a una patologia nell'organizzazione del lavoro, ma come un elemento fisiologico dell'organizzazione amministrativa.

Un secondo aspetto problematico è relativo al rilievo delle fonti unilaterali rispetto alle fonti negoziali: l'autonomia collettiva, che nel paradigma originario dell'ordinamento del lavoro pubblico rivestiva il ruolo di protagonista della regolazione del sistema disciplinare, viene emarginata in un ruolo ancillare rispetto alla legge e ai regolamenti. La nuova configurazione dell'assetto delle fonti ha indotto una parte della dottrina a prospettare una qualificazione giuridica pubblicistica delle

NICOSIA, *Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e management umanistico nello smart working post emergenziale*, in *Quad. dir. lav. merc.*, n.10, 2021, 259 ss.; EAD., *La ricerca della felicità: aspettative o diritto al benessere nel lavoro pubblico?* in *Variaz. temi dir. lav.*, 2022, n.1.

norme, o comunque una “ripubblicizzazione strisciante” del sistema regolativo disciplinare (v. *infra*). Ma l’espansione, progressivamente sempre più pervasiva e puntuale, del protagonismo legislativo incide in modo rilevante anche sulla figura del dirigente pubblico: assimilato formalmente al *manager*, viene di fatto ricondotto a un ruolo di mero esecutore. Il che determina una contraddizione, perché costruire e imporre per legge il comportamento manageriale significa, in realtà, non tanto obbligare i dirigenti a comportarsi secondo il modello privatistico, quanto riproporre il vecchio modello pubblicistico della mera obbedienza al comando della legge, togliendo loro ogni autonomia decisionale.

Si è detto che queste innovazioni, nel determinare una netta differenziazione nella regolazione del potere disciplinare rispetto al modello privatistico, conducono a mettere in discussione la qualificazione giuridica del sistema sanzionatorio nell’ordinamento del lavoro pubblico. Si ripropongono infatti le argomentazioni di una autorevole dottrina amministrativistica, la quale già a fronte della novella del 2009 aveva messo in discussione la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, riscontrando il ritorno a una “specialità pubblicistica” con riferimento sia alla generale disciplina delle fonti, sia alla nuova regolamentazione del sistema disciplinare²⁰. Con riguardo a questa, in particolare si erano avanzati dubbi «sulla correttezza dell’inclusione della responsabilità disciplinare nell’ordinamento civile, e non nell’organizzazione amministrativa», perché le nuove disposizioni in materia «descrivono, per i dipendenti pubblici, un quadro normativo assai diverso da quello della responsabilità disciplinare dei dipendenti privati»²¹. Con riferimento ai caratteri della nuova disciplina del codice di comportamento - emblematicamente rappresentati dal dato lessicale del riferimento ai “doveri” dei dipendenti, piuttosto che agli “obblighi” propri di una relazione contrattuale, e dai numerosi rinvii alle norme sull’anticorruzione e la trasparenza - viene confermata tale opinione. Si sottolinea l’importanza del ruolo del codice di comportamento quale strumento attraverso il

²⁰ Cfr. GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 586 ss.; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 34 ss.; BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 479 ss. I riferimenti all’ordinamento del lavoro pubblico in chiave di “specialità pubblicistica” si confermano anche con riferimento alla riforma Madia: cfr. ad esempio BATTINI, *Le norme sul personale. Commento alla l. 7 agosto 2015, n.124*, in *Giorn. dir. amm.*, 645 ss.; CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 159.

²¹ Così MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 37. Per l’analisi e i riferimenti bibliografici in ordine alla risposta dei giuslavoristi a tali rilievi basati sulla riforma del 2009, di cui qui non si può dar conto, si rinvia a BORGOGELLI, *Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di GARDINI, Bologna, 2012, 229 ss.; per valutazioni critiche sull’intervento pervasivo della legge sul piano generale, *ex multis*, cfr.: GARILLI, BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni* in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1 ss.; PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall’autogoverno responsabile delle pp. aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in *Quad. Dir. lav. merc.*, 2016, 107 ss.; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; BOSCATI, *La percezione dell’eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *Variaz. temi dir.lav.*, 2020, 9 ss.

quale «possono entrare, tra le situazioni di doverosità assistite da sanzione disciplinare, quelle relative a questioni di interesse pubblico e non riconducibili in una dimensione essenzialmente sinallagmatica (...) a presidio di un'area di "specialità" del rapporto irriducibile nelle dinamiche negoziali e di scambio»²². Si 'rafforzano' dunque le letture pubblicistiche del sistema sanzionatorio: si ripropone la tesi per cui il procedimento disciplinare apparirebbe ora, come nella fase anteriore alla privatizzazione, espressione della pretesa punitiva dell'autorità, in una logica pubblicistica di perseguimento di interessi generali²³.

Si tratta di argomenti a cui i giuslavoristi²⁴ hanno replicato, sul piano generale, sottolineando come, nonostante la "rilegificazione", restino inalterati: la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro; il rinvio alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; l'affermata corrispondenza dei poteri della dirigenza pubblica con i poteri del privato datore di lavoro; la competenza del giudice ordinario nelle controversie di lavoro²⁵. Si rileva altresì come i principi fondanti la regolazione del potere disciplinare nel settore privato non siano stati cancellati dai pur numerosi interventi di modifica delle norme in materia. Quel che rileva sopra tutto è la conferma del riferimento all'art. 2106 cod. civ., contenuto nel testo originario dell'art. 55, c. 2, d.lgs.165/2001. Questa disposizione, nell'attribuire al datore di lavoro la titolarità di uno specifico potere che gli consente, come ulteriore effetto legale tipico derivante dal contratto di lavoro, di irrogare direttamente le sanzioni al lavoratore inadempiente, ne individua anche gli elementi essenziali con riguardo sia ai presupposti sostanziali di esercizio (la violazione, *in primis* ma non solo, degli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà di cui agli artt.2104 e 2105 c.c.), sia alla misura della sanzione (il vincolo della proporzionalità della sanzione all'infrazione). Pertanto il suo richiamo comporta la riconduzione del potere disciplinare del dirigente pubblico alla radice del potere disciplinare del datore di lavoro privato, confermandone la natura contrattuale, e indica anche i principi-guida per l'esercizio del potere. Su questa base è stato possibile ridimensionare l'impatto delle novità legislative sul piano dell'interpretazione dottrina e giurisprudenziale,

²² Così CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 172.

²³ Per queste opinioni cfr. la dottrina amministrativista citata *retro*, nota n. 15

²⁴ Per queste opinioni cfr. la dottrina giuslavorista citata *retro*, nota n. 15.

²⁵ L'art.67 del d.lgs. n.150/2009, che apre il Capo V che reca modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle PA, specificamente conferma «la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'art.63, d.lgs. n.165/2001» (c.2). Per quanto concerne il rilievo di questa prescrizione rispetto alla questione della qualificazione giuridica del sistema disciplinare, si segnala, pur senza condividerla, l'opinione per cui una «eventuale rilegificazione integrale della responsabilità disciplinare» che porti alla «revisione, da molti auspicata, della scelta di affidare alla contrattazione collettiva una materia, quella disciplinare, così significativa, soprattutto quando è in gioco l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni amministrative» - «non comporta di per sé un diverso assetto della giurisdizione, ben potendo il giudice ordinario continuare ad occuparsi delle controversie in materia disciplinare, anche se regolate per intero da fonte legislativa (o comunque unilaterale pubblicistica)». Così CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 171.

con argomenti esegetici che consentono di attenuare alcune criticità delle nuove disposizioni.

Ciò può dirsi ad esempio per la disposizione che prescrive l'applicazione «comunque» della sanzione del licenziamento alle infrazioni elencate nell'art. 55 *quater*, d.lgs. n.165/20001, a cui il d.lgs. n.75/2017 ha aggiunto le gravi violazioni del codice di comportamento. Se a una prima lettura la disposizione sembrerebbe prefigurare un'applicazione automatica, e senza margini di discrezionalità nella valutazione dei profili soggettivi della responsabilità, della più grave delle sanzioni, un'interpretazione più attenta porta a conclusioni diverse. Infatti, trattandosi di una «sanzione disciplinare», il licenziamento può essere comminato solo al termine del normale procedimento durante il quale deve «comunque» essere ponderata, ai sensi dell'art. 2106 c.c. e alla luce dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, la gravità del fatto sotto i profili soggettivo e oggettivo. Del resto la Corte costituzionale, più volte e in più occasioni, ha escluso la legittimità del licenziamento «automatico»²⁶.

La dottrina giuslavorista aveva ridimensionato sul piano interpretativo anche la regola (introdotta sempre dal d.lgs. n. 150/2009) che dispone di sanzionare i dirigenti che si rendano responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell'azione disciplinare, per l'omissione o il ritardo, «senza giustificato motivo», degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell'insussistenza dell'illecito disciplinare «irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare» (art. 55 *sexies*, c.3, d.lgs. n.165/2001). Benché appaia stridente il contrasto con la discrezionalità propria del *manager* privato, l'impatto di tale disposizione può essere ridotto valorizzando sul piano interpretativo il riferimento al giustificato motivo e al controllo sulla ragionevolezza delle decisioni assunte. Tuttavia, le novità sulle responsabilità dei dirigenti introdotte nella disciplina del codice di comportamento e dalla Riforma Madia hanno reso più difficile sostenere - in una valutazione sistematica - tale tesi; e le opinioni al riguardo appaiono difformi anche tra i giuslavoristi²⁷.

In merito alla questione centrale del rapporto legge-contratto collettivo delineato dalle novelle, l'ingerenza della legge, con carattere di inderogabilità, nella definizione del codice disciplinare e della procedura, per quanto assai pervasiva e incidente direttamente negli spazi del contratto collettivo, non può ritenersi per ciò stesso incompatibile con l'esercizio di un potere privato, perché anche nella normativa privatistica la legge assume un ruolo centrale, quale fonte del potere disciplinare e vincolo al suo esercizio, pur lasciando uno spazio molto importante all'autonomia collettiva.

²⁶ Al riguardo, anche per i riferimenti giurisprudenziali, cfr. la dottrina giuslavorista citata *retro* nota n. 15. Si è peraltro precisato che se una valutazione giudiziale in termini di proporzionalità è inevitabile, quando il legislatore ha tipizzato una determinata sanzione tale valutazione giudiziale deve essere tecnicamente mirata a verificare se l'infrazione è riconducibile alla fattispecie astratta prevista - anche in termini di gravità - ma non può ritenere eccessiva la sanzione *ex lege*.

²⁷ Ad esempio, per la sussistenza dell'obbligo v. ZOLI, *op. cit.*, p. 700, per la negazione BARBIERI, *Note critiche*, cit., p. 159. Per la riflessione sul «tentativo di oggettivizzazione della responsabilità» v. in particolare ZAPPALÀ, *op.cit.*, 303 ss.

Ciò può dirsi anche con riferimento all'intervento di una fonte unilaterale quale il codice di comportamento, se si considera il contenuto dell'art. 2106 e degli artt. 2104 e 2105 da questo richiamati, e il ruolo da tali disposizioni attribuito alle determinazioni datoriali. Per quanto concerne il rapporto tra la rilevanza disciplinare diretta del codice di comportamento affermata dall'art. 54 (che lascia solo la definizione delle sanzioni ai contratti collettivi) e il rinvio alla sede negoziale per la tipologia delle infrazioni e sanzioni di cui all'art. 55, c. 2, i problemi sono stati superati dall'intervento della contrattazione collettiva: nei rinnovi dei contratti per il triennio 2016-2018²⁸, e nei successivi siglati per il triennio 2019-2021, si richiamano, tra gli *obblighi* dei dipendenti, quelli contenuti nel codice di comportamento nazionale e in quelli delle singole P.A., riconducendo alla fonte contrattuale l'indicazione dei *doveri* ivi contemplati. Si aggiunga che, secondo il dettato della giurisprudenza, ai fini disciplinari i comportamenti vietati devono essere tipizzati e articolati; pertanto per la tipologia delle infrazioni come per le sanzioni la sede negoziale può garantire una armonizzazione tra norme autonome ed eteronome.

Si può dunque ricostruire sul piano interpretativo una coerenza nel sistema delle fonti tra legge, codice di comportamento, contratto collettivo, superando le discrasie create dal legislatore.

Anche ai rilievi critici circa la difficoltà/impossibilità di ricondurre al sinallagma contrattuale i *doveri* indicati nel codice di comportamento che si collegano ai valori deontologici del funzionario pubblico²⁹ si possono dare risposte: dalla lettura delle nozioni di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. adeguata al contesto e dalle interpretazioni giurisprudenziali della nozione di giusta causa di licenziamento si possono trarre indicazioni utili per soluzioni interpretative che consentono di superare le discrasie³⁰.

Un altro profilo critico riguarda l'accentuarsi delle interferenze con il sistema della valutazione, che può, in assenza di adeguato coordinamento, determinare confusioni e ambiguità nell'intreccio tra inadempimenti, infrazioni e raggiungimento della qualità nei livelli di prestazione. Il legame assume un rilievo particolare per i dirigenti, per i quali sono molto più gravi le implicazioni dell'assenza di una definizione chiara dei confini tra la responsabilità disciplinare (espansa in modo assolutamente non compatibile con una figura manageriale) e la responsabilità dirigenziale (la verifica in ordine al raggiungimento degli obiettivi e al rispetto delle direttive). Pertanto i riferimenti contenuti nel codice di comportamento alla responsabilità manageriale e a

²⁸ I primi rinnovi, in seguito alla sentenza della Corte Cost. n. 178 del 2015, dopo il blocco della contrattazione collettiva disposto dal dl n.78/2010 (conv. l.122/2010).

²⁹ Cfr. ad esempio i rilievi di: CAVALLO PERIN-GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.* 2009, 53 ss.; CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, cit., *passim*; TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit. Sul punto v. Carloni, op. ult. cit. ,172 ss.

³⁰ V. ad esempio la proposta interpretativa di GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit., 25 ss., ove indica «vincoli di sistema alla definizione unilaterale della diligenza nel pubblico impiego».

quella disciplinare dei dirigenti, senza chiarezza qualificatoria e coordinamento, possono determinare serie difficoltà sul piano applicativo.

4. Riflessioni in prospettiva

L'analisi svolta ha messo in evidenza come gli interventi legislativi che hanno condotto all'attuale configurazione della regolamentazione del potere datoriale e della responsabilità disciplinare abbiano allontanato il lavoro pubblico dal lavoro privato ed espanso l'area del «diritto privato differenziato»³¹. Tuttavia la conferma dei riferimenti alle norme fondanti dell'ordinamento privatistico e i rinvii alla negoziazione collettiva offrono argomenti per negare il ritorno da una «mera specializzazione delle regole del diritto del lavoro privato» a una «regolazione di diritto speciale pubblico della materia»³².

Si può dunque affermare che la disciplina del lavoro pubblico si muove sempre all'interno della cornice di un adattamento delle regole privatistiche alle specificità del contesto; e che se i profili di specialità vengono ampliati e modificati, ciò non incide sullo statuto giuridico, ovvero sulla 'radice' contrattuale e privatistica del rapporto di lavoro alle dipendenze delle P.A.

Tuttavia, sono numerosi gli argomenti che conducono a giudicare gli interventi riformatori non appropriati, sul piano della politica del diritto come su quello della tecnica regolativa. Il legislatore si affida alle 'virtù salvifiche' di una regolamentazione legislativa puntuale e pervasiva, con un approccio 'pedagogico-autoritario': poiché i dirigenti non hanno avuto la forza e la capacità di usare il potere loro attribuito, anziché ricercarne le cause - per correggere i difetti nel modello regolativo e ovviare alle carenze formative e culturali - ha preferito definire con precisione e imporre il comportamento da assumere. La povertà dei risultati conferma che le correzioni non erano quelle necessarie e adeguate: non basta normare puntigliosamente i comportamenti perché questi divengano virtuosi, e con regole che riducono autonomia e discrezionalità il dirigente pubblico non diventa più efficiente, ma si allontana dalla figura del *manager* accostandosi a quella del lavoratore subordinato. Soprattutto, si delinea una figura dirigenziale che non corrisponde al paradigma teorizzato: si determina infatti una contraddizione interna al modello regolativo, connotato come alternativo a quello pubblicistico proprio per la concezione dell'attività amministrativa «non in chiave formale-legalistica, bensì sostanziale aziendalistica» con la finalità di accentuare «la considerazione dell'attività organizzativa e di gestione del lavoro sotto il profilo della strumentalità al conseguimento di un risultato in termini di efficienza, efficacia, economicità»³³.

³¹ D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 6.

³² Così invece GARDINI, *L'autonomia della dirigenza*, cit., 591.

³³ CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 473 e 477.

È dubbio che si possano recuperare sul piano interpretativo i caratteri sostanziali che dovrebbero connotare l'attività dirigenziale - in particolare l'autonomia, la discrezionalità organizzativa, la flessibilità - a fronte di un sistema la cui complessità può condizionare fino a paralizzare l'esercizio del potere datoriale. Il problema centrale non risiede infatti nella qualificazione giuridica delle norme, bensì nelle conseguenze sulla coerenza del sistema complessivo che discendono da una lettura dell'ordinamento del lavoro pubblico che nell'accentrare l'attenzione sul profilo dell'onestà e sulla lotta all'assenteismo, dando rilievo prioritario al principio di imparzialità, finisce con il trascurare il profilo dei risultati e della responsabilità, dunque il principio del buon andamento. Senza tuttavia raggiungere esiti soddisfacenti con riguardo all'efficacia delle norme in nessuno dei due profili, entrambi peraltro essenziali per superare le gravissime insufficienze dell'azione pubblica, che l'emergenza Covid ha evidenziato, e per assicurare una "ripresa" tramite l'attuazione del PNRR per l'utilizzo dei fondi del NewGenerationUe. Insufficienze nell'azione pubblica che restano irrisolte, nonostante i continui auspici e il reiterarsi degli interventi, prospettati ogni volta come risolutori, del legislatore: troppo spesso basati su un modello lontano dalle esigenze reali e inadeguato a cogliere con tempestività il succedersi delle innovazioni, attento soprattutto al controllo dei costi e fondato su valori proclamati solo formalmente, su interventi per la "semplificazione" e la "concretezza" che si trasformano in complicazioni e ideologismi. Il che ostacola una gestione efficiente sul piano della garanzia dei servizi, senza peraltro assicurare effettività al pur fondamentale obiettivo del contrasto alla corruzione.

Per quanto concerne l'oggetto specifico di questa riflessione, resta senza soluzione il problema centrale: l'estrema difficoltà di salvaguardare spazi di effettiva discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare per il dirigente, sommerso da molteplici regole, con sovrapposizioni tra diversi ambiti di poteri e di responsabilità, sovrabbondanza di contenuti, alcuni inutili e tralatici, e vincoli. E la prevalenza del profilo dell'inadempimento finisce con l'ostacolare il dirigente nell'adozione dei più adeguati criteri nell'assolvimento dei compiti organizzativi e gestionali, e quindi anche nel garantire l'operatività di un sistema di prevenzione della corruzione veramente efficace. Si determina una contraddizione che se non risolta produce inefficienza e inefficacia sia nell'azione della PA, sia nella capacità del sistema anticorruzione di svolgere la propria funzione preventiva. Con il rischio di una eterogenesi dei fini: che nel formalismo la corruzione e l'illegalità prosperino meglio.

Dall'analisi condotta si deduce quindi la necessità di intervenire affinché si possano superare le contraddizioni conciliando le esigenze di una P.A. attiva, o proattiva, anziché difensiva, e di una responsabilizzazione manageriale forte delle dirigenze pubbliche, modulata in ragione delle diverse PA, con la finalità di prevenire la corruzione, certamente anch'essa essenziale. Si ritiene che ciò sia possibile anche senza prospettare una ulteriore riforma radicale - un metodo che si è rivelato di scarsa efficacia se non quando controproducente - agendo sul piano dell'implementazione della disciplina vigente, con le necessarie semplificazioni e razionalizzazioni. E dunque che sia possibile orientare la riflessione verso un tale obiettivo, continuando a far perno sulle - immutate - basi normative della disciplina del lavoro pubblico che

pongono al centro il contratto individuale di lavoro subordinato, con le sue peculiarità rispetto alla generale disciplina codicistica dell'autonomia privata. Un potere che si caratterizza per lo stretto legame con l'organizzazione, strumento utilizzato dal datore di lavoro e da lui 'plasmato' per il raggiungimento delle sue finalità, definite dalla Costituzione nei termini indicati dall'art. 41 per il settore privato e dall'art. 97 per le PA³⁴.

Bisognerebbe però operare con un metodo opposto a quello adottato dal legislatore nell'ultimo decennio, che ha progressivamente accentuato le discrasie, invece di risolverle, impedendo la realizzazione dell'equilibrio funzionale necessario a garantire il buon andamento con l'inserimento, in un sistema fondato sullo schema contrattuale/privatistico, di elementi propri di un modello diverso, pubblicistico-unilaterale. Il legislatore ha distanziato il lavoro pubblico dal lavoro privato proprio nel momento in cui entrambi, e per certi aspetti insieme, dovrebbero riflettere sul modello di *governance* più adatto a gestire le radicali modifiche introdotte dall'innovazione tecnologica, cercando gli strumenti che consentano di raggiungere risultati utili. Bisognerebbe dunque intervenire non per approfondire le distanze tra pubblico e privato, in una sorta di contrapposizione tra adempimento e risultato, ma per verificare se non si possono proficuamente utilizzare le ipotesi interpretative che ricostruiscono la corrispettività nel contratto di lavoro pubblico ponendo in rilievo la sua funzione complessa che è anche organizzativa oltre che di scambio, nella quale assumono rilievo gli interessi tutelati dalla specifica organizzazione; o quelle per cui si delinea la costruzione di un nuovo paradigma collaborativo, comune al contratto nel pubblico e nel privato, sino a una visione innovativa che dà rilevanza ai valori etici e di sostenibilità nella relazione negoziale.

Non si può entrare nel merito delle diverse proposte interpretative³⁵: ci si limita a sottolineare l'importanza di riflessioni che nel modellare la nozione di adempimento con riferimento all'obbligazione contrattuale e al suo oggetto, nonché in relazione all'assetto organizzativo delle diverse P.A., offrono elementi importanti per ricostruire in termini nuovi la disciplina del lavoro pubblico pur restando nel prisma del contratto e delle regole privatistiche.

Ci si basa sul recupero della funzione organizzativa del contratto, che non è neutrale rispetto agli interessi delle parti: nel privato l'interesse sarà quello di realizzare profitto (pur con eccezioni quali le cooperative e il terzo settore), interesse

³⁴ Cfr. al riguardo in particolare L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 1 ss.

³⁵ Non potendo entrare nel merito di questo dibattito, per l'illustrazione e l'analisi critica delle diverse teorie si rinvia in particolare a: L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., § 5 e 6; ID., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 292 ss.; BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, 2018; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. Su questi valori, anche nell'ottica di conciliazione vita-lavoro, cfr. altresì CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in *RGL*, 2018, I, 473 ss. In una prospettiva più ampia cfr. CARUSO, DEL PUNTA, TREU *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"*, 20 maggio 2020, 76 ss.

che si ripercuote sull'organizzazione, nel pubblico saranno le finalità imposte dalla Costituzione e dalla legge - differenziate a seconda delle PA - che il soggetto datoriale deve perseguire attraverso la funzione organizzativa del contratto. Qui rileva un interesse pubblico, inteso non come interesse generale e finalistico, ma come interesse alla realizzazione delle specifiche azioni amministrative verso cui è orientata l'organizzazione in cui è inserita la prestazione di lavoro pubblico³⁶.

Il bilancio a oltre 10 anni dalla legge 190 e 30 anni dalla riforma del lavoro pubblico dimostrano che non ha dato buoni risultati né basarsi sulle virtù salvifiche del contratto collettivo e della mera esportazione delle norme privatistiche; ma neppure sulle virtù salvifiche della legge e sui puntuali adempimenti da questa prescritti. Occorre invece tornare a una logica di armonizzazione coerente per costruire un apparato normativo conforme a una visione dei criteri organizzativi e gestionali adeguata ai tempi - caratterizzati dai rilevanti cambiamenti indotti dalle radicali innovazioni tecnologiche e dalle nuove prospettazioni in ordine al tema della sostenibilità - e alle regole della buona amministrazione, per avere un lavoro pubblico che riconosca e valorizzi il merito al fine di garantire servizi pubblici efficienti rispondenti alle esigenze dei cittadini e dell'economia, contrastando nel contempo i comportamenti che favoriscono parzialità e corruzione.

³⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, 12 ss.

TRASPARENZA E PERFORMANCE DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE[°]

Riccardo Mussari

*Professore Ordinario di Economia delle aziende e
delle amministrazioni pubbliche
Università degli Studi di Siena*

Il contributo propone riflessioni critiche sulla relazione fra trasparenza e performance delle amministrazioni pubbliche. L'Autore inquadra teoricamente il rapporto tra trasparenza e performance nell'ambito della relazione sociale fra principale-agente evidenziando la necessità che la performance diventi l'oggetto di una relazione trasparente di accountability fra l'amministrazione pubblica e il cittadino, utente dei servizi pubblici. Individuato il framework teorico di riferimento, la trattazione si sofferma sulla performance, anzitutto allo scopo di puntualizzarne l'ampio e diversificato significato. Le misure di performance, lungi dall'essere oggettive e certe, sono, sovente, indeterminate onde la loro valutazione deve essere quanto più possibile scrupolosa e professionale. Di seguito, l'Autore individua la qualità del servizio come componente della performance che meglio si adatta a fungere da contenuto della relazione di accountability fra agente (pubblica amministrazione) e principale (cittadino-utente). La Carta dei servizi pubblici è indicata come istituto atto a rendere concreta l'ipotesi teorica definita. Il contributo si conclude con alcune indicazioni operative che evidenziano l'importanza del ruolo che l'Organismo Indipendente di Valutazione nel favorire la valutazione partecipativa e rendere pienamente attuato il principio di trasparenza.

The contribution proposes critical reflections on the relationship between transparency and performance of public administrations. The Author theoretically frames the relationship between transparency and performance in the context of the social relationship between principal-agent, highlighting the need for performance to become the object of a transparent accountability relationship between the public administration and the citizen, as user of public services. Once the theoretical framework has been identified, the discussion focuses on performance, first with the aim of clarifying its wide and diversified meaning. The proposed idea is that the performance measures, far from being objective and certain, are often indeterminate, so that their evaluation must be as scrupulous and professional as possible. Then, the Author identifies the quality of the service as a component of the performance that is best suited to serve as the content of the accountability relationship between the agent (public administration) and the principal (citizen/user). The citizen's charter (Carta dei servizi pubblici) is the instrument capable of making the theoretical hypothesis concrete. The contribution concludes with some operational suggestions that highlight the importance of the role that the Independent Performance Evaluation Body (Organismo Indipendente di Valutazione della Performance) plays in promoting participatory to make the principle of transparency fully implemented.

Sommario:

1. Trasparenza, performance e *accountability*
2. La performance e la sua misura
3. La qualità come dimensione di performance da privilegiare nella *affpr*
4. Considerazioni conclusive

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Trasparenza, performance e *accountability*

Come è stato ampiamente richiamato in letteratura, non sono certo recenti le prime riflessioni teoriche riguardo ai vantaggi che derivano dal rendere trasparenti, ovvero visibili e intelligibili dall'esterno dei loro confini organizzativi, i processi decisionali, l'agire e i risultati dell'operato delle amministrazioni pubbliche. Senza andare eccessivamente a ritroso nel tempo, pensatori come Rousseau, Kant, Spinoza Bentham, hanno proposto, nei secoli passati, interpretazioni del principio di trasparenza che andavano anche ben oltre i confini che oggi sono, unanimemente, ritenuti congrui. Infatti, la trasparenza non può mai essere totale¹. Basti osservare che i governi dei Paesi non distinti come prototipi di democrazia hanno deliberatamente travisato il principio della trasparenza fino a farne un espediente per garantirsi il controllo poliziesco sui comportamenti di ogni cittadino. Il significato di trasparenza - comunemente intesa come una virtù delle democrazie avanzate - è stato così dilatato da alcuni regimi da trasformarsi in uno strumento di terrore e repressione. Al riguardo, Hood, distinguendo fra trasparenza generale e trasparenza particolare, scrive: «*By general transparency I meant the sort of society in which no-one can be anonymous, privacy is impossible and everyone is subject to scrutiny from everyone else. Jean-Jacques Rousseau approximated to this version of transparency in his 1772 plans for the government of Poland. That plan required all public officeholders to operate 'in the eyes of the public' and even to wear a form of uniform so they could never be anonymous as they went about their day life... Indeed, the former German Democratic Republic has been claimed by some to have been a transparent society in this sense, given the extent to which citizens observed each other and reported their observations to the state authorities*»². Il tema della trasparenza è stato ampiamente dibattuto nel confronto teorico che, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, si è sviluppato fra i cultori delle molte discipline che hanno ad oggetto le amministrazioni pubbliche³. Tale dibattito va inquadrato nella più ampia, vasta e complessa discussione interdisciplinare che, in ambito nazionale e internazionale, ha accompagnato varie ondate di riforme con le quali si sono significativamente modificati non solo l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche, ma anche il rapporto e gli equilibri fra Stato, mercato e società. I cultori del management pubblico

¹ Sull'evoluzione del concetto si leggano: MEIJER, *Government transparency in historical perspective: From the ancient regime to open data in the Netherlands*, in *International Journal of Public Administration*, 2015, 189-199; MERLONI, PINI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, 2021, 165-173.

² HOOD, *What happens when transparency meets blame-avoidance?*, in *Public Management Review*, 2007, 194.

³ È certamente meritevole di menzione l'eccezione del caso svedese. Ci riferiamo al principio di pubblicità (*Offentlighetsprincipen*) secondo il quale ogni cittadino ha libero accesso ad ogni documento prodotto da una pubblica amministrazione. Tale principio, che in Italia ha cominciato ad affermarsi solo a partire dal 1990, almeno sul piano normativo, fu sancito in Svezia (che, al tempo includeva anche la Finlandia) sin dal 1766 con l'approvazione del TryckfrihetsfÖrordningen (*Freedom of the Press Act*). Cfr. VENDUNG, *Five observations on evaluation in Sweden*, in MAYNE, HUDSON, VIDEK, CONNER (editors), *Advancing public policy evaluation*, Amsterdam, 1992, 73 ss.

hanno tentato di ricondurre ad unità questi processi di riforma utilizzando espressioni sintetiche per indicare le due più recenti e temporalmente successive “epoche” di riforme: *New Public Management* (NPM) e, successivamente, *Public Governance* o *Post-New Public Management*⁴.

Per tal via, trasparenza è diventato un termine ubiquitario che, a volte, è stato frettolosamente proposto come soluzione di certa efficacia per sanare quelli che sono considerati tradizionalmente i “mali” più atavici delle amministrazioni pubbliche (corruzione, nepotismo, limitata partecipazione, cattiva gestione, burocrazia, scarsa performance, sfiducia, delegittimazione, etc.). Nonostante che gli studi fondati su evidenze empiriche abbiano messo in guardia contro l’illusione di un immediato e spontaneo manifestarsi di tutti i benefici attesi e che numerosi studiosi ne abbiano messo bene in evidenza anche “i limiti”⁵, «*transparency is a term that attained quasi-religious significance in debate over governance and institutional design*»⁶.

Studiosi di varie discipline, non solo giuristi, si sono esercitati nel definire il concetto di trasparenza⁷. Secondo le prospettive teorico-metodologiche impiegate, ogni definizione finisce, inesorabilmente, per enfatizzare alcuni aspetti fondamentali e trascurarne degli altri, non meno significativi.

Non rientra certamente fra gli obiettivi di questo contributo, sistematizzare né riassumere i contenuti dell’ampio dibattito sul concetto di trasparenza sviluppatosi fra i cultori delle discipline che studiano le amministrazioni pubbliche. Tantomeno è nostro interesse impegnarci in tentativi definitivi. In generale, siamo concordi nel ritenere che: «La trasparenza è un principio in sé, perché, attraverso il controllo

⁴ Cfr.: BARZELAY, *The New Public Management*, Berkley, 2001. HOOD, *The “new public management” in the 90s: variations on a theme*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995, 93-109. POLLITT, BOUCKAERT, *Public management reform. A comparative analysis*, Oxford, 2000. LAPSLEY, *New public management: The cruellest invention of the human spirit?*, in *Abacus*, 2009, 1-21. LYNN, *Public management: old and new*, New York, 2006; CHRISTENSEN, LÆGREID (editors), *Transcending New Public Management. The transformation of public sector reform.*, Aldershot, 2007; KLASSEN, CEPIKU, LAH (editors), *The Routledge handbook of global public policy and administration*, New York, 2017; SALAMON, *A guide to the new governance: the tools of government*, Oxford, 2002.

⁵ “*Empirical research that examines the success of transparency in achieving the different goals reveals a complex picture in that there appear to be few instances where existing research is unanimous*”. CUCCINIELLO, PORUMBESCU, & GRIMMELIKHUIJSEN, *25 years of transparency research: evidence and future directions*, in *Public Administration Review*, 2017, 40.

⁶ HOOD, *Transparency in historical perspective*, in HOOD & HEALD (editors), *Transparency the key to better governance?*, Oxford, 2006, 3. Non è mancato chi ha acutamente osservato che la trasparenza non può sostituirsi integralmente alla regolazione, come idealizzato da alcuni fautori delle interpretazioni più spinte del liberismo economico; al contrario: «*For information to be accurate and accessible the kind of regulation that proponents claim it is supposed to replace*» ETZIONI, *The limits of transparency*, in *Public Administration Review*, 2014, 687.

⁷ Tra i molti rinviamo a: CUCCINIELLO, PORUMBESCU, & GRIMMELIKHUIJSEN, *25 years of transparency research: evidence and future directions*, in *Public Administration Review*, 2017; MEIJER, *Understanding modern transparency*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2009, 255-269; PORUMBESCU, MEIJER, & GRIMMELIKHUIJSEN, *Government transparency: state of the art and new perspectives*, Utrecht, 2022.

diffuso dei cittadini, aumenta la democraticità delle istituzioni pubbliche»⁸.

D'altra parte, guardando alle disposizioni normative che regolano la materia nel nostro Paese, a noi pare che l'articolo 1 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 nei suoi tre commi contenga tutti gli elementi necessari per fungere da riferimento dal quale muovere per sviluppare le nostre considerazioni.

La trasparenza è definita dal legislatore come «*accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*»⁹. La trasparenza favorisce la partecipazione e tutela i diritti dei cittadini. La trasparenza incontra (in ogni ordinamento e non solo nel nostro) dei limiti nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali. La trasparenza è un supporto irrinunciabile per contrastare, prevenire e disincentivare la corruzione e la cattiva amministrazione. La trasparenza favorisce forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione.

Muovendo da una piattaforma definitoria sostanzialmente simile a quella richiamata, molti contributi al dibattito teorico manageriale sulla trasparenza si sono concentrati sul tentativo di mettere in relazione positiva la trasparenza e la fiducia nelle istituzioni pubbliche nonché la trasparenza e la legittimità delle amministrazioni pubbliche¹⁰. Per quanto si tratti di ricerche ad alto impatto, non faremo riferimento a tale letteratura in questo scritto.

Piuttosto, volendoci occupare di trasparenza e performance, preferiamo porci nell'ambito di un filone di ricerca consolidato al quale hanno contribuito anche gli economisti aziendali pubblici italiani, mettendo in relazione la trasparenza, la Teoria agenziale o Teoria principale-agente e la *accountability for performance*.

⁸ MERLONI, PINI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, cit.,177.

⁹ Già nel 2005, con sentenza n. 5 del 5 settembre 2005, il Consiglio di Stato aveva chiarito come: «Le regole dettate in tema di trasparenza della Pubblica Amministrazione e di diritto di accesso ai relativi atti si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico».

¹⁰ CUCCINIELLO & NASI, *Transparency for trust in government: How effective is formal transparency?*, in *International Journal of Public Administration*, 2014, 911-921. GRIMMELIKHUISEN, PORUMBESCU, HONG, & IM, *The effect of transparency on trust in government: A cross-national comparative experiment*, in *Public administration review*, 2013, 575-586. GRIMMELIKHUISEN, *Linking transparency, knowledge and citizen trust in government: an experiment*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2012, 50-73; SONG & LEE, *Citizens' use of social media in government, perceived transparency, and trust in government*, in *Public Performance & Management Review*, 2016, 430-453. COGLIANESE, *The transparency president? The Obama administration and open government*, in *Governance*, 2009, 529-544; CURTIN, MEIJER, *Does transparency strengthen legitimacy?*, in *Information polity*, 2006, 109-122; DE FINE, NAURIN,, ESAIASSON, GILLJAM, *When does transparency generate legitimacy? Experimenting on a context-bound relationship*, in *Governance*, 2014, 111-134; Lodge, *Transparency and democratic legitimacy*, in *J. Common Mkt. Stud.*, 1994, 343.

La teoria agenziale è basata sull'incentivazione economica¹¹. Essa analizza le modalità con le quali il principale (colui che conferisce l'incarico oggetto di un contratto, nel nostro caso il cittadino-utente) può definire "un contratto" in modo tale da motivare l'agente (colui che riceve l'incarico, nel nostro caso la singola amministrazione pubblica) ad assumere comportamenti coerenti e armonici con i suoi (del principale) interessi (per quanto qui rileva si tratta dell'utilizzo delle risorse pubbliche nel rispetto dei principi dell'economicità nell'acquisto dei fattori produttivi, dell'efficienza nell'uso di quei fattori, dell'efficacia nel conseguire gli obiettivi di valore pubblico).

Quando si vogliono interpretare le relazioni fra "soggetti" alla luce di questa teoria, i due fondamentali problemi da affrontare sono: la selezione avversa (il principale non può agevolmente accertarsi se l'agente fornisce di sé una rappresentazione completa e accurata con riferimento alle sue capacità di portare a termine l'incarico da assegnare tramite contratto) e l'azzardo morale (il principale non può essere certo che l'agente abbia profuso il massimo impegno nello svolgimento dell'incarico). Poiché è inevitabile che gli interessi del principale e dell'agente tendano a divergere, una buona parte degli sforzi teorici si concentrano sui modelli di incentivazione più efficaci ovvero quelli più adatti a contenere nella maggiore misura possibile i costi correlati ai rapporti di agenzia. Essendo solitamente l'agente uno specialista nello svolgimento dei compiti che il principale intende assegnare per contratto si registra normalmente un'asimmetria informativa fra agente e principale, a favore del primo, che induce l'agente ad assumere un comportamento opportunistico orientato a massimizzare il proprio beneficio a scapito di quello del principale. Tanto più ampia è tale divergenza tanto maggiori saranno i costi di agenzia connessi alla riduzione di questo divario.

Se si sceglie questa prospettiva interpretativa e se quindi si accetta che ciascuna delle parti sia spontaneamente orientata a massimizzare il proprio beneficio individuale anche a scapito del beneficio altrui, la trasparenza, intesa nel suo significato letterale minimo di piena accessibilità ai documenti e ai dati, potrebbe ridurre i costi di agenzia, ovvero contribuire a disincentivare comportamenti opportunistici da parte dell'agente (specie con riferimento all'azzardo morale) in quanto l'agente diventa consapevole del fatto che le sue decisioni, il proprio operato e gli effetti che da questi discendono sono chiaramente visibili, ovvero potenzialmente osservabili, da parte del principale.

A nessuno sfugge che quanto sopra descritto ipotizza il manifestarsi di un nesso causale del tutto generale ad effetto esclusivamente positivo (più trasparenza determina meno costi di agenzia) la cui robustezza non può mai darsi per definita in

¹¹ Cfr. EISENHARDT, *Agency theory: an assessment and review*, in *Academy of management review*, 1989, 57-74. KISER, *Comparing varieties of agency theory in economics, political science, and sociology: an illustration from state policy implementation*, in *Sociological Theory*, 1999, 146-170; HILL & JONES, *Stakeholder-agency theory*, in *Journal of management studies*, 1992, 131-154. ROSE-ACKERMAN & PALIFKA, *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge, 2016.

modo automatico e definitivo *ex ante*, ma che deve essere sempre verificata e testata con riferimento a specifiche situazioni concrete opportunamente contestualizzate con riferimento a variabili significative che potrebbero influenzare in modo determinante il nesso causale da sottoporre a verifica. È del tutto evidente, infatti, che le peculiarità sociali, economiche, culturali e tecnologiche di ogni territorio nel quale si instaurano relazioni di agenzia fra cittadini e una specifica amministrazione pubblica (condizioni esterne all'amministrazione) e capacità amministrativa, cultura organizzativa, disponibilità di adeguate tecnologie (condizioni interne all'amministrazione) possono essere anche molto diversificate da caso a caso. Né, d'altra parte, in sede di riscontro dell'effettivo manifestarsi del nesso causale ipotizzato si dovrebbe trascurare di verificare l'eventuale insorgere di effetti non previsti, desiderabili o non desiderabili che siano.

Poiché ci stiamo interessando al collegamento fra trasparenza e performance nell'ambito di una relazione del tipo principale-agente, è evidente che la conseguenza ultima attesa a seguito della piena affermazione del principio della trasparenza non può consistere soltanto nel rendere pienamente disponibili e fruibili dati e documenti sulla performance: il vero vantaggio per il principale (il cittadino-utente) deve consistere in un (eventuale) miglioramento della performance dell'amministrazione pubblica¹².

In altre parole, mettere in condizione il principale di conoscere in modo trasparente la performance dell'agente è per lui vantaggioso soprattutto se ciò è un incentivo sufficientemente "robusto" a indurre l'agente a migliorare la sua performance, ovvero a erogare servizi migliori (più efficienti, più efficaci, meno costosi, di migliore qualità). D'altro canto, il principale che qui inquadrriamo come cittadino-utente è, sovente, anche un contribuente che finanzia l'agente attraverso il prelievo fiscale. A tal riguardo, non può trascurarsi che, *ceteris paribus*, se il miglioramento della performance consiste in un incremento di efficienza, ciò può essere il presupposto sia per accrescere qualitativamente il volume della produzione e, quindi, soddisfare meglio la domanda, sia per consentire una riduzione della pressione fiscale che, a sua volta, lascia maggiore "possibilità di scelta" al principale (in quanto contribuente) riguardo a come destinare parte della propria "ricchezza".

Il beneficio che cerca il principale è, quindi, una migliore performance dell'agente.

Ciò chiarito, occorre chiedersi se regolare opportunamente l'obbligo per una specifica amministrazione pubblica a rendere pienamente accessibili dati e documenti sulla sua performance è, di per sé, un incentivo sufficiente a spingere quell'amministrazione a migliorare la propria performance.

¹² Scriviamo "eventuale" perché, in linea teorica, non può escludersi che i livelli di performance conseguiti da una pubblica amministrazione siano sempre considerati pienamente soddisfacenti da ogni cittadino che si vale dei servizi che quell'amministrazione fornisce. Nella prospettiva economico-aziendale, vale il principio del miglioramento progressivo e continuo dei risultati, la realtà operativa evidenzia ampi margini di miglioramento della performance delle nostre amministrazioni pubbliche e, tuttavia, sul piano meramente teorico, l'ipotesi ricordata non può escludersi a priori.

Utilizzando la Teoria agenziale è agevole convenire sul fatto che la trasparenza è una condizione necessaria affinché quanto ipotizzato possa accadere, ma è altrettanto semplice concludere che tale condizione (la trasparenza) non può assumersi automaticamente come sufficiente a generare l'effetto di un miglioramento della performance dell'agente, dato l'evidente vantaggio che, in partenza e in termini di poteri, l'agente ha rispetto al principale e considerati i costi (anche organizzativi) che l'agente deve sopportare per migliorare la propria performance.

In sostanza, la trasparenza è condizione necessaria, ma non sufficiente a incentivare l'agente a migliorare la propria performance.

Per le ragioni addotte, almeno sul piano teorico, la dottrina manageriale pubblica suggerisce di combinare il principio della trasparenza con quello della *accountability*¹³. Ciò per due ragioni fondamentali:

1. *«You can't have accountability without expectations. If you want to hold people accountable, you have to be able to specify what you expect them to do and not do»*¹⁴;
2. *«Those whom we want to hold accountable have a clear understanding of what accountability means: Accountability means punishment»*¹⁵.

In sostanza, l'instaurarsi di una "*accountability relationship*" richiede che un soggetto cosiddetto "*accountor*" (nel nostro caso, un'amministrazione pubblica) avverta l'obbligo morale o sia formalmente obbligato a rendere conto della sua condotta ovvero a spiegarla o giustificarla a un altro soggetto il cosiddetto *accountee* (nel nostro caso, il cittadino-utente), al quale deve essere riconosciuto il potere o la possibilità di valutare, sulla base di aspettative definite e specificate *ex ante* (auspicabilmente, tradotte in forma di standard), la condotta dell'*accountor* e, in caso di giudizio negativo, di sanzionarlo.

*«These sanctions can be highly formalized, such as fines, disciplinary measures or even penal sanctions, but often the punishment will only be implicit or informal, such as the very fact of having to give an account in front of television cameras, or of having your public image or career severely damaged by the negative publicity that results from the process»*¹⁶.

Ciò che rileva specificatamente è che una *accountability relationship* è una relazione sociale, interpretabile alla luce della Teoria principale-agente, onde è escluso che possa consistere in un monologo (specialmente da parte

¹³ *«Transparency, which is often used as a synonym for accountability, is not enough to constitute accountability as defined here. Open government and freedom of information are very important prerequisites for accountability in the context of European governance, because they may provide accountability forums with the necessary information. However, transparency as such is not enough to qualify as a genuine form of accountability, because transparency does not necessarily involve scrutiny by a specific forum»*. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, in *European Law Journal*, 2007, 453.

¹⁴ BEHN, *Rethinking democratic accountability*, Washington D. C., 2001, 7.

¹⁵ BEHN, *Rethinking democratic accountability*, cit., 3.

¹⁶ BOVENS, *Public accountability*, in FERLIE, LYNN JR., POLLITT (editors), *The Oxford handbook of public management*, Oxford, 2007, 185.

dell'amministrazione pubblica) senza contraddittorio¹⁷.

Nel caso specifico che vogliamo prendere in considerazione, l'oggetto della *accountability relationship* fra principale (una pubblica amministrazione) e agente (un cittadino-utente) è la performance. Conseguentemente, dobbiamo riferirci alla cosiddetta *accountability for performance relationship (afpr)*¹⁸.

Pertanto, utilizzando la Teoria principale-agente, per potere testare in senso operativo se e in quale misura il principio della trasparenza combinato a quello della *afpr* genera gli effetti positivi attesi (miglioramento della performance dell'agente), serve considerare l'armonico combinarsi di cinque componenti: l'osservatore, l'osservato, il contenuto specifico dell'oggetto dell'osservazione, le caratteristiche del mezzo attraverso il quale è possibile osservare, le conseguenze che derivano da una valutazione non positiva dell'osservato da parte dell'osservatore con riferimento al contenuto specifico dell'oggetto dell'osservazione.

Ai fini dello sviluppo delle considerazioni che intendiamo proporre per conseguire i limitati scopi che ci siamo assegnati, dato lo spazio entro il quale deve essere contenuto un singolo contributo, non tratteremo l'insieme combinato delle componenti sopra richiamate.

Concentreremo quindi le nostre considerazioni sull'oggetto specifico dell'osservazione, ovvero la performance. In particolare, ci occuperemo del concetto di performance e della sua misura per poi enucleare la dimensione di performance che, a nostro parere, meglio si adatta a rendere effettiva la *afpr* e, quindi, a rafforzare il legame fra trasparenza e performance.

2. La performance e la sua misura

Performance è un termine inglese, generico, oramai facente parte dei dizionari della nostra lingua. In luogo di performance si potrebbe usare la parola risultato ma, la sostituzione non comporterebbe vantaggi particolari in termini di accuratezza e precisione¹⁹. Performance vanta, insieme ad altri termini aziendali - management e

¹⁷ Naturalmente non si tratta in alcun modo di suggerire indicazioni prodromiche all'incremento del contenzioso tra cittadini ed amministrazione, ma di trovare soluzioni operative per dare concreta attuazione al principio della trasparenza, favorendo il miglioramento della performance. Cfr. F. CAVAZZUTI, *La regola e l'arbitrio*, Bologna, 1988, 31.

¹⁸ Seconda dell'oggetto, in dottrina, si sono proposte diverse classificazioni delle possibili public *accountability relationship*. BEHN distingue tra: *accountability for finances*, *accountability for fairness*, *accountability for the use (or abuse) of power*, *accountability for performance*. Cfr. BEHN, *Rethinking democratic accountability*, cit., 6-10. Si leggano anche: BOVENS, *Public accountability*, in FERLIE, LYNN JR., POLLITT, *The Oxford handbook of public management*, Oxford, 2007; RANSON and STEWART, *Management for the public domain*, London, 1994, 221-241; ROMZEK, *Enhancing accountability*, in PERRY (editor), *Handbook of Public Administration*, San Francisco, 1996, 97-114.

¹⁹ In verità, la richiamata genericità del termine non è comune in tutti i campi di ricerca. In contesti scientifici diversi da quello aziendale la parola performance ha un significato più puntuale. Molto nota se pur non universalmente accolta nozione di performance linguistica di Chomsky, studioso che, come ben noto, popone la distinzione tra competenza (*competence*) e performance linguistica. Cfr. ANDOR, *The*

marketing sono fra questi sicuramente i più noti - il primato di essere una parola rintracciabile nei dizionari di molte lingue diverse dall'inglese e dall'americano; non sorprende, quindi che performance sia entrata nei nostri testi legislativi e, quindi, faccia ormai parte anche del linguaggio quotidiano di dipendenti e amministratori pubblici. Il successo e vorremmo dire il fascino del termine performance discendono in larga misura dal fatto che è così generico ed elastico da risultare malleabile nell'uso e particolarmente fruibile anche da non esperti. Peraltro, nel parlare e nello scrivere corrente, performance (come già visto per trasparenza e, potremmo aggiungere, come per *accountability*) acquista, molto spesso, un'accezione soltanto positiva; ovvero, nell'uso comune di questa parola è spesso già insita una valutazione positiva del risultato per quanto ovvio sia che una data performance possa essere valutata in modo differente (ottima, buona, discreta, sufficiente, insufficiente, negativa) da persone diverse. Nel vocabolario economico-aziendale performance è un tipico *umbrella-term* cioè un termine polisemico con il quale si indicano concetti di risultato fra loro diversi (efficienza, efficacia, economicità, qualità, competenze professionali, sostenibilità, equilibrio economico e finanziario, trasparenza, pari opportunità, etc.) anche se a volte fra loro non indipendenti. Le definizioni di performance che la dottrina ha proposto nel tempo - e teniamo qui a mente i soli studi sulla performance riferiti alle amministrazioni pubbliche - sono numerosissime. Nonostante sia possibile rintracciare in molte di quelle definizioni delle regolarità utili a circoscriverne il senso, tale sforzo non ridurrebbe il rischio di utilizzare parole identiche con significati non esattamente coincidenti. Infatti, anche quando c'è concordanza fra gli interpreti nel ricondurre al concetto di performance un tipo di risultato, poi si scopre che il consenso è, sovente, solo nominalistico. Per fermarci ad un esempio macroscopico, c'è una totale convergenza di opinioni nel ritenere che nel concetto di performance rientri l'efficienza. Tuttavia, secondo la formazione disciplinare di chi ne fa uso, il termine efficienza acquista significati diversi, si traduce in misure quantitative e monetarie differenti dalle quali, evidentemente, possono scaturire valutazioni discordanti e potenziali effetti non omogenei sui processi decisionali e di controllo che con quelle informazioni si dovrebbero alimentare²⁰. Di conseguenza, studiosi, *practitioner*, commentatori e anche il legislatore finiscono per attribuire alla parola performance numerosi significati secondo i propri riferimenti teorici, i convincimenti personali e l'esperienza operativa maturata quando non in ossequio alla propria convenienza o capacità di determinazione quantitativa e/o valutativa (è performance solo ciò che mi interessa/mi fa comodo o sono in grado di misurare e valutare)²¹. Una condizione simile comporta come conseguenza che ciascuno può legittimamente attribuire al termine significati vari e non coincidenti la qual cosa, paradossalmente, può

master and his performance: An interview with Noam Chomsky. 2004.

²⁰ Più ampiamente sul tema, si rinvia a FARMER, *Social construction of concepts: the case of efficiency*, in *Administrative Theory & Praxis*, 1994, 254-262.

²¹ Cfr. CARTER, *Performance indicators: 'Backseat driving' or 'hands off' control?*, in *Policy & Politics*, 1989, 131-138.

generare potenziali contraddizioni fra diverse interpretazioni di performance con conseguenze perniciose facilmente intuibili. D'altro canto, ferma restando l'utilità ai fini scientifici del dibattito sui temi della misurazione e valutazione della performance, non pare dubbio che un'eccessiva volatilità del significato attribuibile al termine può anche determinare, sul piano eminentemente pratico, la condizione estrema per cui se tutto è performance, allora nulla è performance. Date le considerazioni proposte in precedenza, per dare effettività al principio di trasparenza e rendere concreta la *afpr*, serve produrre uno sforzo per tracciare il perimetro entro il quale individuare i significati concreti da attribuire al termine performance. Tutto ciò è funzionale anche a specificare le relazioni logiche e computistiche che eventualmente collegano fra loro i significati individuati. Siamo quindi consapevoli che, per concretamente giungere a misurare e valutare la performance in una prospettiva economico-aziendale, dobbiamo definire - il che significa volontariamente, e anche arbitrariamente, delimitare - il nostro campo di osservazione²². Stante il richiamato carattere di indeterminazione lessicale, occorre, *in primis et ante omnia*, fare uno sforzo per tentare di circoscrivere il significato da attribuire a questa parola. Trattandosi di un termine straniero, conviene ai fini della nostra analisi, muovere da una definizione letterale. Pertanto, l'opzione più semplice - certamente non originale - che abbiamo a disposizione è prendere brevemente in esame le definizioni di performance che ci offre uno dei più noti dizionari inglesi, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*²³. Derivato dal verbo *to perform* (compiere) nonché dal tardo latino *performare*, il nome comune performance ha i due seguenti principali significati:

1. l'esecuzione di un gioco, concerto o altra forma di intrattenimento (*the act of performing a play, concert or some other form of entertainment*);
2. il modo - buono o cattivo - in cui si fa qualcosa; come una persona esegue un gioco, uno spettacolo musicale; in che modo una cosa funziona (*how well or badly you do something; how well or badly something works; the way a person performs in a play, concert, etc.*).

Ai nostri fini, possiamo, in primo luogo, osservare che la performance è legata all'agire, al quanto si è fatto. Senza l'agire di un'amministrazione pubblica non c'è performance o, se c'è, non è scaturita dall'agire di quell'amministrazione, ma di altri "attori"²⁴. Ciò consente una prima forma di misura e valutazione di performance o in

²² Come puntualmente rilevato da LEBAS: «*Performance per se may not be definable in the absolute. It is, as we said above, contextual both in terms of users and in terms of purpose*». LEBAS, *Performance measurement and performance management*, in *International journal of production economics*, 1995, 24.

²³ Sul tema si leggano specificatamente: BAUMAN, *Commentary: Foundations in performance*, in *Journal of Sociolinguistics*, 2011, 707-720; BESSIRE, *Définir la performance*, in *Comptabilité Contrôle Audit*, 1999, 127-150; FOLAN, BROWNE, JAGDEV, *Performance: its meaning and content for today's business research*, in *Computers in industry*, 2015, 605-620; LEBAS, *Performance measurement and performance management*, cit., 23-35.

²⁴ Non si approfondisce qui l'ipotesi, certamente affascinante, che il decidere di non agire o il non decidere per non agire possa essere anche una scelta deliberata auspicando che la performance si produca per effetto dell'agire altrui.

senso binario (sì/no ovvero fatto/non fatto) o in modo graduato utilizzando un'apposita scala di misurazione (quanto si è fatto). In questo senso l'agire si interpreta non in senso dinamico, ma nel suo esito quantitativo. Agire o fare, in campo aziendale significano, sostanzialmente, produrre, ovvero trasformare valore. Pertanto, se vogliamo riferirci al primo dei significati sopra richiamati, la performance può individuarsi nell'esito quantitativo del processo di produzione, nel cosa/quanto un'amministrazione pubblica ha prodotto, ovvero il volume della sua produzione. A tal fine si fa ricorso ad apposite unità di misura secondo il tipo (bene/servizio) di output prodotto. In una seconda accezione, il risultato attiene al come una pubblica amministrazione ha agito, ovvero come si è prodotto. In questo caso, servono criteri quantitativi e qualitativi (efficienza, qualità, professionalità, correttezza formale, capacità organizzativa, *leadership*, etc.) che, associati ad apposite scale di misurazione²⁵, consentano di graduare quanto bene si è prodotto quanto si è prodotto²⁶. A prescindere, per semplicità di trattazione, dalle relazioni fra quanto e come si è prodotto, osserviamo che la combinazione di quanto e come si è prodotto determina un effetto, il quale costituisce una componente ulteriore di performance da misurare e valutare. In buona sostanza, l'azione (la produzione) non può - nel nostro ragionare - essere concepita come fine a sé stessa, ma intenzionalmente finalizzata al raggiungimento di uno scopo (efficacia) che, nella prospettiva economico-aziendale, deve essere comunque ricondotto alla soddisfazione dei bisogni umani²⁷. In breve, se consideriamo i servizi come output del processo produttivo di una pubblica amministrazione, possiamo riferirci alla soddisfazione di bisogni individuali; diversamente, l'output politiche o programmi pubblici serve a dare risposta ai bisogni comunitari. In questa seconda e ben più complessa ipotesi, occorre muovere l'indagine dagli obiettivi strategici dell'amministrazione (efficacia sociale). Fare sempre riferimento alla soddisfazione dei bisogni è imprescindibile perché è condizione essenziale per "proiettare all'esterno" la misura e la valutazione della performance. Si badi bene che la realizzazione di un'attività produttiva e il modo in cui è svolta possono essere misurate e valutate in funzione di obiettivi associati a indicatori, scale di misurazione e relativi *target*, anche senza stabilire alcuna relazione causale con l'effettiva capacità di soddisfare bisogni individuali o comunitari. La pratica insegna, purtroppo, che l'intero processo di misurazione e valutazione della performance di alcune amministrazioni pubbliche è ampiamente autoreferenziale, finalizzato a giustificare il proprio esistere e perpetuarsi oltre che, naturalmente, a distribuire a dirigenti e altri dipendenti la parte variabile della remunerazione legata al conseguimento dei risultati. Già da queste prime e sommarie riflessioni possiamo

²⁵ Sul tema delle scale di misurazione si rinvia a MUSSARI, *Performance e valore pubblico*, Milano, 2022, 80 ss.

²⁶ Ogni combinazione fra quanto e come si è prodotto è, in teoria, possibile. Accade che per mantenere elevata la qualità del prodotto si scelga di contenere i volumi della produzione.

²⁷ È ampiamente prevalente l'orientamento teorico della dottrina italiana di Economia aziendale secondo la quale ogni azienda, a prescindere da qualsivoglia classificazione della stessa, è istituita e retta al fine di soddisfare i bisogni umani.

trarre una considerazione importante: la performance è un concetto multidimensionale che non è possibile concentrare in un'unica componente, ovvero in un'unica misura da valutare. Nella prospettiva da noi privilegiata che sappiamo bene essere vincolata dalla prospettiva teorica assunta, la performance è connessa alla misura e alla valutazione:

1. della produzione e di quanto si è prodotto,
2. del come si è prodotto,
3. degli effetti che sono derivati dal quanto si è prodotto come si è prodotto.

In quanto conseguenza di un'azione compiuta, la performance riguarda il passato, ma è utile per guidare i comportamenti futuri. Inoltre, la performance esiste a prescindere dalla nostra volontà/capacità di rilevarla cioè di fornirne una rappresentazione qualitativa e/o quantitativa attendibile e, eventualmente, giudicarla. È proprio il legame fra produzione e performance che, ferme le considerazioni sull'opportunità di verifica dei nessi causali ipotizzati, determina i presupposti organizzativi e gestionali per l'attribuzione della responsabilità per i risultati alle persone che operano nell'amministrazione pubblica per assegnare loro i riconoscimenti - monetari e non - conseguenti a una performance soddisfacente e per irrogare loro le sanzioni (interne) a fronte di eventuale performance negativa. Inoltre, il legame fra produzione e performance ci ha consentito subito di avviare una riflessione sulla circostanza che la performance osservata può non essere sempre automaticamente e per intero una diretta ed esclusiva conseguenza di quanto e come si è agito. Ciò implica che non sempre tutta la performance osservata può essere esclusivamente ricondotta alla responsabilità di chi ha agito. Quanto appena accennato è sempre possibile, ma è particolarmente evidente quando si concentra l'attenzione sulla performance nel senso dell'efficacia sociale, di norma misurata e valutata tramite l'*outcome*. Soprattutto in tali circostanze, la performance osservata può essere generata da azioni realizzate anche da agenti diversi da un'amministrazione pubblica, ovvero dall'interazione di più soggetti. Va da sé che in questi casi la performance osservata può risultare migliore o peggiore rispetto a quella che sarebbe correttamente da attribuire all'esclusiva azione di un'amministrazione pubblica. Qui in via del tutto semplificata, osserviamo che se intervengono agenti molteplici, inclusa un'amministrazione pubblica, l'*outcome* osservato e rilevato non può essere interamente riconducibile all'azione di uno solo degli agenti intervenuti, in quanto conseguente alla loro interazione²⁸. Ad ulteriormente complicare il quadro, c'è poi da considerare che non è affatto scontato che gli effetti generati dall'agire dei diversi agenti siano dello stesso "segno" di quelli che un'amministrazione pubblica ha prodotto. Non per caso, in dottrina e nella migliore pratica, si distingue fra il cosiddetto effetto lordo e l'*outcome*. È *outcome* solo l'effetto netto rilevabile sui beneficiari ultimi. Non può quindi escludersi, in via di principio, che un effetto apparentemente modesto sui beneficiari appaia adeguato se non soddisfacente se

²⁸ Per semplicità di trattazione per ora omettiamo di considerare che l'autonoma dinamica del fenomeno sul quale interviene l'azione dei soggetti ha certamente un'influenza sul determinarsi della performance.

agenti diversi da un'amministrazione pubblica hanno prodotto effetti negativi dai quali il calcolo della performance deve essere depurato²⁹. Va da sé che può ben accadere il contrario: un impatto soddisfacente o molto buono può rivelarsi modesto o contenuto quando si escludono dal calcolo gli effetti positivi conseguenti all'azione di agenti diversi dall'amministrazione pubblica considerata³⁰. Per ultimo, come già accennato, serve ricordare che si possono produrre effetti ulteriori rispetto a quelli desiderati e programmati, i cosiddetti effetti imprevisti. Questi, a loro volta, possono essere positivi o, più frequentemente, negativi. Per fare un semplice esempio molto citato in letteratura e per rimarcare i "rischi" della trasparenza, aumentare massicciamente il numero di poliziotti e/o di telecamere di sorveglianza in un dato quartiere per scoraggiare un già reale incremento degli scippi può anche indurre le persone a non frequentare il quartiere sol perché sentono minacciata la loro *privacy*. Quanta parte di un'eventuale e successiva riduzione misurata degli scippi sarebbe da considerare diretta e unica conseguenza dei costi sostenuti per aumentare la presenza di forze dell'ordine, l'installazione e la manutenzione di nuove telecamere di sorveglianza, etc. e quanta, invece, all'effetto indesiderato di questi investimenti, ovvero alla circolazione nelle strade del quartiere di un minor numero di potenziali vittime degli scippi?³¹.

La performance si misura e si valuta³². Come anticipato, ci concentriamo solo sulla misura fermo restando che, in base alle disposizioni normative nazionali, ogni amministrazione pubblica è obbligata a fornire in modo trasparente ai cittadini dati e documenti tanto su misure di performance che su valutazioni di performance.

Misurare le performance serve, dentro e fuori all'amministrazione, per assumere decisioni razionali, economicamente consapevoli e socialmente responsabili. Ciò premesso, resta fermo che:

- 1) quando per decidere si utilizza una misura di performance se ne è già fatta,

²⁹ Effetti negativi nel senso di effetti di segno opposto a quelli determinati dall'intervento pubblico.

³⁰ Effetti positivi nel senso di effetti di segno uguale a quelli determinati dall'intervento pubblico.

³¹ Per ragioni di semplicità, omettiamo di richiamare l'ipotesi, reale e certamente affascinante, degli effetti che derivano dalla scelta di non agire! Decidere di non scegliere è comunque una scelta che comporta conseguenze.

³² Tuttavia, ciò che si misura dipende spesso da come si valuta e come si valuta discende, significativamente, da chi valuta e da chi sceglie chi valuta. Quindi, se è accettabile l'affermazione che spesso si valutano le misure, è anche vero che la loro selezione dipende da opzioni valutative. Quanto appena osservato vale se c'è coincidenza fra chi valuta e chi misura. Tuttavia, può ben accadere che una valutazione, soprattutto formale, sia basata su misure che il valutatore non determina direttamente ma può solo, eventualmente, selezionare fra quelle disponibili all'interno dell'amministrazione valutata e/o al suo esterno. Inoltre, si pensi, ad esempio, alla valutazione dei comportamenti organizzativi e competenze professionali, accade anche che la valutazione della performance anteceda temporalmente la sua misura che - in tale caso - si sostanzia, di fatto e ai soli fini pratici, in una diversa modalità espressiva di un risultato già accertato e, spesso, misurato con scale ordinali. Un'ulteriore ipotesi, non infrequente nella pratica, riguarda le valutazioni basate su misure prodotte da soggetti diversi dall'amministrazione valutata, ad esempio le serie temporali per formulare una valutazione sull'impatto di una politica pubblica o di un programma. Va da sé che se il valutatore non misura la performance deve comunque assicurarsi che i dati sui quali si esprime siano attendibili e acquisiti in modo rigoroso e trasparente. Sul tema si rinvia a MUSSARI, *Performance e valore pubblico*, cit., 61-116.

esplicitamente o implicitamente, una valutazione;

- 2) poiché, per definizione, il futuro è incerto, le scelte si assumono al fine di contribuire, in qualche maniera, a influenzarne il divenire.

Pertanto, misurazione e valutazione della performance non sono solo di ausilio a spiegare e giudicare quanto è accaduto, ma aiutano a decidere ovvero a scegliere fra corsi di azione alternativi, poi da implementare. Il collegamento logico fra performance e decisione, quindi, fra performance e agire/produrre/trasformare valore è valido sia se ci riferiamo a una performance attesa, ovvero se si tratta di un risultato programmato e che ci si impegna a raggiungere, sia se la performance è passata, ovvero se si tratta di un risultato già conseguito nel corso della gestione o al termine di un periodo (normalmente l'anno) posto come riferimento temporale ai fini del calcolo, della valutazione e della rendicontazione esterna. La combinazione logica di quanto sopra esposto ci porta immediatamente a respingere la suggestione che il decidere si possa esclusivamente far dipendere dal misurare esattamente. Se così fosse il progressivo affinarsi della potenza e della qualità del calcolo renderebbe, via via, scelte e produzioni pubbliche consequenziali e inevitabili. Di là dell'inimmaginabile situazione in cui, data una base informativa, tutti sceglierebbero nello stesso modo annullando ogni specificità personale e organizzativa di tipo valutativo, valoriale e quindi politico, qui preme mettere in risalto un altro aspetto che è centrale nella *afpr*: la responsabilità per il risultato che, insieme all'esplicitazione delle aspettative, è condizione essenziale da verificare prima dell'applicazione di ogni eventuale "sanzione". Se decidere fosse ridotto solo all'automatica conseguenza della capacità di calcolare misure quanto più possibile precise, la responsabilità per i risultati conseguenti alle scelte passerebbe dal decisore/attuatore (organo di vertice politico-amministrativo/dirigenza) al calcolatore (magari elettronico)! Un'interpretazione così fuorviante delle funzioni della misurazione della performance darebbe luogo a un *revival* della cultura burocratica in maschera tecnologica. Dare peso alla misurazione della performance non deve mai farci cadere nella trappola del determinismo né portarci a ipotizzare che i processi di controllo e decisionali, all'interno e all'esterno di un'amministrazione pubblica³³, possano svolgersi in modo meccanico e predefinito. L'*afpr* è una relazione sociale nella quale le attitudini, la cultura, le capacità e, quindi, i comportamenti di principale e agente giocano un ruolo

³³ Misurazione e valutazione della performance possono essere eseguite per soddisfare le esigenze conoscitive di molti *stakeholder*. In linea generale, è possibile distinguere fra *stakeholder* interni ed esterni. I primi, sono i dirigenti e l'altro personale responsabili della realizzazione processi produttivi e dell'erogazione delle prestazioni e l'organo di vertice politico-amministrativo cui spetta, in esclusiva, l'esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo; i secondi si identificano in una vasta serie di soggetti, singoli o collettivi, quali: cittadini, elettori, utenti, contribuenti, finanziatori, associazioni di consumatori, sindacati, forze politiche, organi di informazione e altri ancora. Data la natura pubblica delle attività intraprese e delle risorse finanziarie impiegate, chiunque a livello singolo o associato può essere interessato e avere diritto ad essere informato sull'uso delle risorse impiegate nelle amministrazioni pubbliche. D'altro canto, è evidente che un medesimo soggetto può trovarsi, contemporaneamente, a rivestire ruoli diversi ed essere, ad esempio, cittadino, utente, cliente, contribuente, finanziatore, fornitore, dipendente, elettore.

fondamentale che esclude ogni meccanica ed automatica riproducibilità e prevedibilità. Di là del principio secondo il quale gli accadimenti di azienda sono troppo vari e soggetti a mutamento nel tempo «perché possa presumersi di comporli in immote sintesi formali»³⁴, le caratteristiche personali (intuito, fantasia, *leadership*, esperienza, professionalità, etc.) che identificano e qualificano le capacità di qualsivoglia decisore (agente o principale) non potranno mai essere sostituite da uno strumento di misura o condensarsi in una misura. Non vi è dubbio però che per governare, gestire e controllare in modo consapevole e responsabile ovvero non improvvisato e meramente istintivo, è indispensabile avere a disposizione una rappresentazione attendibile, sia dei risultati scaturiti dalle decisioni già prese e dalle conseguenti azioni realizzate, sia dei risultati attesi come conseguenza di scelte da assumere in futuro. D'altra parte, la misurazione consente una descrizione dei fatti e quindi aiuta a stabilire relazioni fra i fenomeni misurati e a comprendere, tramite le lente dell'interpretazione e della valutazione, in che modo quelle relazioni possono funzionare o, più precisamente, a quali condizioni hanno funzionato e/o potranno o potrebbero funzionare. La misura, quindi, è fonte di conoscenza in quanto contribuisce a spiegare il funzionamento dei fenomeni sui quali si è chiamati a decidere e intervenire. Quanto succintamente descritto va sempre interpretato in senso relativo e probabilistico poiché le relazioni causali assunte per spiegare i fenomeni osservati non hanno la valenza delle cosiddette "leggi scientifiche"³⁵. Le relazioni di causa ad effetto eventualmente dimostrate non devono mai portare ad ipotizzarne la ripetizione in modo automatico a prescindere dalle circostanze organizzative, di tempo, di luogo e di spazio in cui sono state verificate. È ben noto che: «Il principio di causazione necessaria non esiste nelle scienze sociali come criterio di spiegazione sufficiente a farci comprendere la dinamica degli andamenti nelle aziende ed ancor meno dei comportamenti umani ... Ciò porterebbe in economia aziendale meccanismi di chiarificazione di stampo deterministico che nei nostri studi rappresentano, per nostra fortuna, solo un lontano ricordo del passato»³⁶. Pertanto, le relazioni causali ipotizzate sono da proporre in termini di probabilità in fase antecedente e sono sempre da sottoporre a verifica, in fase concomitante e susseguente. È solo in questo senso che le misure, tramite il filtro della loro valutazione e interpretazione, si qualificano come supporto utile per prendere decisioni. Ci si attende, dunque, che un decisore razionale e responsabile motivi le proprie scelte sulla base dell'interpretazione valutativa di misure (spesso sono stime) delle potenziali conseguenze di corsi di azioni alternativi.

Con specifico riferimento ai temi oggetto di questo contributo serve ribadire che

³⁴ ZAPPA, *Tendenze nuove negli studi di Ragioneria*, Milano, 1927, p. 21.

³⁵ Sul tema fondamenti probabilistici e decisioni di azienda, si rimanda a GALASSI, *Misurazioni differenziali misurazioni globali e decisioni d'azienda* (ristampa inalterata), Milano 1983, 285-348.

³⁶ FERRARIS FRANCESCHI, *Problemi attuali dell'Economia aziendale in prospettiva metodologica*, Milano, 1998, 295 e 296. Sul tema, fra i molti, si legga anche CATTURI, *Dalla razionalità alla responsabilità nella gestione dell'azienda "universale"*, in MORGESE (a cura di), *Le imprese pubbliche. Saggi di economia d'azienda e diritto*, Bari, 1997, 53.

le parole misura e misurazione acquistano un significato non rigoroso come accade nella Fisica: «*Measurement, in the broadest sense, is defined as the assignment of numerals to objects or events according to rules*»³⁷. Tanto più ci si allontana dal significato puramente scientifico di misura, tanto più questa non può dirsi univoca³⁸. Questa constatazione non esime dal massimo rigore possibile nella raccolta e nell'elaborazione statistica delle informazioni quantitative acquisite, ma deve renderci pienamente coscienti delle intrinseche limitazioni che impone la traduzione in termini quantitativi della performance di un'amministrazione pubblica. Da ciò consegue che, quanto più le misure di performance sono intrinsecamente deboli, tanto più la loro interpretazione e valutazione devono essere accorte, equilibrate e professionali. Nel campo delle scienze sociali, il termine misura - per le ragioni già richiamate - va sempre accompagnato e mitigato da precisi e consapevoli richiami ai concetti di indeterminazione, soggettività³⁹, margine di tolleranza⁴⁰, errore⁴¹. A scanso di

³⁷ STEVENS, *On the theory of scales of measurement*, in *Science*, 1946, 677. Sul tema si leggano anche le considerazioni di BURRO sulla definizione di misura fornita da KRANTZ, LUCE, SUPPES e TVERSKY. Cfr. BURRO, *La misurazione fondamentale*, in PASINI (a cura di), *Gli strumenti di autovalutazione*, in *Psicologia*. Quaderni DiPAV, 20, 2007, 10-11.

³⁸ Di fatto, tutte le misure sono numeri, ma non tutti i numeri sono misure in senso proprio. «Quando si cerca di valutare si ha bisogno di misure genuine e non di semplici punteggi. Quando si usano i numeri per comparare i risultati ottenuti in un questionario/test/esperimento, 'si fa dell'aritmetica': si aggiunge e si divide per computare una media, si sottrae per comparare e valutare eventuali miglioramenti di performance, si calcolano rapporti per stimare possibili benefici dovuti a un trattamento, etc., ma operazioni aritmetiche fatte con etichette numeriche, conteggi, punteggi grezzi e ranghi oltre ad avere poco senso possono portare a conclusioni forvianti», Cfr. BURRO, *La misurazione fondamentale*, in PASINI (a cura di), *Gli strumenti di autovalutazione in Psicologia*. Quaderni DiPAV, 20, 2007, 11; MUCKLER, SEVEN, *Selecting performance measures: "objective" versus "subjective" measurement*, in *Human Factors*, 1992, 441-455.

³⁹ «Un altro standard che deve essere riconosciuto all'informazione è detto comunemente della 'verificabilità' o dell' 'obiettività'. Il significato di questo carattere consiste nel convenire che due analisti aziendali, con uguale preparazione professionale ed esperienza, possono quantificare una medesima informazione ed arrivare approssimativamente agli stessi risultati. L'uso del termine approssimativamente è necessario perché i processi di identificazione e di misura delle informazioni sono soggetti al giudizio degli analisti a ciò interessati. Per esempio, due individui possono entrambi determinare con precisione il costo di una macchina, ma giungono a differenti conclusioni in relazione alla vita utile prevista della macchina medesima», G. CATTURI, *Appunti di politica aziendale*, Viterbo, 1996, 150.

⁴⁰ Con specifico riferimento alla misurazione della performance per margine di tolleranza s'intende la variazione in più o in meno (spesso espressa in termini percentuali, ad esempio $\pm 3\%$) rispetto ad un valore obiettivo (target) che non sia misurato in termini binari (sì/no; fatto/non fatto; etc.). L'intervallo di valori definito dall'applicazione dei margini di tolleranza individua una cosiddetta "zona di accettazione" entro la quale un obiettivo può dirsi conseguito. Gli estremi, superiore o inferiore, di questa zona definiscono i limiti di tolleranza. il superamento dei limiti di tolleranza impone un'analisi puntuale delle ragioni che hanno determinato lo scostamento. Entriamo quindi nel campo della valutazione della performance. Va da sé che le considerazioni conseguenti possono essere, caso per caso, molto diverse fra loro in funzione della natura dell'obiettivo posto e dell'accertamento di una variazione in più o in meno rispetto alla zona di accettazione definita. Sui concetti di errore, incertezza e indeterminazione si rinvia a CATTANEO, *Le misurazioni di azienda. Aspetti di errore, di indeterminazione, di incertezza*, Milano, 1959, 207-301.

⁴¹ Non è certo casuale che, con riferimento alle determinazioni quantitative d'azienda, molti ed

equivoci lessicali, è bene chiarire che per indeterminazione si intende: «L'impossibilità logica di attribuire un'unica misura agli aspetti quantitativi di un fenomeno.

L'indeterminazione riguarda esclusivamente la possibilità di misurare un fenomeno in un certo modo, ma non il fatto che il fenomeno si realizzi o meno. In questo senso si dice che i costi dei prodotti A e B ottenuti da una produzione tecnicamente congiunta sono indeterminati, ancorché si tratti di costi passati, poiché non conosciamo un criterio univoco ed oggettivo di ripartizione degli stessi e, anzi, l'esistenza di tale criterio ci apparirebbe contraria alla logica»⁴².

Date queste avvertenze, restano da menzionare due questioni. La prima è che non bisogna confondere ciò che accade con ciò che - in un particolare frangente - siamo capaci di rappresentare con un numero o una misura nel senso ampio già ricordato; ovvero, non è possibile pensare che ciò che non sappiamo misurare non è reale. L'impossibilità/incapacità di tradurre - in modo attendibile - in termini quantitativi un fenomeno rilevante ai fini della performance deve servire da monito sia in sede di valutazione di quanto, di diverso, si è riusciti a rappresentare quantitativamente sia nelle decisioni conseguenti a quelle valutazioni. La seconda questione è che la scelta - sempre limitata per le ragioni sopra esposte - di cosa e come misurare (e poi di come valutare) non è neutra nel senso che, scegliendo, si opera comunque una selezione guidata da un sistema di valori, principi e convinzioni fortemente influenzato da cultura organizzativa, esperienza e formazione professionale. Va da sé che in una *appr* il cosa e come misurare deve essere convenuto con il principale e non può essere imposto o scelto autonomamente dall'agente. In breve, misure esatte e valutazioni oggettive della performance sono, sostanzialmente, ipotesi astratte o estremamente marginali. La misurazione della performance, pertanto, impone di assumere un atteggiamento realista, prudente, concreto, ma sempre metodologicamente rigoroso. In sostanza, occorre misurare la performance e bisogna farlo in modo scrupoloso, trasparente e professionale affinché la valutazione delle misure possa orientare le decisioni senza favorire deliberatamente un corso di azione rispetto ad altri. La consapevolezza dell'incertezza, dell'indeterminazione e degli errori non sminuisce l'importanza della misurazione della performance, ma anzi ne valorizza le finalità proprio perché ne identifica i

autorevoli studiosi si siano soffermati sul concetto di incertezza e di errore sotto due distinti ma correlati profili: l'errore nella rilevazione e misurazione degli aspetti quantitativi connessi ai fatti aziendali; gli effetti che quegli errori determinano nell'assunzione delle decisioni sul future. Fra i molti, rinviamo a: M. CATTANEO, 1959, pp. 207-250; L. GUATRI, 1953, 61ss.; SELLERI, 1999, 17-19.

⁴² CATTANEO, 1959, *Le misurazioni di azienda. Aspetti di errore, di indeterminazione, di incertezza*, cit. 218-219. Si noti bene che l'indeterminazione: «Non è equivalente all'indeterminatezza che sorge quando si debba attuare una valutazione congetturata. La nozione data coincide, invece, con quella esposta da alcuni autori, secondo i quali l'indeterminazione di un fenomeno si ricolleggerebbe alla possibilità lasciata ad un soggetto di definirlo quantitativamente entro una certa zona, detta zona di indeterminazione» SELLERI, *Contabilità dei costi e contabilità analitica* (II ed.), Milano, 1999, 19. Si leggano anche: DEMARIA, *Principi generali di Logica Economica*, Milano 1948, 41 ss.; GALASSI, *Misurazioni differenziali misurazioni globali e decisioni d'azienda* (ristampa inalterata), cit.

limiti e, per tal via, qualifica le persone come responsabili dei processi decisionali e dei risultati che ne scaturiscono. Pertanto, non possiamo che convenire con Cattaneo quando scrive: «È però, probabilmente, miglior soluzione convincere gli operatori di azienda a tenere conto dei possibili errori di certi aspetti delle rilevazioni che rifiutare le rilevazioni stesse, temendo gli errori che ne potrebbero derivare»⁴³.

3. La qualità come dimensione di performance da privilegiare nella *afpr*

La qualità è tradizionalmente considerata sia un elemento da includere nella determinazione e valutazione di specifiche componenti della performance (economicità nell'acquisto dei fattori produttivi, efficienza nell'uso dei fattori produttivi, comportamenti organizzativi, etc.) sia una componente specifica e distinta della performance⁴⁴. In questa seconda accezione, la qualità può essere considerata un'accettabile misura *proxy* dell'efficacia da intendere come capacità di un'amministrazione pubblica a soddisfare, attraverso l'erogazione di un output, i bisogni avvertiti dall'utente che consuma quell'output. Vogliamo privilegiare l'ipotesi, prevalente nella pratica, che gli output prodotti da un'amministrazione pubblica non siano oggetto di scambio di mercato, ovvero che l'utente non debba, di norma, corrispondere in via diretta e immediata una controprestazione monetaria di ammontare pari al valore dell'output consumato ovvero un prezzo di mercato. Pertanto, misurare e valutare l'efficacia (nell'accezione proposta) implica verificare, in modo attendibile, se e in quale misura chi ha utilizzato l'output prodotto da un'amministrazione pubblica ne ha tratto vantaggio in termini di miglioramento, se non di risoluzione, di un suo precedente stato di necessità. In sostanza, occorre un riscontro positivo esterno all'amministrazione pubblica che si può acquisire solo coinvolgendo chi, avendo consumato l'output, può esprimersi riguardo al grado o livello di soddisfazione conseguito rispetto al proprio bisogno. Un ulteriore elemento va specificato. Abbiamo già accennato al fatto l'amministrazione pubblica mira a soddisfare bisogni individuali o comunitari attraverso, rispettivamente, la produzione ed erogazione di servizi o di politiche/programmi pubblici. Qui la nostra attenzione si concentra solo sul servizio pubblico nel senso di specifica prestazione resa ad un determinato utente. Se inquadrano il rapporto con l'utente nella cornice teorica tracciata nella prima parte di questo contributo, considerata l'assoluta necessità di acquisire dall'utente informazioni circa il suo grado di soddisfazione conseguente all'utilizzo di un servizio, si può convenire sul fatto che la qualità è un parametro idoneo a misurare e valutare l'efficacia nel significato precedentemente specificato. Pertanto, muoviamo dal presupposto che la misura e la valutazione della qualità di un servizio pubblico prodotto ed erogato da un'amministrazione pubblica consenta al singolo utente di formulare un giudizio positivo o negativo secondo che

⁴³ C. CATTANEO, *Le misurazioni di azienda. Aspetti di errore, di indeterminazione, di incertezza*, cit., 3.

⁴⁴ Cfr. MUSSARI, *Performance e valore pubblico*, cit., 111-116.

un'amministrazione pubblica - a suo giudizio - sia stata capace, o meno, di soddisfare il suo bisogno.

Conseguentemente, in questa prospettiva, la qualità:

- è riferita a ciascuna prestazione erogata ad ogni singolo utente;
- è rilevata e valutata autonomamente da ogni singolo utente che ha usufruito della prestazione⁴⁵.

Per tradurre in indicazioni operative i concetti sopra esposti è ancora una volta necessario uno sforzo di puntualizzazione per chiarire bene i confini (e, quindi, i limiti) entro i quali il nostro ragionamento si sviluppa. Quando l'output finale è un servizio, ovvero un bene immateriale, produzione e consumo sono simultanei e, conseguentemente, l'utilità del servizio è intrinseca nella relazione di fornitura. Le più evidenti e significative conseguenze del fatto che il servizio si consuma istantaneamente sono:

1. chi riceve un servizio non può conservarlo e utilizzarlo in un secondo momento e, pertanto, la valutazione di quanto ricevuto si esprime immediatamente;
2. chi produce un servizio non può costituire un magazzino al quale attingere per rispondere alle fluttuazioni della domanda⁴⁶.

Per quest'ultimo motivo, in alcuni casi, la percezione da parte dell'utente di una qualità elevata dei servizi resi da un'amministrazione pubblica può, nel medio andare, determinare, paradossalmente, uno scadimento della qualità delle prestazioni di quell'amministrazione. Infatti, se il cittadino-utente ha la possibilità di scegliere il fornitore pubblico dal quale ricevere il servizio (è questo, ad esempio, nel nostro Paese il caso delle cure sanitarie) le amministrazioni pubbliche che offrono servizi considerati dall'utenza qualitativamente migliori possono vedere affluire una domanda crescente⁴⁷. Tale circostanza rischia di mettere sotto stress strutture e personale. Poiché i servizi non si immagazzinano, se non si sa o non si può - magari per l'impossibilità di adeguare in modo elastico la capacità produttiva alle fluttuazioni della domanda - programmare adeguatamente la produzione per dare risposta a volumi significativamente variabili di bisogno, può accadere che si determini uno scadimento della qualità delle prestazioni rese, almeno con riguardo alla possibile dilatazione dei

⁴⁵ Riferirsi alla valutazione del singolo utente non esclude affatto la possibilità di aggregare opportunamente i risultati al fine di determinare una rappresentazione più generale dei risultati relativamente alla valutazione degli utenti circa la qualità dei servizi.

⁴⁶ Per le ragioni esposte nel testo, le amministrazioni pubbliche, sovente, chiedono all'utente di prenotare la prestazione di cui necessita nella consapevolezza di non potere rispondere simultaneamente a tutta la domanda di specifici servizi che può venirsi a generare in un tempo limitato.

⁴⁷ In base alle disposizioni normative in vigore, i cittadini che non possono ricevere in modo adeguato o in tempi ragionevoli le prestazioni sanitarie di cui necessitano, previa domanda possono essere autorizzati dalla azienda sanitaria del territorio regionale in cui risiedono di riferimento ad usufruire di dette prestazioni, da eseguirsi in ambito extra regionale o extra nazionale, quando le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate presenti nell'ambito del territorio regionale non sono in grado di erogarle in maniera tempestiva ed adeguata.

tempi di risposta al bisogno manifestato dall'utenza⁴⁸. Un'altra caratteristica fondamentale ai fini del ragionamento che stiamo sviluppando è che il servizio è sempre la risultante dell'interazione fra chi lo appresta e chi lo riceve. Pur con diversi gradi di intensità secondo il tipo di prestazione considerata, possiamo ragionevolmente affermare che il servizio pubblico si co-produce⁴⁹, nel senso che la congiunzione spazio-temporale dei processi di produzione e di consumo del servizio pubblico implica necessariamente la partecipazione diretta dell'utente. In considerazione del fatto che il servizio pubblico si co-produce, la performance conseguita - di cui la qualità è una componente essenziale - non dipende esclusivamente dalla capacità del fornitore (un'amministrazione pubblica) di produrre ed erogare, ma anche dalla disponibilità:

- dell'utente a comunicare e partecipare sia all'atto dell'identificazione del tipo di bisogno per il quale chiede risposta all'amministrazione pubblica sia durante l'erogazione della prestazione;
- dell'amministrazione pubblica a favorire e valorizzare il contributo dell'utente in modo che si rafforzino nell'utente la consapevolezza dell'importanza del suo ruolo e del modo in cui lo esercita⁵⁰.

Va da sé che quando il servizio è ripetitivo, cioè con numerosi contatti, l'importanza della partecipazione dell'utenza al processo di co-produzione è ancora più marcata. Le modalità con le quali l'utente partecipa alla produzione del servizio,

⁴⁸ La tempestività è uno dei più importanti fattori della qualità dei servizi pubblici

⁴⁹ La coniazione del termine co-produzione con riguardo ai servizi pubblici è attribuita ad Elinor Ostrom risale agli anni '70 dello scorso secolo. Cfr. OSTROM, *Metropolitan reform: Propositions derived from two traditions*, in *Social Science Quarterly*, 1972, 474-493. In particolare, gli studiosi citati utilizzarono tale espressione per riferirsi ad un *mixing* di sforzi produttivi - qui da intendersi nel senso di impiego di risorse (Cfr. PARKS et AL., *Consumers as coproducers of public services: some economic and institutional considerations*, in *Policy Studies Journal*, 1981, 1002) - da parte sia dei produttori regolari di servizi pubblici sia dei consumatori degli stessi (definiti produttori laici). Mentre in un primo momento il focus del dibattito sulla co-produzione era sostanzialmente circoscritto al coinvolgimento degli utenti solo nella fase di erogazione dei servizi pubblici, gli studiosi oggi concordano nel concepire la co-produzione come un fenomeno che attiene anche alle attività che antecedono e susseguono l'erogazione in senso stretto di un servizio pubblico, così comprendendo anche quelle di programmazione, progettazione e valutazione. Cfr. VOORBERG, BEKKERS, TUMMERS, *A systematic review of co-creation and co-production: Embarking on the social innovation journey*, in *Public Management Review*, 2015, 1333-1357. In questo senso, è accoglibile la concettualizzazione proposta da NABATCHI, SANCINO, SICILIA, *Varieties of participation in public services: the who, when, and what of coproduction*, in *Public Administration Review*, 2017, 766-776 per cui la co-produzione si profila come un insieme articolato di attività realizzate in ogni fase del processo produttivo dei servizi pubblici e che si concretizza nell'interazione tra produttori regolari e produttori laici (singolarmente o in gruppo) che partecipano volontariamente e scientemente alla produzione dei servizi pubblici. Sul tema della misura della performance nei servizi pubblici co-prodotti si rinvia, fra gli altri, a: SORRENTINO, *Performance e coproduzione dei servizi pubblici*, Milano, 2021; RUGGIERO, SORRENTINO, MUSSARI, *Performance measurement and management in co-production: an explorative analysis*, in HOQUE (editor), *Public sector reform and performance management in developed economies*. Routledge, London, 219-247.

⁵⁰ In merito rinviamo a: BONOMI SAVIGNON, CEPIKU, *Utenti che innovano: un'analisi empirica nella tutela della salute*, in *Azienda Pubblica*, 2017, 277-299; CEPIKU, MARSILIO, SICILIA, VAINIERI, *The Co-production of Public Services*, Cham, 2020.

così come i comportamenti e gli atteggiamenti assunti nella fase di interazione con l'amministrazione pubblica co-determinano, senza dubbio, il livello qualitativo delle prestazioni. Così, ad esempio, la disponibilità a seguire le indicazioni fornite dall'amministrazione erogante, la rapidità di comprensione delle informazioni possono ridurre i tempi di esecuzione di alcune prestazioni. Al contempo, è ovvio che informazioni non facilmente reperibili o fornite con un linguaggio o con modalità poco chiare non agevolano l'utente. Ed ancora, il rispetto di predefinite norme di comportamento sull'utilizzo degli spazi e delle attrezzature ed apparecchiature può evitare fenomeni di sovraffollamento e di formazione di code. In generale, la disponibilità a collaborare e l'assumere comportamenti congrui e funzionali al tipo di prestazione richiesta facilita lo svolgimento dell'attività. Certamente la consapevole e responsabile partecipazione dell'utente al processo di co-produzione migliora la qualità del servizio e ciò avvantaggia sia l'amministrazione pubblica che vedrà riconosciuti i propri sforzi e migliorerà le sue performance sia chi si vale delle sue prestazioni che vedrà meglio soddisfatto il proprio bisogno. Tutto ciò, evidentemente, corrobora la *afpr*. In sintesi, la qualità di un servizio pubblico è la risultante di un processo unitario che coinvolge soggetti interni all'amministrazione pubblica (a tutti i livelli organizzativi) e soggetti esterni (massimamente gli utenti, ma poi anche coloro che scrivono le "regole del gioco" e ne garantiscono il rispetto). Ciò definito, siamo molto lontani dal ritenere che la responsabilità di uno scadente livello qualitativo di un servizio pubblico possa essere in primo luogo imputata al comportamento di chi lo utilizza. È tuttavia comprovato che un utente consapevole del suo ruolo di co-produttore non solo co-determina, con il suo comportamento, il livello di qualità della prestazione, ma ha maggior titolo per pretenderla avendo svolto adeguatamente la sua parte. È banalmente vero, ad esempio, che è più agevole usufruire di un autobus per il trasporto pubblico urbano quando gli utenti si dispongono spontaneamente in fila ed utilizzano solo la porta indicata per salire sul mezzo (e, naturalmente, per scendere dal mezzo se si è già a bordo) rispetto a quando si ammassano alla fermata e cercano di salire (e scendere) attraverso qualunque porta. D'altra parte, se è vero che disporsi in fila (anche quando piove) non garantisce affatto che il mezzo pubblico arrivi puntuale alla fermata, è assai probabile che salire e scendere in modo ordinato dal mezzo pubblico faccia risparmiare tempo durante il tragitto! Mettere l'accento sulla co-produzione e sulla relazione fra co-produzione, qualità del servizio e valutazione della stessa da parte dell'utente nel contesto di una *afpr* consente di sottolineare tre ulteriori e fondamentali concetti:

- 1) va contrastato con forza, nella prospettiva della *afpr*, il frequente atteggiamento assunto dalle amministrazioni pubbliche di tenere lontano l'utente dai processi di misurazione e valutazione della performance;
- 2) quando l'utente valuta la qualità di un servizio pubblico dovrebbe essere consapevole dell'effetto che il suo comportamento ha generato sul risultato sul quale si sta esprimendo;
- 3) il concetto di qualità al quale ci stiamo riferendo è distinto da quello di conformità tecnica che, evidentemente, deve essere garantita dall'amministrazione pubblica e monitorata lungo tutte le fasi del processo di

produzione ed erogazione del servizio e la cui valutazione impone il possesso di conoscenze e professionalità che non possono essere in alcun modo richieste a ogni singolo utente⁵¹.

Spetta ad ogni singola amministrazione pubblica agevolare e incoraggiare una partecipazione attiva e informata dell'utente ai processi di co-produzione perché ciò migliora il servizio, influenza positivamente la percezione di soddisfazione avvertita dall'utente, accresce il valore economico della prestazione resa e favorisce la disponibilità dell'utente a formulare una valutazione consapevole e attenta della qualità della prestazione ricevuta. Quest'ultimo fattore, come anticipato, è cruciale per un'effettiva *afpr*. Tutto ciò premesso, bisogna sempre tenere a mente che la valutazione della qualità del servizio da parte del singolo utente è: informale, soggettiva (come ogni valutazione), esterna, volontaria, asistemica e non professionale.

La valutazione dell'utente discende dall'esperienza vissuta dalla singola persona in un dato contesto spazio-temporale e può essere significativamente condizionata da una serie di fattori, accidentali o stabili, di tipo esogeno (ambientale) ed endogeno (specifici del singolo utente). In tal senso, la non infrequente preesistenza di pregiudizi, positivi o negativi nei confronti di una specifica amministrazione che produce ed eroga il servizio, può incidere significativamente su questo tipo di valutazione. D'altro canto, bisogna sempre tenere conto del fatto che la valutazione dell'utente in termini di soddisfazione discende sempre da un confronto, implicito e del tutto soggettivo, fra aspettative e percezione avvertita della qualità della prestazione ricevuta. Va da sé che persone diverse (per età, situazione emotiva, formazione culturale, reddito, esperienze pregresse, tipo di impiego, luogo in cui vivono, etc.) possono avere aspettative molto diverse fra loro e variabili nel tempo e nello spazio. Pertanto, è del tutto normale che utenti diversi possano esprimere valutazioni differenti sulla qualità di un identico servizio apprestato da un'amministrazione pubblica. Quanto scritto discende dall'ovvia constatazione che, nel formulare il proprio giudizio, l'utente è totalmente libero e non è chiamato a rispettare i canoni del rigore metodologico, deontologico ed etico tipici dei processi di misurazione e valutazione della performance professionali e formali, interni ed esterni all'amministrazione pubblica. Le peculiarità sopra richiamate possono distorcere, anche in modo significativo, gli esiti delle valutazioni espresse dall'utenza. Di conseguenza, sussiste il pericolo che un'amministrazione pubblica metta in atto strategie tese a ridurre quanto più possibile le aspettative dell'utenza in modo da generare le migliori condizioni possibili per ottenere una valutazione

⁵¹ «To support these objectives, a variety of measurement devices for monitoring and assuring quality were promoted, such as statistical control process control (SPC), quality function development (QFD) and failure, mode, effect and criticality analysis (FMECA). The aim of these, and other, monitoring techniques was to build quality assurance systems into the production process itself», KIRKPATRICK, MARTINEZ, *The politics of quality in the public sector*, London.1995, 3. Sostanzialmente, la qualità intesa come aderenza a standard tecnico-produttivi è basata sul concetto di prevenzione piuttosto che su quello di verifica nella fase di erogazione come è nel caso della valutazione della qualità della prestazione da parte degli utenti

positiva. Dei “limiti” richiamati bisogna avere piena consapevolezza. Pertanto, se si vuole effettivamente attribuire importanza alla valutazione della qualità del servizio da parte dell’utente nell’ambito di una *afpr*, è indispensabile individuare soluzioni operative volte a contenere i rischi sia del manifestarsi di scelte opportunistiche (ad esempio, mettere in atto comportamenti volti ad abbassare le aspettative degli utenti) e di trascuratezza da parte di un’amministrazione pubblica sia della distorsione informativa che sempre la valutazione informale e non professionale porta con sé.

Di là dal sempre indispensabile controllo statistico dei dati raccolti da qualsiasi fonte provengano e, quindi, a maggior ragione da valutazioni di tipo informale, la probabilità di esiti fortemente distorsivi e di scarsa attenzione da parte dell’amministrazione pubblica aumentano significativamente se ci si affida a sondaggi occasionali, analisi di generici reclami ricevuti e altre informazioni acquisite in modo disordinato ed episodico da utenti non usi a dialogare con l’amministrazione. Il primo sforzo da fare è abituare l’utente considerare ogni amministrazione pubblica un’interlocutrice affidabile e seria così da rendere ordinario, semplice e non burocratico il coinvolgimento degli utenti nella *afpr* e ciò a prescindere dalla circostanza che l’utente voglia esprimere una valutazione positiva o negativa. Pertanto, la condizione preliminare da soddisfare affinché tale partecipazione si realizzi e gli eventuali comportamenti opportunistici o di trascuratezza dell’amministrazione pubblica si contraggano è l’accettazione culturale da parte dell’amministrazione pubblica che non si possa prescindere dalla valutazione dell’utenza. Stante quanto osservato e assunto che un’amministrazione pubblica non trae un vantaggio economico-finanziario nel favorire la valutazione dei suoi utenti, occorre fare affidamento non solo sugli obblighi giuridico-formali, ma sulla crescita della cultura manageriale nelle amministrazioni pubbliche e sul recupero rapido del senso più autentico di servizio pubblico⁵². Al riguardo, la soluzione migliore è cercare di ridurre al massimo gli elevati costi che l’esercizio di tale opportunità comporta per l’utente. Valutare la qualità del servizio deve essere semplice. Per circoscrivere ancor più puntualmente i confini - e quindi i limiti oggettivi - della soluzione che stiamo qui proponendo è opportuno avanzare ulteriori e fondamentali considerazioni, più agevolmente riconducibili entro i nostri tradizionali confini disciplinari. Chi usufruisce di un servizio reso da un’amministrazione pubblica rappresenta una quota della cosiddetta domanda espressa. Infatti, poiché, la valutazione dell’utente è volontaria, nel senso che la si dovrebbe incentivare, ma non la si può certo rendere obbligatoria, una quota più o meno significativa della domanda espressa fatalmente può autoescludersi dai processi di valutazione della qualità. Spetta all’amministrazione pubblica individuare le soluzioni operative volte a contenere nella maggiore misura possibile il divario quantitativo fra numero di persone che fruiscono del servizio e numero di

⁵² Sul tema si rinvia a J. V. DENHARDT, R. B. DENHARDT, *The new public service: serving, not steering*, New York, 2015.

persone che lo valutano. Quanto alla domanda potenziale, questa resta sicuramente esclusa da questi processi di valutazione. Si tratta della domanda delle persone che potrebbero usufruire del servizio (avendone necessità), ma non vi accedono in quanto l'offerta pubblica è quantitativamente inadeguata rispetto ai volumi dei bisogni effettivi. Tutto ciò premesso, attraverso un riscontro basato su indicatori e standard specifici di qualità del servizio si può solo cogliere una quota del livello di soddisfazione della domanda espressa dai singoli utenti. D'altro canto, tale *matching* fra domanda e offerta si fonda sulla verifica della soddisfazione del bisogno rilevata attraverso il riscontro sulla qualità (ovvero non primariamente sulla quantità/volume) della prestazione resa/ricevuta. Pertanto, la valutazione di cui abbiamo trattato e le conseguenti *afpr* si riferiscono soltanto a una quota - auspicabilmente molto alta - della domanda espressa e non considerano quella potenziale. Fermi restando i richiamati limiti, l'utenza andrebbe opportunamente segmentata in fase di analisi delle valutazioni espresse sulla qualità dei servizi in modo da individuare rapidamente i segmenti di utenza che tendono ad auto-escludersi dai processi di valutazione e, conseguentemente, mettere in atto le strategie comunicative e gestionali necessarie al fine di acquisire quanta più valutazione possibile dall'utenza.

In sintesi, la valutazione della qualità del servizio da parte del singolo utente considera:

- il bisogno solo quando si concretizza in una domanda espressa;
- l'acquisizione diretta di elementi relativi al grado di soddisfazione (dichiarata) di quel bisogno, ma con particolare riferimento ai profili qualitativi (e non tanto quantitativi, cioè di volume) del servizio, ovvero, com'è stato piuttosto che quant'è stato.

Conseguentemente, tali valutazioni non consentono di considerare se, a monte, nel definire la propria offerta e quindi calibrare i volumi della produzione, un'amministrazione pubblica ha stimato in modo corretto la domanda potenziale e, conseguentemente, quella effettiva, né di tenere conto di valutazioni di efficienza che informino sulla capacità di un'amministrazione pubblica di utilizzare al meglio le risorse disponibili e quindi produrre volumi di output adeguati. Inoltre, siffatti processi di valutazione non consentono di avere una visione sistemica degli effetti sociali conseguenti alla realizzazione della produzione pubblica, né di percepire il livello di utilità creata complessivamente, e tantomeno il grado di sua massimizzazione, dato il vincolo delle risorse disponibili. D'altro canto, non v'è chi non veda il rischio potenziale che si vengano a determinare situazioni estreme nelle quali il livello qualitativo dei servizi, come misurato e valutato dall'utente, risulti molto alto in quanto effetto della scelta di un'amministrazione pubblica di dimensionare al minimo i volumi della produzione, lasciando insoddisfatta una quota molto ampia di domanda potenziale di quei servizi (in breve: servizi per pochi, ma di elevata qualità) o cercando di ridurre al minimo le aspettative degli utenti o, in particolare, di quelli che sono più inclini a esprimere una valutazione. In ultimo, ma non per importanza, occorre mettere in chiaro che:

1. ai bisogni pubblici non è sempre associata una domanda (positiva) vera e propria, nel senso che gli utenti diretti e immediati dei servizi (che dovrebbero essere, in base a quanto fino ad adesso esposto, coloro che esprimono la valutazione sulla qualità delle prestazioni ricevute) possono non coincidere con i beneficiari ultimi; basti pensare a funzioni pubbliche quali alla salvaguardia dell'ambiente naturale, l'istruzione, la sicurezza, l'ordine pubblico, etc.⁵³;
2. eventuali benefici conseguenti alla produzione pubblica distribuiti nello spazio e nel tempo non possono in alcun modo essere colti tramite la misura e valutazione nell'immediato da parte dell'utente della qualità delle prestazioni ricevute⁵⁴.

Se combiniamo concettualmente quanto finora considerato, possiamo concludere, per un verso, che la misura e la valutazione della qualità è particolarmente complessa da esercitare e, per l'altro verso, che gli esiti risultanti possono subire significative distorsioni. La consapevolezza di tali limitazioni intrinseche non deve spingere a trascurare questa possibilità, ma deve indurre ogni amministrazione pubblica a individuare le contromisure necessarie per ridurre al minimo i rischi richiamati dei quali occorre sempre avere piena consapevolezza. Ribadiamo che sarebbe un errore fatale farsi scudo delle oggettive complessità richiamate per ignorare la domanda individuale e, quindi, escludere l'esperienza dei singoli utenti dai processi valutazione della qualità. È del tutto evidente che siamo di fronte ad una sfida complessa perché è spesso arduo, nella pratica, bilanciare e armonizzare due spinte distinte: una che orienta l'agire pubblico verso la soluzione di problemi sociali in tempi medio-lunghi attraverso la produzione di politiche e programmi e l'altra che orienta i comportamenti di ogni amministrazione pubblica e del suo personale verso il soddisfacimento immediato dei bisogni dei singoli mediante la produzione di servizi. Pur con tutta la cautela che un tema così delicato richiede, siamo dell'avviso che il definitivo superamento di ogni forma di collettivismo, il pieno riconoscimento del diritto di partecipare, scegliere e valutare, costituiscono valori condivisi e irreversibili; pertanto, un'amministrazione pubblica non deve sminuire o respingere l'opinione del singolo utente, ma accettarla, valorizzarla e inglobarla nelle sue relazioni *afpr*⁵⁵. Per conferire centralità all'esperienza del singolo utente nei processi di misurazione e valutazione della performance occorre assumere un atteggiamento professionale, rigoroso ed

⁵³ Allo stesso modo, è difficile fissare standard qualitativi per servizi "a domanda negativa", quelli cioè ai quali le persone volentieri si sottrarrebbero (ad esempio: limiti di edificabilità, controlli ed autorizzazioni in genere) e che costituiscono uno dei nuclei irriducibili dell'intervento pubblico, anche a livello locale.

⁵⁴ La presenza di una palestra, ad esempio, può essere considerata utile perché contrasta fenomeni di emarginazione sociale, specialmente in un quartiere degradato, ma ciò è difficilmente riconducibile al grado di soddisfazione immediata dei servizi ricevuti da parte dei frequentatori della palestra.

⁵⁵ Su performance e coinvolgimento dei cittadini, fra gli altri, si leggano: VAN DE WALLE, *Explaining Citizen Satisfaction and Dissatisfaction with Public Services*, in ONGARO, VAN THIEL (editors), *The Palgrave Handbook of Public Administration and Management in Europe*, London, 2018, 227-241; VAN DOOREN, VAN DE WALLE (editors), *Performance Information in the public sector. How it is used*, Basingstoke 2011.

equilibrato che tenga ragionevolmente conto di una semplice “verità”: ogni opzione disponibile per misurare e valutare la performance presenta punti di forza e di debolezza. Ciò implica la necessità di avere sempre un atteggiamento prudente volto a massimizzare i benefici e contenere i rischi che le alternative disponibili possono generare. Non esiste nella pratica - e meno che mai nella teoria - la soluzione perfetta e priva di controindicazioni. Spetta a chi governa e dirige un’amministrazione pubblica sapere cogliere e combinare in modo sistematico ai fini decisionali le diverse informazioni che sono prodotte dalle molteplici fonti che alimentano i sistemi di misurazione e valutazione della performance. Naturalmente, per dare una prospettiva concreta all’opzione valutativa proposta non bastano i buoni propositi e gli orientamenti dottrinali: servono gli strumenti. La Carta dei servizi, ad esempio, è una soluzione concreta, ampiamente regolata nel nostro ordinamento, ma assai poco utilizzata in tutte le sue potenzialità, per dare una risposta pratica alle problematiche fin qui richiamate a condizione che:

1. sia interpretata in una prospettiva manageriale ovvero come uno strumento a contenuto dinamico a disposizione di ogni amministrazione pubblica per accelerare l’istituzionalizzazione dei processi di misurazione e valutazione della performance attraverso il pieno coinvolgimento degli utenti collegando esplicitamente gli standard specifici di qualità inclusi nella Carta dei servizi agli obiettivi assegnati all’amministrazione nel suo complesso e ai suoi centri di responsabilità in modo che, a cascata, contribuiscano ad incidere su misurazione e valutazione della performance di dirigenti e altro personale;
2. i contenuti della Carta dei servizi siano individuati, formulati, gestiti e comunicati in ossequio al principio della trasparenza e in modo partecipato, sfruttando nella maggiore misura possibile le opportunità che oggi la tecnologia offre e che, nel 1994 quando tale istituto fu introdotto in Italia, non erano immaginabili⁵⁶;
3. sia assicurato l’effettivo e immediato riconoscimento all’utente del servizio pubblico del rimborso o, in alternativa, del ristoro nei casi in cui il servizio reso è inferiore agli standard specifici di qualità pubblicati nella Carta dei servizi e precedentemente concordati con l’utenza.

4. Considerazioni conclusive

Il passaggio dall’interpretazione teorica alla verifica empirica richiede di enucleare le condizioni di ambiente ed organizzative che favoriscono o, viceversa, rallentano o, addirittura, bloccano l’effettivo instaurarsi di *afpr*.

Non è agevole raccogliere evidenze empiriche in modo scientificamente rigoroso così da poter giungere se non a conclusioni generalizzanti almeno all’individuazione di buone pratiche. In primo luogo, s’incontrano spesso resistenze molto forti nelle

⁵⁶ Per averne conferma basti pensare che la Direttiva con la quale si avviò l’esperienza della Carta dei servizi nel nostro Paese, Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 recante “*Principi sull’erogazione dei servizi pubblici*” (Direttiva Ciampi), prevede: “Gli standard sono sottoposti a verifica con gli utenti in adunanze pubbliche”.

amministrazioni pubbliche che, come ben spiega la Teoria principale-agente, tendono a preservare i loro vantaggi informativi e ad ostacolare la contrazione dei costi di agenzia; a ciò si aggiunge un fenomeno non meno significativo: solo in limitati casi si riscontra un minimo interesse dell'utenza a valutare la performance nella prospettiva della co-produzione.

Non sorprende quindi che l'uso effettivo della Carta dei servizi sia molto limitato e che la stragrande parte degli utenti ignori l'esistenza di tale istituto.

Tutto ciò non consente di essere ottimisti circa l'effettivo instaurarsi effettivo di costruttive *afpr* e, alla luce delle nostre considerazioni iniziali, ciò costituisce un serio ostacolo al pieno manifestarsi dell'efficacia del principio di trasparenza con riferimento alla performance.

In uno scenario che a noi pare poco incoraggiante, è possibile rintracciare, già nelle norme, una possibile via d'uscita. Nel testo del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e s.m.i. la Carta dei servizi non è mai esplicitamente citata, ma la qualità dei servizi e il ruolo dei cittadini-utenti nei processi di valutazione di questa dimensione di performance sono centrali. In primo luogo, il miglioramento della qualità dei servizi prodotti dalle amministrazioni pubbliche è una delle finalità generali dei processi di misurazione e valutazione della performance; non per caso norma richiamata collega esplicitamente la qualità dei servizi al contenuto degli obiettivi, tanto generali che specifici⁵⁷. In particolare, gli obiettivi specifici di ogni amministrazione devono essere definiti in modo tale da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati⁵⁸. Non meno esplicito è il dettato normativo con riferimento al ruolo che gli utenti devono svolgere nei processi di misurazione e valutazione della performance: «La funzione di misurazione e valutazione della performance è svolta ... dai cittadini o dagli altri utenti finali in rapporto alla qualità dei servizi resi dall'amministrazione, partecipando alla valutazione della performance organizzativa dell'amministrazione»⁵⁹. La prospettiva indicata dal legislatore con riferimento alla valutazione della qualità dei servizi pubblici è senza dubbio quella partecipativa. Cittadini e altri utenti finali, anche in forma associata, partecipano al processo di misurazione delle performance organizzative, anche comunicando direttamente all'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dall'OIV stesso. All'OIV la legge affida il compito di verificare l'effettiva adozione dei sistemi di rilevazione del grado di soddisfazione degli utenti e dei cittadini in relazione alle attività e ai servizi erogati. Inoltre, ai fini della valutazione della performance organizzativa dell'amministrazione nel suo complesso e ai fini della validazione della Relazione sulla performance, l'OIV, titolare di tali compiti, tiene conto delle valutazioni espresse dai cittadini sulla qualità dei servizi erogati e assicura la pubblicazione dei risultati da loro espressi in forma chiara e comprensibile. Conseguentemente, spetta ad ogni amministrazione: dotarsi

⁵⁷ Cfr. art. 5, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e s.m.i.

⁵⁸ Cfr. art. 5, comma 2, lett. c), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e s.m.i.

⁵⁹ Cfr. art. 7, comma 2, lett. c), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e s.m.i. La partecipazione dei cittadini e degli altri utenti finali è regolata dall'art. 19-bis.

dei sopradetti sistemi, favorendo la più ampia forma di partecipazione e collaborazione dei destinatari dei servizi; pubblicare, a cadenza annuale, i risultati scaturenti da tali rilevazioni sul sito *web* istituzionale.

Stante tutto quanto sopra richiamato, è richiesto che il sistema di misurazione e valutazione della performance di ogni amministrazione pubblica:

- preveda la qualità (e la quantità) delle prestazioni e dei servizi erogati fra gli ambiti di misurazione e valutazione della performance organizzativa;
- definisca le modalità di rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive;
- favorisca lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione.

Infine, bisogna richiamare le Linee guida sulla valutazione partecipativa delle amministrazioni pubbliche, predisposte dal Dipartimento della Funzione Pubblica⁶⁰. In questo ampio ed articolato documento si evidenzia, che la valutazione partecipativa mira, fra le altre cose, a migliorare la qualità delle attività e dei servizi pubblici «avvicinandoli ai reali bisogni dei cittadini grazie alle loro idee e suggerimenti, attraverso cui raggiungere una conoscenza più completa di bisogni» e, soprattutto, individua la Carta dei servizi fra i fattori abilitanti «che possono favorire il successo delle iniziative di valutazione partecipativa». Non molte amministrazioni hanno fatto proprie la parte di dettato normativo sopra richiamato. Il ritardo e le difficoltà appena riscontrate ci sembrano trovino conferma nel fatto che, dopo ormai molti anni dall'approvazione delle disposizioni normative e delle Linee guida sopra richiamate, l'Autorità Nazionale Anticorruzione avverta la necessità di rimarcare nel Piano Nazionale Anticorruzione per il 2022 quanto segue: «In altri termini, la valutazione partecipativa della collettività e degli stakeholder consente alle amministrazioni pubbliche/ enti di migliorare la qualità dell'attività e dei servizi erogati, tenendo conto anche del punto di vista dei cittadini e/o degli utenti interessati dall'intervento

⁶⁰ Ricordiamo che l'OIV, fra l'altro, è responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della Funzione Pubblica. Per un'esemplificazione operativa di valutazione partecipativa rinviamo al Sistema di Misurazione e Valutazione della Performance del Ministero delle Imprese e del Made in Italy. Rinviando al testo del documento menzionato per ogni necessario dettaglio, qui è utile almeno richiamare le fasi in cui si articola il processo di valutazione partecipativa: mappatura degli stakeholder; selezione dell'oggetto della valutazione partecipata; motivazione degli stakeholder; valutazione partecipata degli obiettivi specifici; utilizzo degli esiti della valutazione partecipata per la revisione degli obiettivi specifici; utilizzo degli esiti della valutazione partecipata per la revisione degli obiettivi specifici; valutazione partecipata dei risultati ottenuti; utilizzo degli esiti della valutazione partecipata sui risultati. La sola elencazione delle fasi è bastevole comprendere come nel Ministero citato la valutazione partecipativa sia regolata in modo tale da abbracciare l'intero ciclo della performance, non limitandosi, quindi, alla sola (e irrinunciabile) verifica del grado di soddisfacimento dell'utenza per le prestazioni ricevute, ma disciplinando il coinvolgimento di tutti gli stakeholder, opportunamente mappati e classificati, sin dalla fase di programmazione degli obiettivi specifici del Ministero. Il Sistema di misurazione e valutazione del Ministero delle Imprese e del Made in Italy è rintracciabile nel sito istituzionale del Ministero stesso; https://www.mise.gov.it/images/stories/trasparenza/2023/SMVP_agg_2022_12_23.pdf

amministrativo in termini di bisogni e aspettative. Ciò risulta coerente sia con i principi ispiratori del recente intervento normativo del d.l. n. 80/2021 che con gli ultimi approdi della giurisprudenza, tutti volti a superare l'autoreferenzialità nell'affrontare gli aspetti connessi alla qualità dei servizi e/o delle attività oggetto di valutazione, migliorando il servizio dell'amministrazione pubblica»⁶¹.

⁶¹ Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, Piano Nazionale Anticorruzione 2022, p. 45. Il documento è rintracciabile nel sito istituzionale dell'Autorità: <https://www.anticorruzione.it/-/pna-2022-delibera-n.7-del-17.01.2023>.

ALTRI SAGGI

**TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI, STRUMENTI
DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE E REGOLAMENTAZIONE
NELL'ATTIVITÀ DELLA BANCA D'ITALIA:
OVVERO QUANDO DISCIPLINARE L'AUTOMAZIONE È POSSIBILE[°]**

Serena Stacca

*Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

Mariateresa Elia

*Expert del Servizio organizzazione
Divisione Regolamentazione e compliance di Banca d'Italia**

Muovendo dall'esigenza di regolamentare il fenomeno dell'automazione nelle pubbliche amministrazioni, il contributo analizza il provvedimento normativo che Banca d'Italia ha adottato, nell'ambito della gestione degli esposti della clientela bancaria e finanziaria funzionale all'attività di vigilanza, per disciplinare il trattamento dei dati personali affidato a un algoritmo di machine learning. Rilevano in particolare le condizioni alle quali l'Autorità si è autovincolata al fine di garantire il pieno controllo sull'applicativo, che presuppongono la previsione di specifiche misure organizzative.

Taking into account the need for AI regulation within public authorities, the paper analyses the regulatory act of the Banca d'Italia in order to discipline personal data processing through a machine learning algorithm, as part of the management of bank and financial client complaints aimed at activating supervisory power. In particular, the conditions under which the Supervisory Authority has made a commitment with the purpose to ensure full control of the AI system, which require the implementation of specific organizational measures, are relevant.

Sommario:

1. Premessa. Virtù e vizi dell'intelligenza artificiale
2. La giuridificazione del fenomeno: dal c.d. uso etico dell'automazione alla legalità algoritmica
3. La regolamentazione dell'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni pubbliche: l'esperienza di Banca d'Italia
 - 3.1. L'ambito di applicazione: la materia degli esposti
 - 3.2. Lo strumento prescelto: l'algoritmo di *machine learning*
 - 3.3. La legittimità del trattamento dei dati personali tramite algoritmi: l'interesse pubblico al controllo sugli intermediari bancari e finanziari e le misure organizzative *ad hoc*
4. Nota finale. La responsabilità presa sul serio

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

* I contenuti e le opinioni espresse in questo articolo non impegnano l'Istituto di appartenenza.

1. Premessa. Virtù e vizi dell'intelligenza artificiale

Strumento di cognizione e/o di decisione, l'intelligenza artificiale è da tempo adoperata dalla pubblica amministrazione nella attività vincolata e da qualche anno sdoganata pure in quella discrezionale¹. È così per esempio per le sanzioni automatizzate del codice della strada, per il rilascio di sovvenzioni, per la scia, per alcune o per tutte le fasi delle procedure concorsuali e per la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici. In questi casi, i risultati prodotti dal *software* fungono da parametro al quale l'amministrazione si vincola, anticipando l'esercizio del potere.

Il rilievo assunto dal nuovo metodo decisionale si spiega nella attitudine a garantire buon andamento, imparzialità e trasparenza all'azione delle pubbliche istituzioni². L'intelligenza artificiale si dimostra infatti particolarmente utile nelle procedure seriali o standardizzate implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e dati oggettivamente comprovabili; così come è «strumento che [può] rivela[re] l'opacità delle pregresse scelte umane in determinati settori o periodi storici», dal momento che «l'atto amministrativo elaborato dall'algorithm [di apprendimento] è decisione prodotta dall'intelligenza artificiale sulla base di migliaia di decisioni assunte in precedenza dall'intelligenza umana»³: in tal senso, l'automazione può essere in grado di eliminare i «rumori» e le opacità del giudizio umano⁴.

D'altra parte, al fenomeno occorre guardare con cautela.

Non di rado le amministrazioni si affidano ciecamente al risultato matematico⁵, lasciando che si verifichi il c.d. *anchoring effect*⁶. Spesso, cioè, viene confusa la

¹ Cfr., per tutte, Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, 8472, in part. punti 11 e 12 cons. dir.

² Sulla combinazione di questi principi, v., per tutti, AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019, 13 ss.

³ CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, fasc. 2, 317 e 308.

⁴ Cfr. in questo senso, KAHNEMAN, SIBONY e SUSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, trad. it. GALLITELLI, Torino, 2021, in part. 130 ss. e 408 ss.; MOTTERLINI e PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, 2005; KAHNEMAN e TVERSKY (a cura di), *Choices, Values and Frames*, Cambridge 2000; SCHWARTZ, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, in *Hastings Law Journal*, vol. 43, 1992, 1322 ss.

⁵ Basti qualche esempio. L'ufficio scolastico provinciale di Prato a settembre 2022 convocava i docenti supplenti, affidandosi a una graduatoria, elaborata da un *software*, che a pochi giorni dall'inizio della scuola si sarebbe rivelata completamente sbagliata, perché basata su dati scorretti (segnatamente, nel fornire i dati alla macchina non erano stati eliminati gli insegnanti che avevano nel frattempo vinto il concorso e neppure erano state conteggiate correttamente le cattedre disponibili); L'Agenzia per la cooperazione e lo sviluppo a novembre 2022 inviava convocazioni ai vincitori del concorso sulla base di una graduatoria elaborata da un algoritmo, che si sarebbe rivelata sbagliata perché fondata su dati errati (n particolare, non erano stati inseriti i titoli di laurea di alcuni candidati); La Regione Sicilia nel 2021, durante la pandemia da Covid-19, dichiarava il proprio territorio «zona bianca», basandosi sul risultato del calcolo computazionale, che si sarebbe rivelato poi completamente sbagliato in quanto fondato su dati sanitari (ospedalizzazioni, decessi, etc.) non corrispondenti a quelli reali.

⁶ Cfr. sul punto MARCHETTI, *La garanzia dello Human in the loop alla prova della decisione*

neutralità del mezzo con la neutralità del metodo⁷, dimenticando che in realtà «ogni algoritmo è connesso in modo indissolubile a chi lo ha costruito e a chi lo utilizza»⁸. Non si ricorda, in altri termini, che ogni procedimento algoritmico dipende: dall'obiettivo che gli viene assegnato; dai dati che gli vengono forniti, provenienti dal mondo reale, i quali devono prima essere selezionati, poi ripuliti e ordinati secondo certi criteri; dalle istruzioni che indicano alla macchina come 'macinare' quei dati, un calcolo dopo l'altro, in vista dell'obiettivo prefissato⁹.

Gli effetti dell'inconsapevolezza non sono trascurabili. L'uso inavveduto degli strumenti di intelligenza artificiale può condurre a decisioni errate, ingiuste e oscure, per di più inspiegabili da parte delle pubbliche amministrazioni. A rischio sono proprio le garanzie di buon andamento, imparzialità e trasparenza in potenza ascrivibili al metodo algoritmico e, di conseguenza, le posizioni giuridiche individuali dei soggetti destinatari dell'azione amministrativa automatizzata¹⁰.

Ne deriva l'esigenza di regolamentare il fenomeno, con l'individuazione di misure organizzative che consentano l'intervento umano sulla progettazione e sul funzionamento dell'intelligenza artificiale¹¹.

amministrativa algoritmica, in *Biolaw Journal*, 2/2021, 8, dove l'A. analizza gli approdi degli studi di psicologia comportamentale del rapporto uomo-macchina. In proposito, v. LOGG, MINSON e MOORE, *Algorithm appreciation: people prefer algorithmic to human judgment*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 151, 2019, 90 ss.

Di atteggiamento deferente dell'uomo verso l'algoritmo parlano pure COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 81; MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi*, n. 18, 2021, 207.

Sull'istintiva aspettativa verso la perfezione dell'algoritmo, cfr., tra altri, DIETVORST, SIMMONS e MASSEY, *Algorithm Aversion: People Erroneously Avoid Algorithms After Seeing Them Err*, in *Journal of Experimental Psychology General*, vol. 144, 2015, 114 ss.

⁷ «Gli algoritmi [deterministici o predittivi che siano] si sussurra che li eseguano i computer, e tanto basta ad accreditarli»: TOFFALORI, *Algoritmi. Raccontare la matematica*, Bologna, 2015, 7.

⁸ Così, FRY, *Hello world. Esseri umani nell'era delle macchine*, trad. it. di MIGLIORI, Torino, 2019, 13. Si tratta della concezione della matematica contemporanea, secondo la quale "essa non è specificata e definita dai numeri o dagli enti geometrici ma dalle relazioni tra essi" e "anche dalle relazioni con noi": VALERIO, *La matematica come politica*, Torino, 2020, 25-26.

⁹ Cfr. AMATO MANGIAMELLI, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. di fil. del dir.*, fasc. 1, 2019, 2.

¹⁰ Sui rischi derivanti dall'uso del calcolo computazionale a fini istruttori e/o decisionali, alla letteratura già citata si aggiungano, senza alcuna pretesa di esaustività, MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir.*, I Tematici, *Funzioni amministrative*, 2022, 75 ss.; AA. VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, in PAJINO, DONATI, PERRUCCI (a cura di), Bologna, 2022; PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Napoli, 2022, 15 ss.; CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, Bologna, 2021, 1 ss.; CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, fasc. 2, 273 ss.; AA. VV., *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, in CAVALLO PERIN e GALETTA (a cura di), Torino, 2020, 1 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, n. 1, 5 ss.; SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2019, 1171 ss.; RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, fasc. 2, 2019, 199 ss.

¹¹ Discute di «riserva di umanità», intrinsecamente connessa alla funzione amministrativa, GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sull'automazione decisionale tra procedimento*

Di tale esigenza si è fatta carico la Banca d'Italia. L'amministrazione indipendente, a seguito di una ponderata valutazione di opportunità tra mezzi e fini, ha scelto di utilizzare strumenti di *machine learning* nell'esercizio dell'attività di vigilanza per la tutela della clientela bancaria e finanziaria. A tale scopo, si è dotata di un Regolamento che, con riguardo al trattamento dei dati personali, disciplina lo strumento digitale, in tutte le sue fasi, permettendo quindi un controllo pieno e costante non solo *ex post*, ma anche (e soprattutto) *ex ante* sul sapere (oggettivamente e soggettivamente) specialistico.

L'esempio è virtuoso e, per quanto favorito dalle capacità organizzative dell'Istituzione, vuoi per competenze vuoi per risorse a disposizione, rappresenta la cartina al tornasole di come l'intelligenza artificiale sia in tutto e per tutto una forma di potere, solo condotto «con altri mezzi»¹².

Al caso Banca d'Italia sono dedicate le pagine che seguono.

2. La giuridificazione del fenomeno: dal c.d. uso etico dell'automazione alla legalità algoritmica

Prima di soffermarsi sul Regolamento di Banca d'Italia in materia di esposti e capirne genesi, evoluzione e applicazione, conviene ricostruire brevemente il quadro normativo e il formante giurisprudenziale dai quali si evince l'esigenza di regolare il rapporto uomo-macchina nella logica del controllo.

Tale esigenza è infatti sostenuta da più attori istituzionali, contenuta in fonti diverse, su aspetti altrettanto diversi dell'automazione, tutti in ogni caso volti a configurare la c.d. legalità algoritmica¹³. Si tratta di interventi che dimostrano come intorno all'uso dell'intelligenza artificiale non si ragioni più solo in termini di comportamenti eticamente corretti, ma si impongano vere e proprie regole giuridiche alle quali si richiede di conformarsi per considerare tale uso legittimo.

Le misure prescritte si concentrano sulle possibili ricadute negative per i diritti delle persone, nel tentativo di risolvere quelli che comunemente vengono definiti

e processo, Padova, 2023, 1 ss.

¹² Così, CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell'IA*, cit., 16. Sulla sostanziale fisionomia dell'IA come potere, v. inoltre, FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, 70-71. In generale, sulla tecnica come «struttura di potere reale»: MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 3.

¹³ CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 273 ss. Le espressioni usate per indicare la necessità di introdurre forme di controllo sull'automazione sono le più diverse: parla di *rule of technology* SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in CAVALLO PERIN e GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., 21 ss., mentre la formula *legality by design* è utilizzata da RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., 218.

Circa il dibattito sulla legalità algoritmica, si vedano i contributi in PONTI (a cura di), *Gli algoritmi pubblici tra legalità e partecipazione*, sezione monografica della *Riv. it. di inform. e dir.*, fasc. 2, 2022, 5 ss.

come i tre principali ordini di problemi innescabili da una decisione algoritmica: *i.e.* segretezza della logica; attitudine discriminatoria; mortificazione della dignità umana¹⁴.

Si pensi alla disciplina dei dati, dalla quale è opportuno partire non fosse altro perché è con i dati che si istruiscono e/o si prendono le decisioni¹⁵ e perché, come si dirà meglio oltre, rappresenta il terreno specifico dell'azione di regolamentazione dell'autorità di vigilanza in esame.

Al riguardo, è naturale volgere l'attenzione ai contenuti del GDPR per il trattamento dei dati personali¹⁶: tra i diritti della persona fisiologicamente e immediatamente più a rischio nei processi di automatizzazione, siano essi volti ad arricchire le attività conoscitive della pubblica amministrazione¹⁷ oppure a far coincidere il risultato matematico con la decisione finale dell'amministrazione, campeggia infatti il diritto alla riservatezza e alla libertà e dignità dell'individuo¹⁸.

Ebbene, il legislatore europeo sancisce una serie di regole a carico del titolare del trattamento di questi dati, nell'ordine di idee della protezione. Sul presupposto che il trattamento dei dati personali è consentito «se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri»¹⁹, è noto per esempio il divieto di sottoporre un essere umano a una decisione «basata unicamente sul trattamento automatizzato»²⁰, a meno che non vengano predisposte «misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato» e non venga garantito «il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione»²¹. Il GDPR, in altri termini, prescrive a carico di chi gestisce questa tipologia di dati facendo ricorso a sistemi integralmente automatizzati, un controllo

¹⁴ Cfr. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., 211 ss.

¹⁵ «Rispetto al tradizionale *modus operandi* che prevedeva la formulazione di ipotesi e poi la ricerca di dati che fornissero delle risposte, ora il processo è rovesciato: si hanno a disposizione i dati, e si è chiamati a fare delle domande»: COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit., 47.

¹⁶ Reg. UE, 2016/679, che verrà integrato dal Regolamento *e-privacy*, ancora in fase di negoziazione. Il regolamento amplierà la disciplina del trattamento dei dati personali contenuti nelle comunicazioni elettroniche e dei relativi metadati e si applicherà anche alle persone giuridiche.

¹⁷ FALCONE, *Bisogni conoscitivi delle amministrazioni e principio di legalità: quale predeterminazione delle scelte conoscitive pubbliche?*, in PONTI (a cura di), *Gli algoritmi pubblici tra legalità e partecipazione*, cit., 55 ss.

¹⁸ Tra i diritti della persona più a rischio nell'uso degli strumenti digitali vi è senz'altro il diritto alla riservatezza dei dati personali. V., di recente, il caso richiedenti asilo a proposito del precario equilibrio tra acquisizione e circolazione dei dati e tutela delle frontiere: cfr. l'intervista a Wiewiórowski, presidente dell'EU's data protection supervisor (EDPS) (<https://euobserver.com/digital-eu/156477>).

¹⁹ Art. 6, Reg. UE, 2016/679, par. 1, lett. e) e par. 3, entrambi recepiti dal Codice in materia di protezione dei dati personali, all'art. 2ter, comma 1bis, introdotto dal d.l. 139/2021, convertito in legge 205/2021.

²⁰ Critico sulla applicazione concreta di tale divieto, SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, cit., 27-28.

²¹ Art. 22, par. 3, Reg. UE, 2016/679.

ex post circa la correttezza (dell'uso) dei dati personali strumentali alla decisione finale.

Ma non solo. Dalla normativa europea sulla protezione dei dati si ricavano altresì indicazioni sulla necessità di un controllo che sia anche *ex ante* sui dati da usare. Si è di fronte a un aspetto della disciplina che assume particolare rilievo anche quando l'uso di un sistema di intelligenza artificiale sia strumentale all'incremento e alla razionalizzazione del patrimonio informativo dell'amministrazione, se si considerano gli effetti, sia pure indiretti, sulla decisione finale.

A completamento degli obblighi in base ai quali i dati personali debbano essere «esatti e [...] aggiornati», nonché «trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza» affinché siano impediti l'accesso e l'utilizzo non autorizzati²², il GDPR suggerisce infatti «la progettazione preventiva delle macchine in maniera *privacy-enhancing*»²³. È quanto si ricava dall'art. 25²⁴ e, soprattutto, dal Considerando 71 dello stesso GDPR, secondo il quale: «è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche [...], metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori».

La raccomandazione è preziosa nella prospettiva dell'uso consapevole dell'automazione, tanto da essere, come si vedrà, ampiamente seguita da Banca d'Italia al fine di sfruttare (in maniera legittima) tutte le potenzialità degli strumenti algoritmici nella fase istruttoria del procedimento funzionale all'attività di vigilanza.

La necessità che dei sistemi di intelligenza artificiale si abbia piena contezza, nel loro complessivo funzionamento e quando anche siano solo strumenti di cognizione, emerge, poi, anche da altre fonti normative. Il riferimento va in particolare alla proposta di Regolamento europeo sull'Intelligenza artificiale (*IA Act*), elaborata nel 2021 dalla Commissione, oggi in fase di negoziazione davanti al Consiglio dell'Unione europea²⁵ e al Parlamento²⁶.

Il provvedimento normativo, che stabilirà regole per lo sviluppo, la modifica e l'uso di prodotti, servizi e sistemi guidati dall'intelligenza artificiale, applicabili a tutti i settori nel territorio dell'Unione, è, come noto, costruito sul principio del *risk-*

²² Art. 5, comma 1, lett. d) e lett. f), Reg. UE, 2016/679.

²³ RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., 227.

²⁴ Rubricato: "Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione per impostazione predefinita".

²⁵ Il Consiglio ha approvato il suo «orientamento generale» il 25 novembre 2022 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/it/pdf>).

²⁶ I passi per la definizione e l'entrata in vigore dell'*IA Act* sono: 1) la definizione di emendamenti da portare in seduta plenaria al Parlamento europeo 2) il confronto del testo sull'*AI Act* con quello del Consiglio UE 3) la discussione a tre (il cosiddetto "trilogo") tra Commissione, Parlamento e Consiglio, per la definizione di un testo concordato 4) la pubblicazione del testo finale dell'*AI Act*

based: fatto esplicito divieto ai sistemi di per sé lesivi per diritti e sicurezza, la proposta di Regolamento si focalizza sui sistemi che, se immessi nel mercato e usati, possono presentare rischi perché toccano diritti fondamentali e sicurezza²⁷.

Per queste applicazioni, la disciplina si affida a una forma di co-regolamentazione, in cui l'UE definisce il risultato (cioè, i criteri per un sistema di intelligenza artificiale affidabile) e i provider e gli utenti devono occuparsi della valutazione interna di conformità. In estrema sintesi, il Regolamento individua requisiti regolatori che riguardano: la finalità prevista dal sistema di IA; la misura in cui è usato o verrà impiegato; la c.d. gestione del rischio inerente, da un lato, la portata dell'eventuale danno o impatto negativo sulle persone, da tenere costantemente aggiornata e, dall'altro lato, l'eliminazione o la riduzione dei rischi attraverso un'adeguata progettazione del sistema; la quantità e qualità dei dati utilizzati (*governance* dei dati); la tracciabilità del processo di sviluppo dei sistemi di IA; gli obblighi di informazione all'utente sulle specifiche e il livello atteso di precisione del sistema; l'obbligo di garantire la supervisione del sistema da parte di un essere umano, in ordine alla robustezza del sistema e al suo corretto funzionamento. Requisiti che devono essere autocertificati dai fornitori in maniera periodica, anche a seguito di segnalazioni da parte degli utenti, i quali a loro volta hanno l'obbligo di informare il provider di eventuali rischi esistenti e/o sopravvenuti.

In definitiva, quel controllo preventivo sulla qualità dei dati, segnatamente dei dati personali, suggerito nel GDPR, con l'entrata in vigore del Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale si imporrà per tutti gli aspetti che riguardano progettazione e applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio.

La logica sottesa ai due provvedimenti normativi, raccolta pienamente da Banca d'Italia, rappresenta invero la declinazione (finanche rafforzata²⁸) nel contesto digitale di principi costituzionali e amministrativi²⁹, effettuata dalla giurisprudenza, altra e ultima fonte che rileva ai nostri fini.

Tar e Consiglio di Stato, chiamati negli ultimi anni a pronunciarsi sulla compatibilità dell'automazione con l'azione dell'amministrazione, hanno infatti enucleato una serie di condizioni per considerare costituzionalmente legittime le decisioni fondate sui risultati di una macchina³⁰. Si tratta dei noti principi di

²⁷ L'Allegato III della proposta riporta l'elenco dei sistemi ad alto rischio, suddivisi per settori di incidenza (*e.g.* istruzione e formazione professionale; occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo, gestione delle migrazioni e controllo delle frontiere, accesso ai servizi pubblici e privati essenziali), con la precisazione che si tratta di un elenco non esaustivo e sottoposto a periodici aggiornamenti.

²⁸ Cfr. Tar, Napoli, 14 novembre 2022, n. 7003: l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, espressivo dei principi di giustiziabilità e di trasparenza dell'azione dell'amministrazione, è per il Collegio rafforzato in quanto l'amministrazione dovrà rendere la decisione finale non solo conoscibile ma anche comprensibile.

²⁹ Segnatamente i principi di uguaglianza, imparzialità, responsabilità e trasparenza.

³⁰ Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3148; Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2770; Cons. St., sez. VI, 12

conoscibilità e comprensibilità della logica matematica e dell'imputabilità della decisione automatizzata all'organo titolare del potere, nonché infine del principio di non discriminazione algoritmica.

L'individuazione è progressiva, di volta in volta specificata dai giudici³¹. Soprattutto è progressivo il passaggio dell'applicazione dei suddetti principi dalla fase di controllo *ex post* (in sede giurisdizionale³²), alla fase di *design* dell'applicativo digitale utilizzato, cioè al momento di esercizio del potere amministrativo di mediazione e composizione di interessi³³.

Ne deriva in capo alle amministrazioni l'obbligo di interagire costantemente con la macchina, anche per mezzo di «test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di *deep learning*)»³⁴, in modo che «possa essere sempre provata e illustrata sul piano tecnico» la «coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche». Si devono cioè chiarire «le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, *eventualmente* contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento»³⁵.

Per quanto l'opera interpretativa dei giudici nasca per rimediare ai rischi derivanti dall'automazione decisionale, i principi e le relative regole si ritiene debbano trovare applicazione all'uso dell'intelligenza artificiale *tout court*, quindi anche se strumento «di identificazione e di soddisfazione dei bisogni conoscitivi» dell'amministrazione. E questo in considerazione dei pericoli per la tenuta della legalità che pure derivano dal siffatto utilizzo³⁶.

Si conferma in definitiva l'esigenza del controllo *ex ante* sulla macchina, l'unico in grado di governare «democraticamente» il fenomeno³⁷.

Anche i moniti della giurisprudenza sono alla base del provvedimento normativo di Banca d'Italia, del quale si può ora dire.

dicembre 2019, nn. 8472-8473-8474; Tar, Napoli, 14 novembre 2022, n. 7003; Tar Lazio, sez. IIIbis, 1° giugno 2020, n. 7406; Tar Lazio, sez. IIIbis, 10 settembre 2018, n. 9224-9230; Tar Lazio, sez. IIIbis, 22 marzo 2017, n. 3769.

³¹ In una sorta di presa di coscienza nel tempo dei rischi sottesi all'uso degli algoritmi, rispetto alla funzione amministrativa.

³² Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270: «la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione».

³³ Per il passaggio si confrontino le sentenze Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

³⁴ Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁵ Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881. Corsivo aggiunto.

³⁶ FALCONE, *Bisogni conoscitivi delle amministrazioni e principio di legalità: quale predeterminazione delle scelte conoscitive pubbliche?*, in PONTI (a cura di), *Gli algoritmi pubblici tra legalità e partecipazione*, cit., 61.

³⁷ Ancora RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., 201.

3. La regolamentazione dell'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni pubbliche: l'esperienza di Banca d'Italia

3.1. L'ambito di applicazione: la materia degli esposti

Il Regolamento che si va a illustrare³⁸ costituisce – conviene ripeterlo – la prima occasione da parte di un'istituzione pubblica di disciplinare l'innovazione, con l'obiettivo di rispondere agli obblighi di trasparenza, affidabilità e rendicontazione previsti dalle fonti sopra citate, producendo al contempo l'effetto di incentivare la fiducia in un uso della tecnologia sicuro, conforme alla legge e rispettoso dei diritti fondamentali.

A questo risultato si è giunti in maniera graduale, prima di tutto definendo puntualmente l'ambito di applicazione dello strumento digitale all'interno delle attività istituzionali dell'Autorità indipendente.

Ebbene, tra i compiti istituzionali di Banca d'Italia, ascrivibile alle attività di interesse pubblico e oggetto di crescente attenzione negli ultimi decenni, un posto di rilievo è assunto dalla c.d. vigilanza di tutela della clientela bancaria e finanziaria, che ha come obiettivo quello di vigilare sul comportamento degli intermediari, promuovendo la trasparenza e la correttezza dei rapporti con la clientela e mettendo a disposizione strumenti di tutela individuale come, fra gli altri, gli esposti.

I clienti, infatti, possono segnalare con un esposto alla Banca d'Italia comportamenti che ritengono irregolari o scorretti, richiamando così l'attenzione dell'Autorità di vigilanza che in questi casi interviene sollecitando l'intermediario a prendere in esame quanto segnalato e a rispondere al cliente, agevolando in questo modo il dialogo tra le parti e, quando ritenuto utile, dando direttamente chiarimenti a chi ha presentato l'esposto, anche al fine di indirizzare la corretta comprensione delle problematiche sollevate.

In questa prospettiva, gli esposti offrono un importante contributo all'azione di vigilanza e di tutela della Banca d'Italia, in quanto consentono di intercettare specifiche esigenze di protezione dei clienti, concorrendo a definire le azioni di controllo come autorità di vigilanza o ad individuare particolari settori meritevoli di interventi regolatori o di iniziative di educazione finanziaria per accrescere il livello di consapevolezza negli utenti dei servizi bancari e finanziari.

Peraltro, è facile immaginare come la Banca d'Italia si trovi a dover esaminare annualmente un elevato numero di esposti³⁹, la cui analisi "manuale" è resa particolarmente difficoltosa dalla mole della documentazione presentata: centinaia di

³⁸ «Regolamento concernente il trattamento dei dati personali effettuato dalla Banca d'Italia nell'ambito della gestione degli esposti riguardanti la trasparenza delle condizioni contrattuali, la correttezza dei rapporti tra intermediari e clienti e i diritti e gli obblighi delle parti nella prestazione dei servizi di pagamento», approvato con Delibera 22 marzo 2022, n. 112, pubblicato in G.U. 30 marzo 2022, n. 75.

³⁹ In media la Banca d'Italia riceve in media oltre 9000 esposti all'anno nell'ultimo quinquennio, composti a loro volta da un ingente volume di documenti.

migliaia di pagine di testo caratterizzate da formato, struttura, linguaggio e tenore differenziati.

Di qui, la decisione di ricorrere all'intelligenza artificiale per la gestione delle istanze. Del resto, la materia rappresenta un ambito nel quale – come segnalato in premessa – il ricorso alla tecnologia mostra tutte le sue potenzialità, specie in termini di buon andamento dell'azione amministrativa: l'attività di analisi degli esposti implica l'elaborazione di ingenti quantità di dati e l'uso di uno strumento di IA fornisce un supporto oggettivamente comprovabile in termini di elaborazione delle informazioni.

3.2. Lo strumento prescelto: l'algoritmo di machine learning

Definito l'ambito di applicazione, l'Istituzione ha poi individuato lo strumento di intelligenza artificiale migliore per processare l'insieme degli elementi racchiusi nella documentazione presentata dalla clientela.

Più nel dettaglio, per ottimizzare la raccolta e l'aggregazione delle informazioni contenute negli esposti e agevolare l'individuazione delle problematiche segnalate, Banca d'Italia, oltre a utilizzare «un motore di ricerca full text in grado di accedere a tutti i documenti presentati e di ricercare tutte le informazioni presenti negli esposti riconducibili a un determinato servizio o prodotto finanziario»⁴⁰, ha sviluppato un applicativo che attraverso un modello di *machine learning* è in grado di analizzare gli esposti e trovare similitudini semantiche per *cluster*, evidenziando i termini ricorrenti per ciascun *cluster*⁴¹. A tal fine «vengono assegnati dei tag esemplificativi del contenuto, riguardanti in particolare i prodotti e i servizi finanziari offerti alla clientela, che abbiano costituito oggetto di segnalazione di anomalia da parte dei privati»⁴².

In questo modo sono identificate le fenomenologie di interesse, emerse o emergenti nell'insieme degli esposti pervenuti alla Banca d'Italia e riguardanti intermediari o prodotti finanziari, rendendo così tempestivamente disponibili informazioni utili all'attività di vigilanza, con un ingente risparmio di tempo e di risorse.

Si tratta evidentemente di un tipico esempio in cui tecniche di analisi basate sull'intelligenza artificiale vengono utilizzate dall'autorità pubblica come strumento di supporto alla sua attività decisionale e discrezionale.

Per un verso, esse consentono infatti di rendere più efficienti processi di lavoro, di migliorare l'impiego delle risorse e di generare risultati ottenuti da correlazioni di

⁴⁰ Reg. 112/2022, Allegato, lett. a), par. ii).

⁴¹ Reg. 112/2022, Allegato, lett. a), par. ii): «vengono utilizzate tecniche di analisi e algoritmi di machine learning (ML) in grado di estrarre e rappresentare gli elementi e i documenti che, sulla base della normativa di settore, risultino maggiormente rilevanti, a supporto delle attività sopra descritte. La logica alla base delle tecniche attualmente utilizzate consiste nell'aggregare gli esposti in cluster, per similitudine semantica, appendendo elementi informativi e rappresentazioni gerarchiche dall'aggregazione dei dati».

⁴² Reg. 112/2022, Allegato, lett. a), par. ii).

informazioni che l'occhio dell'analista umano non sarebbe stato in grado di produrre. Per altro verso, l'output di tale analisi rappresenta un parametro usato da Banca d'Italia per studiare i fenomeni di interesse e indirizzare l'azione di vigilanza.

3.3. La legittimità del trattamento dei dati personali tramite algoritmi: l'interesse pubblico al controllo sugli intermediari bancari e finanziari e le misure organizzative ad hoc

La progettazione e l'attivazione dell'algoritmo di apprendimento, per lo svolgimento efficiente ed efficace di una funzione pubblica, hanno reso infine necessario l'intervento regolatore dell'Autorità che, nella logica del pieno controllo sulla tecnica, rappresenta il fulcro del provvedimento in esame. Banca d'Italia ha dovuto in particolare fare i conti con la circostanza che, come per ogni applicativo di intelligenza artificiale, alla base delle elaborazioni effettuate dall'algoritmo di analisi degli esposti, ci sono le informazioni contenute nella documentazione prodotta e che, tra queste informazioni, ci sono anche i dati personali, riferibili tanto ai soggetti che hanno presentato l'esposto, quanto ai terzi a vario titolo coinvolti nella vicenda oggetto di segnalazione.

La presenza di dati personali ha portato, dunque, in linea con il GDPR, al perfezionamento di una specifica disciplina che legittimasse il trattamento mediante un sistema di intelligenza artificiale.

In questo ordine di idee, facendo seguito alle indicazioni provenienti dal Garante della privacy⁴³, Banca d'Italia ha emanato il Regolamento in esame, nel quale innanzitutto viene individuato l'interesse pubblico sotteso alla gestione automatizzata dei dati personali⁴⁴. Nel Regolamento si chiarisce quindi che l'attività «risponde ad una finalità di interesse pubblico rilevante consistente nello svolgimento di compiti di controllo sugli intermediari vigilati, in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, correttezza dei rapporti con la clientela e di diritti e obblighi delle parti nella prestazione di servizi di pagamento».

Inoltre, si specifica che «l'uso delle informazioni acquisite in relazione alla trattazione degli esposti effettuata tramite strumenti di IA è finalizzata a ottimizzare il patrimonio informativo contenuto negli esposti, per poterne ricavare elementi utili su fenomeni d'interesse per l'attività di vigilanza»⁴⁵: esso è cioè solo strumentale all'analisi «dell'andamento spazio-temporale relativo al diffondersi di fattispecie ricorrenti o potenzialmente anomale negli esposti»⁴⁶. Ne consegue che il trattamento dei dati non implica nessuna forma di profilazione o di predizione di comportamenti,

⁴³ Nella elaborazione del Regolamento si è instaurato *naturaliter* un dialogo costante con il Garante della privacy.

⁴⁴ In Regolamento costituisce la base giuridica per il trattamento dei dati personali, che sia finalizzato all'adempimento di un compito di pubblico interesse, in ottemperanza alle prescrizioni di cui all'art. 6, par. 1, l. e) e par. 3, Reg. UE, 2016/679, come recepiti dal Codice in materia di protezione dei dati personali, art. 2ter, comma 1 e 1bis, cit.

⁴⁵ Reg. 112/2022, Allegato, lett. c).

⁴⁶ Reg. 112/2022, Allegato, lett. a), par. ii).

così come non comporta decisioni automatiche⁴⁷.

Al fine di legittimare l'uso dello strumento di intelligenza artificiale, l'Autorità di vigilanza ha poi adottato misure di garanzia e di protezione per prevenire il rischio di conseguenze negative sugli individui, derivanti da un uso distorto di tali strumenti.

Si tratta, si vedrà, di misure che sono state salutate con favore dal Garante della privacy, il quale, come si legge nel parere emanato con provvedimento n.78 del 24 febbraio 2022⁴⁸, ha ritenuto che il Regolamento si adegui non solo alla necessità che venga garantita trasparenza al trattamento dei dati personali, ma anche ai principi di *accountability* e di *privacy by design* e *by default* previsti dal Regolamento europeo.

In questo modo, a guardare bene, l'Istituzione ha senz'altro ancora ottemperato al GDPR, ma ha anche anticipato per alcuni aspetti il contenuto della proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Ispirata al principio *risk-based*, secondo cui un sistema tecnologico non è oggetto né di un divieto assoluto né di liceità assoluta, Banca d'Italia si è, infatti, autovincolata al rispetto di determinate condizioni che riguardano la *governance* dei dati, il controllo sulla progettazione e sul funzionamento dell'applicativo e gli obblighi di trasparenza⁴⁹.

Così, stabilito che i dati elaborati dalla macchina «sono conservati per il tempo necessario al perseguimento delle finalità per le quali sono stati raccolti»⁵⁰, nel Regolamento si prescrive che questi siano integri e costantemente controllati, e nel caso corretti, in modo da evitare che l'errore possa propagarsi nell'algoritmo⁵¹. Allo stesso scopo, «l'accesso alle informazioni [e all'applicativo] è consentito solo ai dipendenti abilitati e addetti all'attività di gestione degli esposti e all'uso delle informazioni in essi contenute tramite strumenti di IA», come pure «sono predisposte e riviste policy interne sulla protezione dei dati, misure per la continuità operativa e per la gestione degli incidenti di sicurezza», quali a titolo esemplificativo azioni sugli hardware, reti e apparecchiature contro minacce ambientali, accessi non autorizzati o intercettazioni, ovvero pianificazioni di aggiornamenti e backup periodici dei dati e

⁴⁷ Cfr. ancora Reg. 112/2022, Allegato, lett. a), par. ii).

⁴⁸ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9751895>.

⁴⁹ Recependo il principio di conoscibilità e comprensibilità elaborato dalla giurisprudenza amministrativa citata *supra* § 2.

⁵⁰ Cfr. Reg. 112/2022, Allegato, lett. b), dove si specifica che: «(i) per l'attività di trattazione degli esposti i dati sono conservati nei sistemi di protocollazione e conservazione documentale e negli altri applicativi aziendali che gestiscono il processo di trattazione degli esposti per il tempo stabilito dalle disposizioni del Massimario di scarto adottato dalla Banca d'Italia che per ciascuna fattispecie documentale ne stabilisce i tempi di conservazione; (ii) per l'attività di uso delle informazioni acquisite in relazione alla trattazione degli esposti tramite strumenti di IA, negli applicativi aziendali che utilizzano tecniche di analisi e algoritmi di machine learning (ML), i dati vengono conservati per dieci anni dall'acquisizione dell'esposto, come documentazione di supporto alle attività amministrative e per garantire la correlazione esistente tra la performance dei sistemi di IA e la lunghezza delle serie storiche sottostanti e consentire così la verifica e la replicabilità dei risultati delle analisi, utile a stabilire le corrette interazioni tra i dati contenuti negli esposti. In ogni caso, l'interessato ha diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'art. 21 del GDPR».

⁵¹ Reg. 112/2022, Allegato, lett. h).

procedure di ripristino⁵².

Quanto al controllo sulla progettazione e sul funzionamento dell'applicativo, Banca d'Italia si impegna a monitorare e aggiornare periodicamente l'applicativo di *machine learning*, in un processo continuo di riaddestramento: «l'algoritmo viene, infatti, periodicamente riaddestrato non appena si ritiene che il set di informazioni o l'interpretazione ad essi associata stia per rendere "obsolete" le relazioni apprese dal modello, a causa di fattori di variazione, anche esogeni, che possono impattare sui risultati delle analisi»⁵³. Si tratta di un'operazione che, presentando caratteristiche multidisciplinari, viene effettuata perlopiù dal team di esperti appartenenti all'area di gestione degli esposti e al profilo tecnico dell'Autorità di vigilanza (*data scientist*), il quale garantisce una costante e qualificata sorveglianza umana sul processo di analisi⁵⁴.

Infine, a protezione dei diritti individuali delle persone i cui dati sono trattati in maniera automatizzata, nel Regolamento si prescrive l'obbligo di enucleare la logica di analisi utilizzata dall'algoritmo: «l'applicazione del ML [infatti] si avvale di tecniche in grado di fornire una rappresentazione del funzionamento interno dell'algoritmo, finalizzata alla spiegabilità dei risultati prodotti», anche per mezzo di idonea documentazione che sia in grado di dar conto del continuo perfezionamento dell'algoritmo⁵⁵.

Tutte queste misure consentono di coniugare il rispetto delle disposizioni in materia di dati personali con la regolamentazione di specifici aspetti dedicati all'uso di tecniche innovative, rendendo al contempo possibile il passaggio dell'amministrazione da mera fruitrice della tecnologia ad avveduta utilizzatrice della stessa⁵⁶.

4. Nota finale. La responsabilità presa sul serio

Il caso Banca d'Italia è esemplare. Innanzitutto, per aver regolato il fenomeno e per averlo fatto in modo da governare (e quindi non subire passivamente) i risultati provenienti dallo strumento di *machine learning*, imputando a sé l'intero processo che ne è alla base e autovincolandosi a una disciplina stringente.

Ma l'esperienza rivela anche altro. Rivela che tutto questo è stato possibile in quanto l'Autorità di vigilanza ha compiuto valutazioni a monte, circa l'uso dell'intelligenza artificiale. Queste valutazioni hanno risposto alle seguenti domande: è opportuno ricorrere ai sistemi automatizzati per lo svolgimento di quella funzione? quali sono i costi, in termini di rischi per la tenuta dei principi e dei diritti

⁵² Reg. 112/2022, Allegato, lett. h).

⁵³ Reg. 112/2022, Allegato, lett. h).

⁵⁴ Reg. 112/2022, Allegato, lett. h).

⁵⁵ Reg. 112/2022, Allegato, lett. h).

⁵⁶ Cfr. TRANQUILLI, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa robotica*, in *Dir. e soc.*, 2/2020, 284. V. Inoltre FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 161.

fondamentali? quali sono i benefici? si dispone delle competenze tecniche⁵⁷ per monitorare costantemente il funzionamento del *software*? si hanno le risorse per costituire un gruppo di *data scientist*? si è in grado di costruire il programma? in caso contrario, chi sono i «padroni dell'intelligenza artificiale e quali bisogni essa serv[e]⁵⁸?

Si tratta di interrogativi che ogni amministrazione dovrebbe porsi di fronte alla possibilità di usare l'automazione. Solo in questo modo, infatti, si può giungere a una regolamentazione responsabile, seriamente rivolta a tenere sotto controllo quel potere che la tecnica soltanto camuffa.

⁵⁷ Sono le competenze sulle quali la proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale punta molto: nell'eliminare o ridurre i pericoli connessi all'uso del sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, vengono infatti tenuti debitamente in considerazione le conoscenze tecniche, l'esperienza, l'istruzione e la formazione che ci si può aspettare dall'utente e l'ambiente in cui il sistema è destinato ad essere usato.

⁵⁸ Così FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 71.

LA NECESSARIA DISCONTINUITÀ NELL'INTERPRETAZIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE AI PROCEDIMENTI SANZIONATORI DI CONSOB E BANCA D'ITALIA[°]

Nicoletta Vettori

*Professoressa Associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena*

Il saggio analizza in modo critico gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Cassazione relativi al corredo di garanzie che assistono (o dovrebbero assistere) lo svolgimento dei procedimenti sanzionatori da parte della Consob e dalla Banca d'Italia, attraverso un raffronto con i principi costituzionali ed europei. A fronte della diffusa fiducia riposta nel momento del sindacato giurisdizionale sull'applicazione delle sanzioni, si evidenzia la necessità che le garanzie siano implementate innanzitutto all'interno dei procedimenti amministrativi, anche attraverso l'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità di vigilanza supportate da una diversa interpretazione del diritto positivo vigente.

The essay critically analyses the orientations of the jurisprudence of the Court of Cassation concerning the set of guarantees that assist (or should assist) the conduct of sanctioning proceedings by Consob and the Bank of Italy, through a constant comparison with constitutional and European principles. In the face of the widespread trust placed in the moment of judicial review of the application of the sanctions, the intention is to highlight the need for guarantees to be implemented first and foremost within administrative proceedings, including through the exercise of regulatory power by the Supervisory Authorities supported by a different interpretation of the law in force.

Sommario:

1. Premessa
2. La disciplina dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia
3. La “dequotazione” delle garanzie procedurali da parte della giurisprudenza
 - 3.1. Incertezza del *dies a quo* del termine per la contestazione degli illeciti e natura ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento
4. Segue. Il contraddittorio procedimentale. L'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo per le sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”
 - 4.1. La (asserita) funzione collaborativa della partecipazione nei procedimenti diretti all'emanazione di sanzioni amministrative
 - 4.2. Un primo (ma isolato) segno di cambiamento: «il nucleo duro di garanzie che deve essere assicurato già in sede procedimentale»
5. Considerazioni critiche: intima connessione tra vigilanza e sanzione e “confusione” delle discipline procedurali
6. Potere sanzionatorio e disciplina procedimentale: la specialità dipende dalla finalità punitiva e dal coinvolgimento dei diritti fondamentali dell'incolpato
7. Conclusioni: la necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Premessa

La materia delle sanzioni amministrative delle Autorità di vigilanza dei mercati finanziari negli ultimi anni è stata oggetto di importanti interventi della giurisprudenza nazionale ed europea. Tra questi rilevano in particolare le pronunce che hanno riconosciuto ad alcune di esse la natura ‘sostanzialmente penale’ (secondo i criteri *Engels*)¹, con conseguente estensione di molte delle garanzie proprie della pena².

¹ Come noto, a partire dalla sentenza *Engel and others v. the Netherlands* dell’8 giugno 1976, casi 5100/71, 5101/71, 5102/71, (in tema di sanzioni detentive disciplinari militari) la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri (c.d. criteri *Engel*) in base ai quali è possibile qualificare una sanzione come “penale”: la qualificazione dell’illecito operata dal diritto nazionale (tale indicazione, però, ha un valore relativo e costituisce solo un punto di partenza); la reale natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. La Corte ha inoltre chiarito che il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non cumulativi (perciò la severità-gravità può essere non necessaria ove la sanzione abbia in se stessa una natura deterrente e punitiva) e che la qualificazione formale data nell’ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia laddove determini un ampliamento dell’ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione e, dunque, conduca a un complessivo incremento delle garanzie per gli individui. I principi *ivi* enunciati sono stati confermati da plurime sentenze successive: cfr. sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, par. 50; 22 febbraio 1996, *Putz v. Austria*, par. 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, par. 54; sentenza 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, par. 32; 9 novembre 1999, caso 35260/97, *Varuzza v. Italy*; 27 settembre 2011, c. 43509/08, sent. *Menarini Diagnostics c. Italia*; Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

² In molteplici occasioni anche la Corte costituzionale ha ritenuto che alcune garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010 con nota di TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, p. 2323 ss), al principio di sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), al principio di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza n. 63 del 2019 su cui v. BINDI, PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 22, 2019), del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio (con la sentenza nn. 112 e 221 del 2019, n. 185 del 2021, n. 95 del 2022); del principio del *nemo tenetur se detegere* (con la sentenza n. 84 del 2021 - previo dialogo con la Corte di giustizia dell’Unione Europea - è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 187 *quinquedecies* TUF, nella parte in cui impone l’obbligo di irrogare la sanzione penale per violazione dell’obbligo di collaborare con le Autorità anche nei confronti del soggetto potenzialmente destinatario di una sanzione amministrativa sostanzialmente penale, su quest’ultima pronuncia si veda, tra gli altri, BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri di indagine di Consob e Banca di Italia*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, pp. 1048-1060; GRADI, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di opposizione*, *ivi*, p. 1061- 1069. Di recente, seppur in materia di diritto d’autore, la Corte costituzionale, con sent. 16 giugno 2022, n. 149 si è pronunciata sull’illegittimità costituzionale del “doppio binario sanzionatorio” su cui era in precedenza intervenuta la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea v. *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, causa C-542/15 sent., *Menci*; causa C-537/16, sent. *Ricucci e altri*; cause riunite C-596/16 e C-597/16, sent., *Di Puma e Zecca*, su cui v. VIGANÒ, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale nei procedimenti pendenti in tema di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9, 2017, 208 ss; STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, 6, 748-756; DESANA, *Ne bis in*

All'innalzamento delle garanzie proprie dello statuto sostanziale di tali sanzioni, non ha fatto seguito uno sviluppo equivalente sul piano della disciplina procedimentale applicabile.

Sul punto, infatti, tanto il diritto positivo che la giurisprudenza delineano un quadro che non risulta affatto coerente con i principi costituzionali che informano il sistema sanzionatorio amministrativo, nel quale peraltro continua a non rilevare neppure la distinzione tra sanzioni "sostanzialmente penali" e sanzioni amministrative in senso stretto.

Le criticità su cui interessa concentrarsi, in questa sede, riguardano due aspetti: la violazione dei termini di conclusione del procedimento e le garanzie del contraddittorio.

L'obiettivo è mettere in evidenza i nodi problematici e svolgere alcune considerazioni su possibili correttivi.

2. La disciplina dei procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia

La disciplina dei procedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari è definita nei principi generali dalla normativa di settore³ e dettagliata, sulla base di un'espressa autorizzazione legislativa⁴, dai regolamenti delle stesse Autorità.

Nel quadro dei principi di «*piena conoscenza degli atti istruttori, contraddittorio e verbalizzazione nonché separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*», la normativa secondaria articola il procedimento in tre fasi: pre-istruttoria, istruttoria e decisoria.

La prima fase, c.d. pre-istruttoria, coincide in verità con l'attività di vigilanza, comprendendo le attività ispettive rivolte all'acquisizione degli elementi utili ai fini dell'addebito di eventuali violazioni. È svolta, infatti, dal Dipartimento (di Banca d'Italia) o dalla Divisione di vigilanza (di Consob) competente per materia e, ove emergano elementi rilevanti, si conclude con la notifica della contestazione formale dell'illecito che dà inizio al procedimento sanzionatorio vero e proprio.

La fase istruttoria, di competenza di un apposito ufficio⁵, è diretta all'accertamento dei fatti costitutivi dell'illecito in contraddittorio con la parte, e può concludersi, con l'invio al Collegio dell'Autorità (Direttorio di Banca d'Italia; Commissione Consob) alternativamente, di una richiesta di archiviazione ovvero di una proposta motivata in ordine alla sussistenza della violazione, al tipo e all'entità della sanzione da irrogare.

Infine, nella fase decisoria, che si svolge dinanzi al Direttorio o alla Commissione,

idem: *l'infinito dialogo tra Corti e legislatore*, in *Giur. it.*, 1, 2019, 348 ss. Per una prospettiva d'insieme v., per tutti, VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.

³ V. art. 24 l. 262/2005; art. 145 TUB, art. 187-*septies* e 195 TUF.

⁴ Cfr. art. 145-quater TUB e 196-bis del TUF i quali attribuiscono a Consob e Banca d'Italia, secondo le rispettive competenze, il potere di emanare disposizioni di attuazione dei titoli relativi alle sanzioni amministrative.

⁵ L'ufficio Servizio Rapporti Istituzionali di Vigilanza (di seguito RIV) in Banca d'Italia; e l'Ufficio Sanzioni Amministrative in Consob (di seguito USA).

è prevista un'ulteriore appendice di contraddittorio a esito della quale il Collegio potrà disporre l'archiviazione del procedimento, ovvero emanare la sanzione, prevedendo anche le forme e le modalità di pubblicazione nel Bollettino Ufficiale dell'Autorità⁶.

Per quanto riguarda i tempi del procedimento, la normativa (primaria e secondaria) - in linea con quanto previsto dalla disciplina generale in materia di sanzioni (art. 14 l. n. 689/1981) - fissa termini puntuali per la contestazione degli addebiti (ovvero per la conclusione della fase pre-istruttoria) che devono decorrere dall'accertamento degli stessi⁷. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato, con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo, attiene infatti ai principi del contraddittorio e ha la precisa funzione di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa⁸.

I termini per la conclusione del procedimento sanzionatorio in senso proprio sono, invece, determinati esclusivamente in sede regolamentare dalle Autorità⁹, in dichiarata ottemperanza al disposto dell'art. 2, co. 5, l. n. 241/1990¹⁰.

Anche le modalità di partecipazione procedimentale sono definite dai regolamenti che distinguono tra fase istruttoria e fase decisoria.

Nella prima è garantito sia il contraddittorio scritto sia quello in forma orale, anche in questo caso in linea con quanto disposto dall'art. 18, l. n. 689/1981. È stabilito infatti che *«I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa (...) anche con l'assistenza di terzi, mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati»*¹¹.

⁶ Cfr. l'art. 195-bis TUF.

⁷ Cfr. art. 195 TUF e l'art. 4 del Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob (adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre, aggiornato da ultimo nel 2016) prevedono che *«la contestazione degli addebiti agli interessati, [è] da effettuarsi entro centottanta giorni dall'accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l'interessato risiede o ha la sede all'estero»*. Il § 1.2. del Regolamento di Banca di Italia recante Disposizioni di vigilanza in materia sanzionatoria e procedura sanzionatoria amministrativa (adottato con provvedimento del 18 dicembre 2012 e modificato da ultimo nel 2022) stabilisce che *«La contestazione avviene mediante apposita notifica, entro 90 o 180 giorni dall'accertamento, rispettivamente per le procedure avviate ai sensi dell'art. 145 del T.U. e dell'art. 195 del T.U.F. In entrambi i casi, il termine è di 360 giorni per le società o enti aventi la sede legale all'estero e le persone fisiche residenti all'estero»*.

⁸ La giurisprudenza amministrativa più recente afferma la natura perentoria del termine di contestazione degli addebiti dedotta, in via di interpretazione sistematica, proprio in ragione della funzione di garanzia del diritto di difesa dell'incolpato cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570.

⁹ Il § 1.4. del Regolamento di Banca d'Italia prevede il termine di 240 giorni decorrenti *«dalla scadenza del termine, comprensivo di eventuali proroghe, per la presentazione delle controdeduzioni da parte del soggetto destinatario della contestazione o, in caso di pluralità di destinatari, da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della contestazione»*. All'art. 4 del Regolamento della Consob è, invece, previsto un termine di 200 giorni decorrente dal trentesimo giorno successivo alla data di perfezionamento per i destinatari della notificazione della lettera di contestazione degli addebiti.

¹⁰ A norma del quale *«Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza»*.

¹¹ Cfr. l'art. 5 del Regolamento di Consob e il §. 1.3. del Regolamento di Banca d'Italia.

Inoltre, nell'ambito del procedimento davanti a Consob, a coloro che hanno presentato osservazioni scritte è riconosciuta anche la facoltà di controdedurre sugli approfondimenti istruttori che l'Ufficio competente abbia eventualmente richiesto alla Divisione di vigilanza che ha formulato le contestazioni¹².

Nella fase decisoria, invece, è prevista solo una parentesi di contraddittorio scritto a favore dei soggetti che abbiano partecipato attivamente alla fase istruttoria; a questi viene infatti trasmessa la proposta motivata di sanzione (formulata dall'Ufficio Sanzioni Amministrative per Consob e dalla Divisione Rapporti Istituzionali di Vigilanza per BI) cui possono controdedurre presentando, al Collegio, «*sintetiche osservazioni scritte aventi ad oggetto esclusivamente i fatti esaminati nel corso dell'istruttoria e i contenuti della proposta formulata*»¹³.

Va considerato, tuttavia che in entrambi i casi, a fronte della possibilità per gli uffici di disporre approfondimenti, anche dilazionando la durata del procedimento¹⁴, per l'esercizio della difesa sono previsti tempi piuttosto serrati (di regola 30 giorni) e sono imposti puntuali obblighi di sintesi¹⁵, chiarezza e organicità degli atti difensivi¹⁶.

Ma soprattutto la portata garantista delle regole procedurali ora richiamate è fortemente ridotta dall'interpretazione che ne dà la giurisprudenza ordinaria¹⁷.

¹² Cfr. L'art. 6, co. 2, del Regolamento di Consob.

¹³ Cfr. art. 8 del Regolamento Consob; § 1.4. del Regolamento di Banca d'Italia.

¹⁴ Cfr., ad esempio, § 1.4., co. 9, del Regolamento di Banca d'Italia e art. 6, co. 2, del Regolamento di Consob.

¹⁵ Cfr. art. 5, co. 4-bis, del Regolamento di Consob «*Ferma restando la garanzia del diritto di difesa, l'attività difensiva nell'ambito del procedimento sanzionatorio si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti con la Consob. La produzione di documentazione inutilmente sovrabbondante, disordinata, inconferente o ingiustificatamente dilazionata, può costituire elemento di valutazione negativo del grado di cooperazione degli interessati con la Consob*».

¹⁶ Nel § 1.3. del reg. Banca d'Italia è stabilito che: «*Ferma restando la pienezza del diritto di difesa, l'attività difensiva si svolge nel rispetto del principio della leale collaborazione delle parti nel procedimento amministrativo. In tale ottica, tenuto conto dell'esigenza di assicurare l'economicità dell'azione amministrativa, le controdeduzioni devono essere svolte, anche al fine di favorire la migliore comprensione delle argomentazioni difensive presentate, in modo essenziale, rispecchiando l'ordine delle contestazioni; ove superiori alle 50 pagine, devono concludersi con una sintesi delle principali argomentazioni difensive presentate*». E ancora (...) «*La produzione di documentazione inutilmente sovrabbondante, disordinata o inconferente può costituire elemento di valutazione negativo del grado di cooperazione degli interessati con l'Autorità di vigilanza*».

¹⁷ Con riferimento alle sanzioni di Banca d'Italia e di Consob la giurisdizione appartiene al giudice ordinario (in specie alla Corte di appello di Roma con competenza esclusiva e funzionale) ex art. 145 del, d.lgs. 10 novembre 1993, n. 385 Testo Unico Bancario (di seguito TUB), ed ex art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico della Finanza (di seguito TUF). La giurisdizione in materia fu modificata con l'approvazione del codice del processo amministrativo (artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c) d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che attribuì il contenzioso sui provvedimenti delle principali Authorities (incluse Consob e Banca d'Italia) alla giurisdizione esclusiva del TAR Lazio-Roma. Le norme citate furono però censurate dalla Corte costituzionale che ne dichiarò l'illegittimità determinando il "ritorno" alla giurisdizione ordinaria: cfr. Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162 in *Giur. cost.*, 3, 2012, 2204 ss. (relativa alle sanzioni di Consob) su cui v. CLARICH, PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 6, 2012, 1166 ss.; Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (relativa alle sanzioni di Banca d'Italia) in *Giur.it.*, 11, 2014, 2538, con nota di GIUSTI, *Sanzioni amministrative e giurisdizione piena del giudice amministrativo*.

3. La “dequotazione” delle garanzie procedurali da parte della giurisprudenza

La lettura giurisprudenziale della disciplina dei procedimenti sanzionatori si lega alla concezione dell’oggetto del giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa. Secondo un consolidato orientamento, infatti, il giudizio non ha ad oggetto la mera valutazione della legittimità dell’atto, bensì l’accertamento della fondatezza della pretesa sanzionatoria e creditoria dell’autorità amministrativa; pertanto, si estende agli elementi costitutivi del rapporto, coinvolgendo ogni profilo di fatto (esistenza dell’illecito) e di diritto (qualificazione giuridica)¹⁸, seppur tendenzialmente nel rispetto del principio dispositivo proprio del giudizio civile¹⁹.

Progressivamente, tuttavia, ha preso campo una lettura sempre più sostanzialistica delle garanzie procedurali, la cui rilevanza è definita in relazione all’incidenza che hanno avuto sull’accertamento svolto dall’amministrazione²⁰, fino ad arrivare, di recente, all’affermazione della sostanziale irrilevanza delle violazioni formali e procedurali.

La questione si pone sia per la violazione dei termini di conclusione del procedimento sia per le garanzie del contraddittorio.

3.1. Incertezza del *dies a quo* del termine per la contestazione degli illeciti e natura ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento

Con riferimento ai termini del procedimento, i problemi riguardano da un lato il *dies a quo* di decorrenza del termine per la contestazione della violazione, dall’altro il carattere (perentorio o ordinatorio) del termine finale per l’adozione della sanzione.

Come ricordato, la normativa generale prevede che la notifica della lettera di contestazione dell’addebito debba avvenire tempestivamente (l’art. 14 l. n. 689/1981 prevede la “contestazione immediata”) e comunque entro specifici termini che decorrono dall’accertamento²¹.

L’aspetto problematico riguarda proprio quest’ultimo profilo: ovvero quando debba considerarsi avvenuto l’accertamento.

In base ad un indirizzo consolidato (che risale a Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre

¹⁸ Sul punto v. SEVERINI, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg. 2002, 1005-6. *Contra* per la tesi che individua l’oggetto del giudizio nel provvedimento amministrativo, quale espressione del potere sanzionatorio delle attività v., di recente, TROISE MANGONI, *Impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d’Italia e della Consob e inquadramento del potere sottoposto al sindacato giurisdizionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2021, 293-302.

¹⁹ Al riguardo v. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, tomo I, Milano, 2003, 610.

²⁰ V. CERBO, *Il ruolo del giudice nell’opposizione a sanzioni amministrative*, in *Il diritto dell’economia*, 2, 2021, 203-216 (spec. 211)

²¹ Di recente anche la giurisprudenza amministrativa afferma l’applicabilità dell’art. 14, l. n. 689/1981 alle procedure sanzionatorie di competenza dell’AGCM: in questi termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503; Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571, 3572; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, e 25 gennaio 2021, n. 738; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 512.

2007, n. 5395) la giurisprudenza afferma che «*in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento (...) non coincide con la "pura constatazione" dei fatti nella loro materialità, ma va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento; dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia e delle particolarità del caso concreto*»²².

Si aggiunge, tuttavia, che ciò non esclude che si debba procedere in un tempo ragionevole e che ove l'interessato - in sede di opposizione - abbia fatto valere il ritardo come ragione di illegittimità del provvedimento sanzionatorio, il giudice di merito deve valutare la congruità del tempo utilizzato per tale attività. Tale riscontro deve tener conto della maggiore o minore difficoltà del caso, nonché rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, con un apprezzamento che, se correttamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità²³.

Ne deriva che il termine per la notifica degli addebiti finisce per dipendere da valutazioni rimesse in prima battuta all'amministrazione procedente e soggette a un sindacato giurisdizionale caratterizzato da ampi margini di opinabilità²⁴.

D'altra parte, con riferimento alla natura dei termini di conclusione del procedimento, per lungo tempo la Corte di Cassazione ha sostenuto che la natura vincolata dell'attività sanzionatoria rendesse irrilevante un'eventuale violazione degli stessi ai fini della validità dell'atto, in base all'applicazione dell'art. 21-*octies*, l. n.

²² Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 30 ottobre 2017, n. 25730; sez. II, 4 maggio 2022, n.14145; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769. Negli stessi termini, nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. stato, sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159 (in materia di procedimenti sanzionatori dell'AGCM); Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153 (in materia di procedimenti sanzionatori dell'AGCOM).

²³ Cfr. Cass. civile sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 04 maggio 2022, n.14145 ove si afferma «*solo l'assoluta carenza di motivazione in merito a tale verifica permette al giudice di legittimità di sindacare l'operato del giudice di merito, occorrendo però ribadire che (Cass. n. 21171/2019) la ricostruzione e la valutazione delle circostanze di fatto inerenti ai tempi occorrenti per la contestazione e alla congruità del tempo utilizzato in relazione alla difficoltà del caso sono rimesse al giudice del merito, il quale deve limitarsi a rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenendo altresì conto della sussistenza di esigenze di economia che inducano a raccogliere ulteriori elementi a dimostrazione di altre violazioni rispetto a quelle accertate, dovendo la valutazione della superfluità degli atti di indagine deve essere svolta con giudizio "ex ante", restando irrilevante la loro inutilità "ex post" (cfr. Cass. civ., Sez. II, 16 aprile 2018, n. 9254)*».

²⁴ Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2022, n. 17673; v. Cassazione civile sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345 ove si afferma che «*anche la valutazione dell'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine resta rimessa all'autorità competente, il giudice non può sostituirsi dunque all'organo addetto al controllo nel valutare l'opportunità dell'esercizio dei poteri di indagine per riscontrare la sussistenza dell'illecito, ma può e deve apprezzare, in base alle deduzioni dell'amministrazione ed all'esame degli atti relativi all'accertamento, se sia stato osservato il tempo ragionevolmente necessario per giungere alla completa conoscenza dell'illecito, tenendo conto della maggiore o minore difficoltà del caso concreto e della necessità comunque che tali indagini, pur nell'assenza di limiti temporali predeterminati, avvengano entro un termine congruo*».

241/1990²⁵. Più di recente, pur negando l'applicabilità della l. n. 241/1990 ai procedimenti sanzionatori²⁶, si continua a escludere il carattere perentorio dei termini fissati dai regolamenti delle Autorità sulla base di altri presupposti.

Si osserva, infatti, che la l. n. 689/1981 non prevede alcun termine di decadenza per l'esercizio del potere, limitandosi a stabilire (all'art. 28) un termine di prescrizione quinquennale per il diritto di riscuotere le somme dovute in base alla sanzione.

Da ciò si ricava - secondo la Corte - che i termini previsti nei regolamenti delle Autorità, dettati nella erronea convinzione che l'art. 2 l. n. 241/1990 possa applicarsi anche ai procedimenti sanzionatori, non possono essere considerati perentori, dato l'inidoneità della normativa secondaria a modificare le disposizioni della disciplina legislativa di carattere generale²⁷.

Ne deriva che in mancanza di una previsione normativa espressa, il termine finale del procedimento sanzionatorio, ancorché individuato da regolamenti o delibere generali dell'Autorità, ha valore solo ordinatorio, con la conseguenza che la mancata osservanza non incide in alcun modo sulla legittimità dell'atto. Il potere sanzionatorio, inteso come potere di esigere la sanzione, incontra dunque il solo limite della

²⁵ Secondo un orientamento, inaugurato da Cass. civ., Sez.Un., 30 settembre 2009, n. 20929, l'inosservanza del termine finale è vizio che attiene al procedimento, in quanto tale rientrante sotto l'ambito di applicazione dell'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241 che sancisce l'irrelevanza dei vizi del procedimento e della forma degli atti in tutti i casi in cui, a causa della natura vincolata del provvedimento, il contenuto di questo non potrebbe comunque essere diverso da quello adottato. Cfr., altresì, Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142 in *Giur. it.*, 11, 2016, 2440 con nota di DESANA, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'insostenibile leggerezza dei termini*, *ivi*, pp. 2442-2450. Più di recente, in materia di sanzioni previste dalla disciplina regionale v. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6965.

²⁶ Sul punto, dopo qualche incertezza, la giurisprudenza è arrivata a ritenere inapplicabile al procedimento sanzionatorio l'art. 2, l. n. 241 del 1990: cfr. Cass., sez. VI, ord. 4 giugno 2021, n. 15720; Cass., sez. lav., 6 settembre 2018, n. 21706; Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591, la quale ha risolto un contrasto di giurisprudenza sul punto affermando che le norme della l. n. 689 del 1981 «*costituiscono un sistema organico e compiuto, nel quale non occorrono inserimenti dall'esterno*». Con specifico riferimento ai procedimenti sanzionatori di Consob e di Banca d'Italia cfr. Cass. civ. sez. II, 04 marzo 2015, n. 4363; sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3245; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2022, n.1740, n.1741, n. 1769, n. 1770.

²⁷ Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519: «*proprio con riferimento al procedimento regolato dall'art. 195 t.u.f. si è costantemente escluso che le norme interne adottate dalla Commissione contemplino termini di decadenza, non avendo la loro decorrenza alcun effetto sulla validità o efficacia del provvedimento. Costante è sul punto l'insegnamento di questa Corte secondo cui il termine per la formulazione da parte della Consob della proposta sanzionatoria, fissato dai regolamenti, non ha natura perentoria, né l'emissione della proposta sanzionatoria oltre il predetto termine presenta - per questo solo fatto - profili di illegittimità, dato che il regolamento interno non può modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla L. n. 689 del 1981 (Cass. 4873/2007; Cass. 4329/2008; Cass. 22199/2010). Il principio, elaborato con riferimento al previgente regolamento n. 12697/2000, vale anche il successivo regolamento 18750/2013, che qui viene in rilievo (Cass. 5/2019)*». In questi termini cfr. anche Cass. civ., 23 gennaio 2018, n. 1621; Cass., 3 agosto 2016, n. 16257; Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2015, n. 4363; Cass. civ., sez. II, 23 luglio 2009, n. 17344.

prescrizione quinquennale sancito dall'art. 28 della l. n. 689/1981²⁸.

Come avremo modo di osservare, tale conclusione non è coerente con l'esigenza di certezza e predeterminazione, anche sotto il profilo temporale, della fattispecie sanzionatoria, di recente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale²⁹; profilo che assume una gravità ancora maggiore se si considera che le facoltà difensive che l'incolpato può esercitare (a norma dell' art. 18 l. n. 689/1981 e della disciplina di settore prima richiamata) sono sottoposte a termini molto brevi che la stessa giurisprudenza qualifica come perentori³⁰.

4. Segue. Il contraddittorio procedimentale. L'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo per le sanzioni sostanzialmente penali

Criticità non dissimili riguardano l'interpretazione delle regole del contraddittorio procedimentale.

Sul punto la giurisprudenza utilizza argomenti diversi a seconda che vengano in rilievo sanzioni "sostanzialmente penali" ovvero sanzioni "meramente" amministrative.

Per le prime, la irrilevanza delle garanzie procedurali deriva dall'applicazione della teoria della continuità tra procedimento e processo, elaborata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³¹ e seguita nella sentenza *Grande Stevens*³², oltre che in pronunce più recenti³³.

Come noto, nel caso *Grande Stevens*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le fattispecie di abuso di mercato previste dagli artt. 187 *bis* e 187 *ter* TUF - in ragione della rilevanza dei beni giuridici tutelati, della funzione punitiva e del considerevole grado di severità delle misure repressive previste - imponessero la qualificazione delle relative sanzioni come "sostanzialmente penali", con conseguente sottoposizione alle

²⁸ In senso analogo si esprime parte della giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891; Id., 13 febbraio 2018, n. 911; Id., 19 febbraio 2018, n. 1053; Id., 8 luglio 2015, n. 3401 relative a procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; Id., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Id., 4 luglio 2018, n. 4110; Id., 22 settembre 2015, n. 5253, al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; Id., 2 febbraio 2015, n. 468 sul procedimento sanzionatorio dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

²⁹ Cfr. *infra* par. 5.

³⁰ Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, n. 4680. Sul punto v. CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, in *Giur. cost.*, 2, 2022, 1077 ss.

³¹ Già nella sentenza 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, par. 56, su cui v. PALIERO, «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894 ss.

³² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, su cui v., tra gli altri, ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 11, 1053 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss.

³³ Cfr. Corte EDU, Sez. I, 10 dicembre 2020, (ricorsi nn.68954/13 e 70495/13), *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, relativa al procedimento sanzionatorio dell'Autorità garante delle telecomunicazioni (AGCOM).

garanzie convenzionali tra cui il principio del «giusto processo» di cui all'art. 6 CEDU.

Ha dunque accertato che il procedimento sanzionatorio condotto da Consob non era conforme a quei principi, in particolare sotto i profili dell'assenza di un contraddittorio paritario, della mancanza di un'udienza pubblica e del difetto di imparzialità dell'organo giudicante³⁴.

Fatte queste premesse, la Corte ha però precisato che le carenze riscontrate non valevano, di per sé, a integrarne la violazione perché «*il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa, [ma] presuppone che la decisione dell'autorità, che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6, sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione*»³⁵.

In questa prospettiva, il procedimento che si svolge dinnanzi a Consob altro non è che una prima fase di accertamento in via amministrativa degli illeciti di manipolazione del mercato, a cui fa seguito la fase di carattere giurisdizionale³⁶; con la conseguenza che per verificare la compatibilità con i vincoli convenzionali occorre considerare il *continuum* nel suo complesso.

Eventuali carenze della fase amministrativa, dunque, possono essere compensate *ex post* da un processo in cui siano assicurate le dovute garanzie di equità, imparzialità e pubblicità e che sia svolto da un giudice dotato di pieni poteri di cognizione e decisione³⁷, ossia della capacità di riesaminare, qualsiasi punto, di fatto e di diritto, della decisione impugnata³⁸.

La più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione continua a seguire questa

³⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, 14 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, par. 123.

³⁵ *Ibidem*, par. 139.

³⁶ In questi termini v. T.A.R. Lazio, sez. II, 27 novembre 2014, nn. 11886 e 11887.

³⁷ In dottrina v., tra gli altri, ALLENA, *L'art. 6 e la continuità tra procedimento e processo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, 25 ss; CARBONE, *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europei*, in *DPC online*, 3, 2019, 2146-2149; GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 2013, 669 ss.

³⁸ Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha ritenuto in via generale il controllo operato dalla Corte d'Appello (*ex artt. 187 septies e 195 TUF*) sufficiente a consentire il rispetto dei principi fissati dalla Convenzione europea, limitandosi a censurare, l'assenza di un'udienza pubblica. Sul canone della «*full jurisdiction*» ricavabile dalla giurisprudenza CEDU v., tra gli altri, RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 3, 2018, p. 9 ss; GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 1ss; LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi.it*, 2018, 26 ss; PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale, teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 237 ss.

impostazione. Per le sanzioni sostanzialmente penali³⁹, si afferma che dal diritto convenzionale è ricavabile il principio per cui «*allo Stato è lasciata la libertà di scegliere se assicurare tutte le garanzie del giusto processo già nella fase amministrativa, ovvero sottoponendo il provvedimento sanzionatorio al sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un processo che assicura le garanzie di cui all'art. 6 Cedu*»⁴⁰.

Nel primo caso una successiva fase di controllo giurisdizionale non sarebbe neppure necessaria; nel secondo caso il procedimento amministrativo, pur non offrendo le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, sarebbe comunque *ab origine* legittimo se destinato a concludersi con un provvedimento impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti⁴¹.

In ultima analisi, sembra che la possibilità di impugnare le sanzioni punitive davanti al giudice valga di per sé ad assicurare la legittimità del procedimento sanzionatorio svolto dall'Autorità di vigilanza, quale che sia la disciplina effettivamente prevista e applicata.

Ebbene, questa ricostruzione è fortemente criticabile per due ragioni.

Per un verso, la tesi per cui un procedimento amministrativo “giusto” rende superfluo il controllo giurisdizionale si pone in netto contrasto con il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi di cui all'art. 113, c. 1, della Costituzione.

Per altro verso, la tesi della compensabilità *ex post* dei vizi del procedimento

³⁹ Come noto, in applicazione dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza CEDU, la Cassazione verifica, caso per caso, la sussistenza dei criteri *Engel* e riconosce sostanza penale soltanto alle sanzioni in materia di *market abuse*, mentre ritiene che le altre sanzioni previste dalla disciplina di settore siano da considerarsi meramente amministrative. In questi termini v., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1740; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; Cass. civ., II, 21 marzo 2019, n. 8047 (per le sanzioni previste dall'art. 191 T.U.F.); Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820 (per le sanzioni irrogate da Banca d'Italia ex art. 144 T.U.B.); Cass. civ., sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081 e n. 24082; sez. II, 6 agosto 2019, n. 21017; sez. II, 5 aprile 2017 n. 8855; sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114; sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656, su cui v. URBANI, *La natura delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del Testo Unico Bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 147 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237. V. altresì Cass. civ. sez. II 21 maggio 2020, n. 9371; Id. 21 maggio 2020, n. 9385 ove si afferma: «*In tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 della CEDU, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria - ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie - ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della Convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui al citato art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale*».

⁴¹ Così v. Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2018, n. 3734. In senso conforme cfr. Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2019, n. 8237, Cass. civ., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4820; Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4; Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770.

finisce per affermare una sostanziale irrilevanza «*delle questioni attinenti ai diritti di difesa esercitabili nella fase amministrativa*»⁴², evocando - più che una continuità - un vero e proprio “assorbimento” della funzione amministrativa in quella giurisdizionale.

Un esito che si pone in contrasto con il principio, sempre più consolidato, nella giurisprudenza costituzionale secondo il quale a fronte di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” devono essere riconosciute garanzie adeguate alla gravità del sacrificio che può essere inflitto ai diritti fondamentali coinvolti. E ciò riguarda anche le garanzie procedurali, non foss’altro perché non tutti i vizi del procedimento possono essere effettivamente compensati dal successivo riesame giurisdizionale, tanto più considerata la natura immediatamente esecutiva della sanzione e la mancanza di un effetto sospensivo automatico conseguente al ricorso⁴³.

4.1. La (asserita) funzione collaborativa della partecipazione nei procedimenti diretti all’emanazione di sanzioni amministrative

Se poi si passa all’orientamento relativo alle sanzioni di natura meramente amministrativa, i problemi che si pongono non riguardano tanto l’applicabilità delle garanzie convenzionali sull’esercizio del potere punitivo, quanto piuttosto i rapporti tra il sistema amministrativo generale e gli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio.

La Corte di Cassazione afferma, infatti, che nei procedimenti sanzionatori svolti da Consob e Banca d’Italia risulta del tutto adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale, nel quale l’Autorità mantiene una posizione di preminenza e la partecipazione del privato ha soltanto una funzione collaborativa⁴⁴.

⁴² DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all’applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, 23, 2019.

⁴³ L’immediata esecutività che caratterizza i provvedimenti sanzionatori può confliggere con il principio di presunzione di innocenza, ove una misura “sostanzialmente penale”, con effetti potenzialmente irreversibili, sia inflitta in assenza di un equo procedimento. In questo senso v., con riferimento a sanzioni tributarie, Corte eur. dei diritti dell’uomo, 23 luglio 2002, caso 34619/97, *Janosevic v. Sweden*, § 108; Corte eur. dir. uomo, sez. III, 27 gennaio 2009, caso n. 9631/04, *Carlberg v. Sweden*, § 50. Sul punto v. ALLENA, *L’art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 39-41.

⁴⁴ In questi termini, ex multis, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5362; sez. II, 28 aprile 2022, n.13341; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n. 1769, n.1740, n.1741. Cfr., altresì, Cass. civ., 24 settembre 2019, n. 23814 ove si afferma: «*non va obliato che le garanzie disposte nel procedimento penale scontano la specifica struttura del contraddittorio di tipo orizzontale, poiché teso a garantire la parità delle parti avanti il Giudice terzo imparziale, mentre nell’ambito del procedimento amministrativo, caratterizzato da una struttura di tipo verticale con l’Amministrazione in posizione sovraordinata, il contraddittorio appare finalizzato all’apporto collaborativo del privato quale partecipazione al corretto svolgersi dell’azione amministrativa*». In termini cfr. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 21 marzo 2019, n. 8047, n. 8046.

In questa prospettiva - secondo la Corte - è corretta e va confermata «una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme», secondo la quale «la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa, specificamente conculcato o compreso nel procedimento sanzionatorio»⁴⁵.

Su queste basi non sono considerati vizi invalidanti né l'omessa trasmissione all'interessato della proposta dell'Ufficio Sanzioni⁴⁶, né la mancata audizione dell'interessato in fase decisoria⁴⁷, sul presupposto che sia sufficiente il contraddittorio scritto e che il soggetto sanzionato possa comunque svolgere le proprie difese dinanzi a un giudice dotato di cognizione piena⁴⁸.

Neppure è ritenuta rilevante, ai fini della validità della sanzione, la carenza di motivazione del provvedimento che non tenga conto delle deduzioni svolte dalla parte in sede procedimentale⁴⁹. Ciò perché - si osserva - «nei procedimenti per la irrogazione di sanzioni amministrative, disciplinati dalla l. n. 689 del 1981 non trova applicazione la l. n. 241 del 1990, che contiene una normativa generale su cui prevale la legge speciale, idonea ad assicurare garanzie non inferiori a quelle previste dalle norme sul procedimento amministrativo»⁵⁰. Tutto ciò è affermato senza tener conto

⁴⁵ Così v. Cass. civ. sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772. Il principio, enunciato da Cass. civ., Sez. Un., n. 20935/09, cit., è ribadito, per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, sent. n. 27038/13 e, per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla CONSOB, sent. n. 24048/15.

⁴⁶ Cass. civ., sez. II, 11 maggio 2019, n. 23814. In Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772 si afferma: «In tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; non è, pertanto, violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della Consob o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili solo al procedimento giurisdizionale».

⁴⁷ Cfr. Cass. civ., sez. II, 29 ottobre 2021, n. 30772: «L'articolo 24 della legge n. 262 del 2005 non conforma il procedimento sanzionatorio in tema di intermediazione finanziaria al modello del processo in senso tipico e stretto. In particolare, da un lato, l'esercizio del contraddittorio non impone la partecipazione orale in sede decisoria, essendo il principio assicurato dalla possibilità di produrre difese scritte e documenti, nonché i verbali di rese dichiarazioni, dall'altro il diritto di difesa viene ampiamente assicurato dalla comunicazione dell'avvio del procedimento, dalla contestazione circostanziata, dalla facoltà di controdedurre e di essere ascoltato, nonché dall'accesso alle prove (cfr. ex multis, Cass. n. 19219/2016; n. 4725/2016; n. 25141/2015)».

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1786; più di recente v. Cass., sez. II, 10 maggio 2018, n. 11300: «la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta in sede amministrativa non comporta la nullità del provvedimento, in quanto, riguardando il giudizio di opposizione il rapporto e non l'atto, gli argomenti a proprio favore che l'interessato avrebbe potuto sostenere in sede di audizione dinanzi all'autorità amministrativa ben possono essere prospettati in sede giurisdizionale», Cass., sez. VI, ord. 7 agosto 2019, n. 21146.

⁴⁹ Cfr. Cass. civ. sez. II, 21 maggio 2018, n. 12503.

⁵⁰ Cassazione civile sez. II, 28 aprile 2022, n.13341 che in motivazione richiama anche Cass. 4670/2003; Cass. 11115/2007; Cass. 14104/2010; Cass. 4363/2015; Cass. 17088/2019; Cass. 31239/2021. *Contra* sull'ammissibilità della motivazione per *relationem* v. Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4 ove si afferma: «al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative in materia

che un obbligo di motivazione è previsto anche dalla disciplina di settore (*i.e.* l'art. 24 l. n. 262/2005).

D'altra parte, la stessa l. n. 241/1990 è chiamata in causa e ritenuta applicabile non soltanto per quanto attiene alla disciplina dell'accesso agli atti⁵¹, ma anche per la regola sull'irrelevanza dei vizi formali fissata dal secondo comma dell'art. 21-*octies*⁵². Si sostiene, infatti, che: *«in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, (...) gli eventuali vizi del procedimento amministrativo (...) non sono rilevanti in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto»*⁵³.

In termini generali la “dequotazione” delle garanzie procedimentale che deriva da tale interpretazione è giustificata sulla base di due ragioni.

Da un lato, tale assetto è considerato coerente con la natura delle sanzioni coinvolte, perché per quelle prive di “sostanza penale” *«non si pone neppure la questione dell'applicabilità delle norme della Cedu (art. 6, 7) né dei precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.), i quali riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge davanti al giudice»*⁵⁴.

bancaria e creditizia è applicabile la l. n. 241 del 1990, art. 3 e, conseguentemente, il decreto che applica la sanzione può essere motivato per relationem, mediante il rinvio all'atto recante la proposta di irrogazione della sanzione, purché quest'ultimo sia richiamato nel provvedimento con la precisa indicazione dei suoi estremi e sia reso disponibile agli interessati, secondo le modalità che disciplinano il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione (Cass. 11.01.2006 n. 389; v. anche Cass. 20.2.2004 n. 3396). Il Direttorio, pertanto, ove condivide le argomentazioni illustrate nella proposta dalla Commissione, non è tenuto a ripetere e ribadire le stesse argomentazioni (Cass. 3.12.2013, n. 27038)».

⁵¹ Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n.13339.

⁵² L'orientamento risale a Cass., S. U., 30. 09. 2009, n. 20929 ove si afferma: *«in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 21 octies, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, gli eventuali vizi del procedimento amministrativo previsto dall'art. 195 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, che si svolge innanzi alla Commissione nazionale per la società e la borsa, non sono rilevanti, in ragione tanto della natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, quanto della immodificabilità del suo contenuto. Tale disposizione, introdotta dall'art. 14 l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha carattere processuale, ed è pertanto applicabile con effetto retroattivo anche ai giudizi di opposizione in corso, ancorché promossi in epoca successiva alla sua emanazione».*

⁵³ V., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 2022, n.13341 e n.13339.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. II, 18.04.2018, n. 9561 «alle sanzioni Consob che non hanno natura sostanzialmente penale, il principio del contraddittorio è rispettato con la contestazione dell'addebito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessario ai fini indicati né la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, né la sua audizione innanzi alla Commissione, in quanto ad esse non sono applicabili i precetti costituzionali riguardanti il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il giusto processo (art. 111 Cost.) riguardano espressamente solo il giudizio che si svolge innanzi ad un giudice e non anche il procedimento amministrativo, ancorché finalizzato all'emanazione di provvedimenti incidenti su diritti soggettivi». Negli stessi termini v. Cass. civ., sez. II, 21 giugno 2019, n. 16780; Cass. civ., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 27564; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210 e sez. II, 4 settembre 2014, n. 18683.

Dall'altro lato, si ritiene determinante il fatto che il provvedimento sanzionatorio sia valutato da un giudice terzo e imparziale, dotato di pieni poteri di cognizione e decisione. Si arriva, infatti, a sostenere che *«la garanzia difensiva nel settore delle sanzioni amministrative è rappresentata eminentemente dalla possibilità di ricorso al Giudice con cognizione piena circa il merito della condotta illecita e la quantificazione della sanzione, poiché in tale ambito potrà dispiegarsi appieno il contraddittorio di tipo orizzontale di fronte a soggetto terzo ed indipendente»*⁵⁵. Pertanto, osserva la Cassazione, *«non appare censurabile la scelta della Consob di connotare la garanzia del contraddittorio, nell'ambito del suo procedimento amministrativo interno, secondo parametri meno pregnanti rispetto a quello proprio del procedimento penale»*⁵⁶. Ed anzi - si aggiunge - se in sede amministrativa si garantisse un contraddittorio di quel tipo *«ne rimarrebbe svilita la fase processuale, che si ridurrebbe a mera esame della legittimità del procedimento, anziché alla piena cognizione anche nel merito della questione»*.

In questa prospettiva, dunque, la sanzione finisce per rappresentare semplicemente «l'occasione affinché il giudice possa esaminare a fondo, e completamente libero da ogni condizionamento, il rapporto sanzionatorio»⁵⁷, con la conseguenza che la tutela del diritto di difesa rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti è interamente "rinvia" alla sede giurisdizionale.

4.2. Un primo (ma isolato) segno di cambiamento: «il nucleo duro di garanzie che deve essere assicurato già in sede procedimentale»

Va segnalato che l'interpretazione richiamata è stata parzialmente ridimensionata nella recente pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha "chiuso" il giudizio nel quale era stata posta la questione dell'applicabilità del diritto al silenzio nei procedimenti di vigilanza prodromici all'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali⁵⁸.

⁵⁵ Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; sez. II, 21 marzo 2019, n. 8046.

⁵⁶ Così Cass. civ., sez. II, 9 aprile 2019, n. 9906; Cass. civ., sez. II, 24 settembre 2019, n. 23814.

⁵⁷ Cfr. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2, 2020, supplemento, 44-45.

⁵⁸ Cfr. Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831 con cui era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 *«nella parte in cui sanziona[va] la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob contesta un abuso di informazioni privilegiate»*, in ragione del possibile contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione italiana e, mediatamente (ex art. 117, co.1, Cost.), con gli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE, nonché con l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Venendo in rilievo anche la violazione della CDFUE la Corte costituzionale ha posto (con ord. n. 117 del 2019) una questione pregiudiziale alle Corte di giustizia (che si è pronunciata con la sentenza della Grande Sezione, 2 febbraio 2021 C-481/19 *DB c. Consob*) e con sentenza n. 84 del 2021 ha conseguentemente dichiarato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere le sue responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Sulla vicenda, oltre alla dottrina citata alla nota n. 2, v. SFORZA, *Il nemo tenetur se detegere nelle audizioni Consob e Banca d'Italia. Uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2, 2022, 83-104. In esito a questa sentenza la causa è stata decisa

In particolare il Giudice ha affermato che *«la consolidata configurazione del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative come giudizio sul rapporto e non sull'atto (...) non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto del nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali»*⁵⁹. Ciò perché *«la garanzia del contraddittorio ... è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo status di incolpato, e (...) la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio»*.

Ne deriva che esiste *«un nucleo duro di garanzie (individuate nella contestazione del fatto illecito e nella espressa valutazione delle controdeduzioni dell'interessato)»* che deve essere assicurato già in sede procedimentale e la cui violazione determina l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio⁶⁰.

Tuttavia, occorre segnalare che questa recente apertura della Cassazione - che va salutata con estremo favore e di cui si auspicano ulteriori sviluppi⁶¹ - non sembra consolidata; anzi in molte pronunce successive sono riproposti gli orientamenti richiamati nei paragrafi precedenti.

5. Considerazioni critiche: intima connessione tra vigilanza e sanzione e “confusione” delle discipline procedimentali

Le ricostruzioni esaminate (fatta salva la recente apertura segnalata) non sono condivisibili e meriterebbero un ripensamento sia per le premesse teoriche su cui si

con la sentenza della Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

⁵⁹ Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521.

⁶⁰ Osserva, infatti, la Corte che *«la corretta identificazione delle caratteristiche del contraddittorio che, ai sensi dell'art. 195, comma 2 T.U.F. e dell'art. 187 septies, comma 2 T.U.F., deve caratterizzare i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni CONSOB e Banca d'Italia non può che emergere da un bilanciamento tra il riconoscimento della forte connessione che il nostro ordinamento instaura tra la funzione sanzionatoria e la funzione di vigilanza, da un lato, e il riconoscimento che la garanzia del contraddittorio procedimentale è comunque funzionale a tutelare, già nella sede amministrativa, anche un interesse proprio del cittadino, connesso allo status di incolpato, e che la protezione di tale interesse non può essere interamente rinviata alla fase della opposizione giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio»*

⁶¹ Una lettura costituzionalmente orientata delle fonti primarie prima richiamate (l. n. 689/1981 e artt. 24 l. n. 262/2005, 187 septies e 195 TUF, art. 145 TUB) porta a sostenere che il nucleo essenziale delle garanzie endo-procedimentali non includa soltanto la contestazione del fatto illecito e l'espressa valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, ma debba ricomprendere la tempestività della contestazione degli addebiti, l'audizione dello stesso - ove richiesta -, la piena conoscenza degli atti istruttori, la distinzione, quanto meno funzionale, tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nonché la predeterminazione e certezza dei termini di conclusione del procedimento. Al principio della distinzione tra istruzione e decisione, attualmente solo formalmente assicurata dall'assetto organizzativo delle Autorità, si lega anche la questione dell'ammissibilità della motivazione *per relationem*. Pare criticabile, infatti, l'orientamento della Cassazione (v. ad esempio sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4, cit. § 4.1.) che la ritiene ammissibile senza dar rilievo al dato per cui tale istituto è incompatibile con l'esigenza di distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

basano sia per le implicazioni che determinano sul piano sistematico.

Sotto il primo profilo, emerge una lettura molto riduttiva delle regole procedurali fissate dal diritto amministrativo sanzionatorio generale (art. 14, 17-18 l. 689/1981) e di settore (v. artt. 24 l. n. 262/2005, 187 *septies* e 195 TUF, art. 145 TUB). Ciò sembra dovuto ad una non corretta interpretazione del rapporto tra la legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) e la disciplina speciale relativa ai procedimenti sanzionatori⁶²; questione che nel settore in esame è senz'altro resa particolarmente complessa dall'esistenza di una pluralità di fonti, anche di diverso livello, niente affatto coordinate⁶³.

Come osservato, infatti, per determinati profili (*i.e.* i termini di conclusione del procedimento, l'obbligo di motivazione) si esclude del tutto che la legge n. 241/1990 possa trovare applicazione; al punto da negare qualsiasi rilevanza ai termini previsti - si potrebbe dire in funzione di auto-vincolo - nei regolamenti di disciplina delle Autorità e non considerando i principi dettati dalla normativa di settore (art. 24 l. 262/2005) che pone l'obbligo di motivazione dei provvedimenti.

Per le garanzie del contraddittorio, al contrario, si finisce per applicare la logica sottesa alla l. n. 241/1990, nonostante l'esistenza di una diversa (e più rigorosa) disciplina dettata dalle norme speciali (l. 689/1981 e norme del TUF/TUB).

Come abbiamo ricordato, infatti, la Corte afferma che può ritenersi adeguato un modello di contraddittorio di tipo verticale in cui la partecipazione del privato ha funzione meramente collaborativa. In questo modo, si richiama uno dei modelli di procedimento delineati dalla l. n. 241/1990, ma non certo quello ricavabile dalla l. n. 689/1981 e applicabile alla potestà sanzionatoria.

Rispetto a questa - come messo in evidenza da tempo da autorevole dottrina - «il contraddittorio dev'essere tale in senso proprio: la sua previsione non è a tutela di interessi dell'amministrazione, come sarebbe se in definitiva le difese dell'incolpato servissero solo per consentire all'amministrazione di acquisire elementi ulteriori di giudizio, ma è innanzi tutto espressione di un interesse proprio del cittadino (connesso allo *status* di incolpato) e dell'esigenza di una sua tutela già nella sede amministrativa»⁶⁴.

Non a caso, anche le norme di settore, che fissano i principi applicabili ai procedimenti delle Autorità di regolazione dei mercati finanziari, pur richiamando la legge n. 241/1990, non mancano di precisare che per i procedimenti contenziosi e sanzionatori valgono altri e più stringenti principi, quali quelli «*della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché*

⁶² Sul rapporto tra la l. n. 241/1990, la l. n. 689/1981 e la disciplina di settore v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2, 2013, 358 ss (spec. §§ 2, 3); MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, 2013, 125 ss.

⁶³ Sul punto v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., §§ 2, 3.

⁶⁴ PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, § 17.

della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione»⁶⁵.

Il modello di contraddittorio che la Cassazione ritiene adeguato non è dunque quello che le norme di livello primario delineano per i procedimenti di natura sanzionatoria.

Semmai, la Corte può essere stata influenzata dal tipo di disciplina dettata in sede regolamentare da Consob e Banca d'Italia che ha attuato in modo "debole" i principi fissati dalle fonti primarie, senz'altro prima delle più recenti riforme⁶⁶, ma anche nella versione vigente, in cui permangono delle criticità⁶⁷.

Tale assetto ci pare riconducibile ad una ragione precisa che caratterizza il modello delle autorità indipendenti⁶⁸ e che è stato ulteriormente rafforzata dalle riforme degli

⁶⁵ Cfr. l'art. 24 l. n. 262 del 2005, gli artt. 187 *septies* e 195 TUF, art. 145 TUB. In questi termini si è espresso anche il giudice amministrativo, v. Cons. Stato, VI, 26 marzo 2015, n. 1595 che aveva rilevato come la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento Consob 21 giugno 2005, n. 15086, non era conforme ai principi richiamati dalla legge nazionale (in particolare dagli artt. 187-*septies* e 195 T.U.F. e nell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262) che «impongono un contraddittorio rafforzato rispetto a quello meramente collaborativo già assicurato dalla disciplina generale del procedimento amministrativo».

⁶⁶ V. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno su 40 anni della legge istitutiva della Consob. *Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance*, Milano, 29 e 30 ottobre 2014, 3 (reperibile all'indirizzo <https://www.irpa.eu/il-potere-sanzionatorio-della-consob-dinanzi-alle-corti-europee-e-nazionali>) la quale osservava che nel regolamento sanzionatorio Consob del 2005 si trovava una «versione impoverita» dei principi espressi nell'art. 24 l. n. 262/ 2005 e, conseguentemente, «una pallida rappresentazione delle necessarie garanzie». Negli stessi termini v. CLARICH, ZANNETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., 358 ss. secondo i quali nei procedimenti di Consob e Banca d'Italia «sia la dimensione verticale che quella orizzontale del contraddittorio risultano attenuate non solo rispetto ai modelli adottati per le altre Autorità indipendenti, ma anche in relazione agli schemi procedurali delle leggi 241 e 689»; TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzie del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 597 ss.; LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2005.

⁶⁷ V. TIRIO, *Le garanzie nei procedimenti sanzionatori della Consob dopo la sentenza Grande Stevens e le successive modifiche regolamentari*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2, 2018, p. 554 ss. Sostengono, invece, che il procedimento sanzionatorio Consob dopo le modifiche del 2016 sia conforme ai principi convenzionali, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e al diritto interno: BAUMAN, *Dopo il caso Grande Stevens: la via italiana al giusto procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2017, 315; DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *www.federalismi.it*, 18 dicembre 2019 (spec. § 2). Sul punto v. anche BINDI, LUCARELLI, PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 3, 2021, 553 ss.

⁶⁸ Sulla strumentalità tra i poteri di regolazione, di vigilanza e di sanzione v. BANI, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000; TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob*, Milano, Giuffrè, 2012. In termini critici rispetto alla tesi per cui la strumentalità delle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti rispetto all'attività di vigilanza possa escludere la loro riconducibilità al modello della l. n. 689/1981 v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in ALLENA, CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 93-96.

ultimi anni⁶⁹: in ragione della scelta di utilizzare la sanzione come un ordinario strumento di perseguimento dell'interesse pubblico, si è venuta configurare una connessione fra le funzioni di regolazione, vigilanza e sanzione talmente stretta che ai procedimenti sanzionatori si è finito per applicare regole e principi propri dell'attività di vigilanza.

Tuttavia, le implicazioni che ne derivano sul piano sistematico sono tutt'altro che irrilevanti⁷⁰.

Come sopra considerato, il sistema vigente determina una svalutazione della portata garantista degli istituti del diritto amministrativo sanzionatorio e impedisce una lettura evolutiva e costituzionalmente orientata di quest'ultimi, che sono stati già depotenziati dalla interpretazione giurisprudenziale della l. n. 689/1981⁷¹.

In questo modo la giurisprudenza avalla il permanere di una disciplina procedimentale deficitaria sul piano delle tutele individuali, con l'ulteriore effetto di "deresponsabilizzare" i titolari del potere di riformarla: *in primis* il legislatore, ma anche le Autorità indipendenti dotate di specifica potestà regolamentare.

6. Potere sanzionatorio e disciplina procedimentale: la specialità dipende dalla finalità punitiva e dal carattere fondamentale dei diritti coinvolti

La sovrapposizione fra le discipline procedimentali applicabili ai poteri di vigilanza e di sanzione, che la giurisprudenza esaminata finisce per giustificare, contravviene al principio di tipicità⁷² e alla conseguente esigenza di adeguatezza e differenziazione delle regole applicabili agli strumenti di esercizio del potere.

Pare potersi sostenere, infatti, che i vari istituti procedimentali (il termine, la partecipazione, il contraddittorio, la conoscenza degli atti etc.) possono trovare diversa declinazione in relazione al tipo di funzione esercitata⁷³ e ai diritti individuali coinvolti.

⁶⁹ Il modello è stato per così dire 'esasperato' dal legislatore che, a partire dalle riforme successive alla crisi finanziaria del 2007-2009, ha scelto di utilizzare la sanzione come fondamentale, se non prioritario, strumento di vigilanza.

⁷⁰ Per l'analisi critica di come la concezione della sanzione come strumento di vigilanza (e la relativa confusione delle discipline applicabili) abbiano influito sulle ricostruzioni del carattere (vincolato/discrezionale) del potere sanzionatorio sia consentito rinviare a N. VETTORI, *Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2022, 568-594.

⁷¹ CERBO, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 1, 2018, 55 ss. (spec. § 2); ID., *La prescrizione dell'art. 28 l. 689/1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., 1077 ss., con particolare riferimento alla discutibile ampiezza delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza ammette che l'amministrazione possa sospendere il termine di prescrizione cui è subordinata la riscossione dell'importo della sanzione.

⁷² Sul punto v. TRAVI, *Tipicità degli atti e potere 'amministrativo'*, in *Jus*, 2-3, 2020, 529-555.

⁷³ In questi termini v. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, p. 59 ss.; TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, cit.

La legge n. 241/1990, infatti, prevede una cornice di regole generali, ma non definisce un unico modello di procedimento. Al contrario, prefigura la possibilità di regolare in modo diverso il rapporto tra l'organo responsabile della fase istruttoria e l'organo con potere decisionale (art. 6, lett. e) e delinea almeno due modelli di partecipazione⁷⁴: una in funzione collaborativa (artt. 9-10-22 ss.) l'altra di tipo difensivo, caratterizzata da un contraddittorio necessario (art. 7) e rinforzato (artt. 10-bis, 24, co. 7)⁷⁵.

A questo secondo modello corrisponde la disciplina dei procedimenti sanzionatori dettata dagli artt. 14, 17, 18 l. n. 689/1981, che seppur elaborata prima e collegata al processo di depenalizzazione, ad oggi pare potersi considerare disciplina speciale (rispetto al *genus* rappresentato dalla l. n. 241/1990) deputata alla regolamentazione di un particolare tipo di procedimento caratterizzato da elementi di specificità⁷⁶.

Con l'esercizio del potere sanzionatorio, infatti, si persegue una finalità punitiva e preventivo-deterrente, che è specifica e ulteriore rispetto al fine della tutela dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione.

In più, l'esercizio del potere incide sul fondamentale diritto di difesa del destinatario (ex art. 24 Cost.), che viene in rilievo ancor prima della integrità della sfera patrimoniale e dell'onorabilità professionale che dalla sanzione (pecuniaria o interdittiva) potrebbero essere pregiudicate.

Tale assunto - tradizionalmente disatteso dalla Cassazione⁷⁷ - trova conferma nella più recente giurisprudenza costituzionale e in quella europea, le quali riconoscono che il diritto di difesa dell'incolpato deve essere adeguatamente garantito anche in sede

⁷⁴ Sulle diverse funzioni della partecipazione procedimentale v., tra gli altri, BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in BARTOLINI, PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, 296 ss.

⁷⁵ Cfr. in questi termini Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595: «quella di "contraddittorio" costituisce, in sé considerata, una nozione polisemica, che comprende una pluralità di livelli, più o meno alti, di tutele. In ogni ambito, le garanzie del contraddittorio non costituiscono un insieme predefinito e costante di poteri, doveri e facoltà attribuiti alle parti all'interno del procedimento amministrativo. Esse sono invece suscettibili di variazioni e adattamenti, in funzione del tipo di procedimento e degli interessi in gioco».

⁷⁶ In questi termini v. Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199: «Per il principio di specialità, che prevale sul principio ordinario di successione cronologica delle norme, le disposizioni posteriori non comportano l'abrogazione delle precedenti, ove queste ultime disciplinano diversamente la stessa materia in un campo particolare. È appunto in questo rapporto si pongono la L. 7 agosto 1990, n. 241, e la L. 24 novembre 1981, n. 689, riguardanti l'una i procedimenti amministrativi in genere, l'altra in ispecie quelli finalizzati all'irrogazione delle sanzioni amministrative, caratterizzati da questa loro funzione del tutto peculiare, che richiede e giustifica (...) una distinta disciplina in relazione al carattere perentorio del termine fissato all'Autorità per provvedere alla irrogazione della sanzione. La legge n. 689 del 1981 (salvo che la legge disponga diversamente, con specifiche norme in tema di illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie) funge da paradigma normativo generale per tutti i tipi di procedimenti sanzionatori, di guisa che quanto osservato a proposito di tale legge deve ritenersi applicabile anche al procedimento sanzionatorio avviato nel caso in esame dalla Banca d'Italia».

⁷⁷ Come conferma la giurisprudenza citata ai §§ 4.4.1. Sul punto v. anche CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, 579-622, il quale riporta che secondo la giurisprudenza «le sanzioni amministrative sono (...) applicate in un procedimento amministrativo al cui interno non è ravvisabile un vero e proprio diritto di difesa, ma un ben più limitato diritto di partecipazione» (p. 587).

procedimentale.

Ancor più della sentenza *Grand Stevens* del 2014 - con cui la Corte di Strasburgo aveva affermato con chiarezza il principio, salvo 'annacquare' le conseguenze applicative con la c.d. teoria della continuità tra procedimento e processo, - sono significative alcune recenti pronunce della Corte costituzionale.

In particolare, la ricordata sentenza n. 84 del 2021 con cui – a seguito di un virtuoso dialogo con la Corte di Giustizia Europea⁷⁸ - è stata riconosciuta la necessità di garantire il diritto al silenzio dell'incolpato anche nell'attività di vigilanza strumentale all'instaurazione di procedimenti diretti all'irrogazione di sanzioni "sostanzialmente penali".

Ma ancor più rilevanti sono le pronunce che riguardano le sanzioni amministrative in senso stretto.

In particolare, con la sentenza n. 151 del 2021 la Corte ha dichiarato (seppur solo nella sostanza perché ha adottato una pronuncia - monito di inammissibilità) l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 della l. n. 689/981 nella parte in cui non è previsto «un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso»⁷⁹.

La Corte costituzionale ha, infatti, affermato che «nel procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell'agere della pubblica amministrazione, ma con profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, (...), l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare» tanto che «la predefinitiva legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione, il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso, risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali» di cui agli artt. 23, 24, 97 Cost.⁸⁰. Lo stesso principio è stato ribadito nella sentenza n. 260 del 2021⁸¹.

⁷⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021 C-481/19 DB c. *Consob*, su cui V. CANESCHI, *La Corte di Giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il "giusto procedimento" amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2021, 561 ss.

⁷⁹ Corte cost., 12 luglio 2021, n. 151, in *Giur. cost.*, 4, 2021, 1599 ss., con osservazioni di F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 151 del 2021, al punto 5 del *Considerato in diritto*: «in materia di sanzioni amministrative il principio di legalità (...) deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale» ed ha aggiunto che «la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della PA di cui all'art. 97 Cost.».

⁸¹ Cfr. Corte cost. 28 dicembre 2021, n. 260, con nota di CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., 1077 ss. Cfr. punto 10 del *Considerato in diritto*.

Ebbene, tali orientamenti confermano quanto sopra considerato: la specialità della disciplina procedimentale applicabile ai procedimenti sanzionatori è giustificata dalla finalità punitiva della potestà esercitata e, conseguentemente, dalla natura dei diritti soggettivi coinvolti.

Quanto al primo profilo, è la stessa Corte a rilevare che la specialità dei procedimenti sanzionatori - rispetto «*al paradigma dell'agere della pubblica amministrazione*» - dipende dal fatto che in questi «*l'esercizio del potere si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione*»⁸². Ciò equivale a dire che la sanzione non si risolve in uno strumento di perseguimento dell'interesse pubblico sussidiato (nel settore in esame: la stabilità del mercato finanziario e la correttezza e trasparenza delle negoziazioni), ma ha un'ulteriore e specifica finalità, in ragione della quale l'atto di esercizio della funzione incide su posizioni soggettive ulteriori rispetto quelle che vengono incise dagli altri provvedimenti autoritativi.

E in questo sta il secondo - e determinante - profilo di specialità: come conferma la giurisprudenza costituzionale più recente, l'incolpato è titolare, già nei confronti dell'autorità amministrativa, non solo del diritto alla predeterminazione dei casi, dei modi e dei tempi dell'esercizio del potere (ex art. 23⁸³ e 25 Cost.)⁸⁴, ma anche del fondamentale diritto di difesa (ex art. 24 Cost.), i quali devono trovare adeguate tutele già in sede procedimentale⁸⁵.

Sono dunque i principi costituzionali che riconoscono tali diritti a rendere necessario che all'attività sanzionatoria siano applicate regole specifiche e ulteriori rispetto a quelle che valgono per gli ordinari mezzi di azione amministrativa. Più in

⁸²Così Corte cost. n. 151 del 2021 punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁸³ Come osservato da CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 593 «pur nel quadro dell'art. 23 Cost., l'art. 1 l. 689 del 1981 (che riprende in maniera quasi letterale l'art. 25, co. 2, Cost.) attribuisce alla legge un ruolo assai più intenso: esso infatti stabilisce che «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Dunque, per le sanzioni amministrative vige un principio di stretta legalità, nel senso che fonti prive del valore di legge non possono introdurre fattispecie di illecito amministrativo». Con riferimento al tempo dell'azione è stata la Corte costituzionale, nella sentenza n. 151 del 2021, a ricordare che il principio di legalità impone che la legge «*deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere*», cfr. punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ La giurisprudenza costituzionale più recente ha ribadito che «*per costante giurisprudenza costituzionale, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo (sentenze n. 134 del 2019, n. 223 del 2018, n. 121 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), con l'eccezione però della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale stricto sensu (sent. 134 del 2019)*», così Corte cost., 18 gennaio 2021, n. 5, in *Giur. cost.*, 2021, p. 52.

⁸⁵ Sulla base di questi presupposti Cons. Stato, con ord. 2 ottobre 2014, n. 4491-4492, aveva accolto la domanda cautelare relativa all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio per le sanzioni "sostanzialmente penali" in conseguenza della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Grande Stevens*. Su queste pronunce v. BINDI, *Il Consiglio di Stato e i regolamenti sanzionatori della Consob: il primo caso di applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Giustamm.it*, 11, 2014.

particolare, per quanto qui interessa, sono questi principi ad imporre un procedimento in cui siano assicurate: la tempestività della contestazione dell'illecito, la predeterminazione e determinatezza dei tempi di conclusione del procedimento, la possibilità di difendersi attraverso un contraddittorio paritario (in termini di tempi e di mezzi di prova deducibili)⁸⁶, nonché una netta distinzione tra l'organo responsabile dell'accertamento e l'organo deputato alla decisione.

Se tutto questo è vero, come pare, la “dequotazione” delle garanzie procedurali cristallizzata dalla disciplina normativa e avallata dalla giurisprudenza, contravviene apertamente ai principi generali del diritto amministrativo sanzionatorio.

È condivisibile, infatti, l'idea che la tutela dei diritti del sanzionando nel procedimento amministrativo non debba implicare necessariamente l'applicazione delle regole processual-penalistiche (di fonte convenzionale o costituzionale)⁸⁷, ma ciò non toglie che richieda tutele ulteriori e specifiche rispetto a quelle che si applicano ai diritti incisi dall'esercizio dei poteri autoritativi ordinari (*i.e.* non sanzionatori).

7. Considerazioni conclusive: la necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina

Alla luce di tali acquisizioni, si può tentare di formulare alcune considerazioni sulle prospettive che potrebbero ridurre le criticità evidenziate.

Al riguardo, vien da chiedersi se non sia possibile un innalzamento del livello delle tutele anche attraverso l'esercizio del potere regolamentare da parte delle Autorità di vigilanza, supportato da una diversa interpretazione del diritto positivo vigente.

Come confermano alcuni arresti della giurisprudenza amministrativa⁸⁸, infatti, grava innanzitutto sulle stesse Autorità l'obbligo di conformare i propri procedimenti

⁸⁶ La quale richiede la comunicazione/trasmisione degli atti del procedimento e non la sola garanzia di accesso agli atti mediante istanza (come si ricava dall'art. 18 l. n. 689/1981), il diritto di essere sentito prima della decisione negativa e di controdedurre non solo sugli accertamenti di fatto, ma anche sulla qualificazione giuridica degli stessi (come si ricava di nuovo dall'art. 18 l. n. 689/1981). La “parità delle armi” impone, inoltre, una effettiva distinzione fra istruzione e decisione.

⁸⁷ Anche Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3570, con riferimento alle sanzioni dell'AGCM, ha di recente affermato che «*i canoni di civiltà giuridica del diritto punitivo trovano sì applicazione nei procedimenti sanzionatori di carattere punitivo-afflittivo, ma non necessariamente con le stesse modalità con le quali sono tutelati nei processi penali, dovendo la loro realizzazione adattarsi alle caratteristiche tecniche dell'azione amministrativa ed essere bilanciata con altri interessi di pari rango*».

⁸⁸ Il riferimento è alle pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno dichiarato l'illegittimità dei regolamenti sanzionatori di Consob e di IVASS per mancato rispetto dei principi posti dalla disciplina sanzionatoria di livello primario, così rispettivamente legittimando e imponendo alle Autorità di conformare i relativi procedimenti sanzionatori. Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 che, pur concludendo per l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse (essendo stato impugnato un atto regolamentare prima dell'emanazione dell'atto applicativo) aveva dichiarato che il regolamento sanzionatorio di Consob non risultava conforme agli *standard* di tutela imposti artt. 187-*septies*, 195 TUF e 24 l. 262/2005. Successivamente v. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2019, n. 2043 che, confermando questo orientamento, ha parzialmente annullato il regolamento sanzionatorio dell'IVASS per violazione del principio del contraddittorio previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 209/2005.

e la propria organizzazione alla natura della funzione svolta, dando una lettura rigorosa dei principi posti dal diritto amministrativo sanzionatorio di livello primario, generale e di settore⁸⁹.

Ciò riguarda sia i tempi per l'esercizio della potestà sanzionatoria sia le regole del contraddittorio.

Rispetto al primo profilo, ferma restando la necessità che il legislatore - dando seguito al monito contenuto nella sentenza n. 151 del 2021 - preveda un termine decadenziale per l'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione nel quadro della l. n. 689/1981, ci pare che l'orientamento restrittivo espresso dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁰ meriti un ripensamento.

Pare condivisibile, infatti, la tesi per cui l'assenza di un termine massimo per la conclusione del procedimento nella l. n. 689/1981, non esclude che norme settoriali di rango primario possano demandare a fonti secondarie la fissazione di tali termini in deroga o, per meglio dire, ad integrazione della suddetta disciplina generale⁹¹.

⁸⁹ Consob e Banca d'Italia, in particolare, dispongono di un'ampia autonomia regolamentare e organizzativa che potrebbero utilizzare per modificare la disciplina dei propri procedimenti sanzionatori nonché per assicurare una effettiva distinzione funzionale tra uffici istruttori e organo con potestà decisoria. Infatti se, in via regolamentare, non si potrebbero istituire due diverse autorità sul modello di quanto fatto in Francia dopo la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso 5242/04 *Dubus S.A.v. C. Francia* (su cui v. BINDI, PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca di Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2018, 93-102); tuttavia - in applicazione all'art. 24, co. 1, l. 262/2005 - si potrebbe eliminare il «consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio sotto un medesimo indirizzo», censurato nella sentenza *Grande Stevens* (par. 137) e anche dal Consiglio di Stato con la ricordata sentenza n. 1595 del 2015 (§ 20).

⁹⁰ Cfr. la giurisprudenza citata al § 3 (Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5347; sez. II, 28 aprile 2022, n.13339; sez. II, 18 febbraio 2022, n. 5345; sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4519; sez. II, 20 gennaio 2022, n.1769; sez. II, 20 gennaio 2022, n.1740, n.1741, n. 1770; sez. II, 2 febbraio 2022, n. 3245) secondo la quale il potere sanzionatorio, inteso come potere di esigere la sanzione, incontra il solo limite della prescrizione quinquennale sancito dall'art. 28 della l. n. 689 del 1981. Pertanto, in mancanza di una previsione normativa espressa, il termine finale del procedimento sanzionatorio, ancorché individuato da regolamenti o delibere generali dell'Autorità, ha valore solo ordinatorio con la conseguenza che la mancata osservanza non incide in alcun modo sulla legittimità dell'atto.

⁹¹ In questi termini cfr. Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4657; Cons Stato, sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695; Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2019, n. 2289; Cons. stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2874 che rinvenivano la fonte primaria di settore nell'art. 8, co. 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile *ratione temporis*), che, nel rinviare al Regolamento dell'ANAC per la disciplina di dettaglio, imponeva che questa fosse «predisposta nel rispetto dei principi, non solo della tempestiva comunicazione dell'apertura dell'istruttoria e della contestazione degli addebiti (rispetto ai quali anche la legge n. 689 del 1981 impone termini a pena di decadenza), ma anche del termine a difesa e del contraddittorio, nonché della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento. (...) L'impianto normativo di riferimento porta a ritenere che il provvedimento sanzionatorio impugnato sia stato adottato in violazione di quanto prescritto dalla normativa primaria (cfr. art. 8, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006), che afferma espressamente l'obbligo di osservare il principio di tempestività sia nella fase di avvio, che in quella di conclusione del procedimento sanzionatorio». Pertanto, pur in assenza di un'espressa previsione, il carattere della perentorietà del termine di conclusione del procedimento si riteneva imposto dall'impianto normativo di riferimento.

A tal fine, se non è sufficiente l'art. 2, l. n. 241/1990⁹², possono però rilevare le normative primarie di settore⁹³; e in tal caso pare corretto sostenere che non occorra un'espressa previsione di perentorietà del termine, qualora la necessità di individuare tempi certi per l'avvio, la conduzione del procedimento e per la sua conclusione, sia chiaramente desumibile dall'impianto normativo nel suo complesso⁹⁴.

In tal senso sembra deporre anche un passaggio contenuto nella richiamata sentenza n. 151 del 2021, nel quale la Corte costituzionale ha espressamente ricordato che «*talora il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito dalla stessa autorità competente in via regolamentare (...)*»⁹⁵ e ha ritenuto

⁹² In questi termini CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit. Per una diversa opinione vedi F.G. SCOCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, secondo il quale la Corte avrebbe ben potuto dichiarare incostituzionale la lacuna e direttamente colmarla, traendo la disciplina, in via di analogia, da leggi similari (i.e. mediante la estensione alla legge generale sulle sanzioni del termine previsto dal codice della strada) o dalla legge generale sul procedimento; ciò sul presupposto che «il termine dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, se in generale risulta essere ordinatorio, può per il procedimento sanzionatorio, in considerazione delle sue peculiari caratteristiche, intendersi come perentorio».

⁹³ Norme che ove esistenti non violano né derogano al termine per l'esercizio del diritto di credito nascente dalla sanzione, che rimane soggetto al termine di prescrizione quinquennale, ma aggiungono un limite temporale all'esercizio del potere sanzionatorio, innalzando le garanzie del sanzionato in linea con i principi affermati dalla più recente giurisprudenza costituzionale.

⁹⁴ Va segnalato che nella giurisprudenza amministrativa si è affermato, di recente, un orientamento estensivo in base al quale «l'esigenza di fissazione di termini perentori a pena di decadenza può essere soddisfatta, nel rispetto del principio di legalità sostanziale, da atti normativi secondari o generali a ciò autorizzati o al limite anche in sede di avvio del procedimento, con una autolimitazione della successiva attività» (Cons. Stato, sez. II, 12 maggio 2022, n. 3737 Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI 17 marzo 2021, nn. 2307, 2308 e 2309; Cons. Stato, sez. II, 11 marzo 2022, n. 1723 sui procedimenti sanzionatori di ARERA). L'assunto si basa sul presupposto che «in materia di sanzioni amministrative, il termine fissato per l'adozione del provvedimento finale ha natura perentoria, a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che lo preveda, in quanto imposto dal principio di effettività del diritto di difesa dell'inculpato e dal principio di certezza dei rapporti giuridici». Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2016, n. 1199; Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4113; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 542. Tuttavia, tale orientamento non pare coerente con l'esigenza di predeterminazione legale - anche sotto il profilo temporale - della fattispecie sanzionatoria che emerge dall'art. 23 Cost. e che è stato ribadito anche da Corte cost. nella sentenza n. 151 del 2021. In particolare, ritenere sufficiente una norma primaria di carattere generico si pone in contrasto con l'esigenza di determinatezza della fattispecie, mentre attribuire il potere all'Autorità di fissare - di volta in volta - i termini di conclusione nelle delibere di avvio dei relativi procedimenti contravviene al principio di necessaria predeterminazione degli stessi, ovvero alla necessità che i tempi del procedimento vengano determinati prima e per determinate categorie di illecito (non per il singolo caso), nonché da un soggetto diverso da quello che conduce il procedimento.

⁹⁵ Corte cost. 12 luglio 2021, n. 151 che dopo aver constatato che «*per per alcuni trattamenti sanzionatori regolati da fonti normative settoriali (...) il legislatore ha previsto sia un termine prescrizionale, sia uno, di natura decadenziale, entro il quale deve essere emesso il provvedimento sanzionatorio*» ha rilevato che «*Talora il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio è stabilito dalla stessa autorità competente in via regolamentare, oppure, di volta in volta, in sede di avvio dell'iter procedimentale. Emblematica, al riguardo, è l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti, il cui potere sanzionatorio, pur inserendosi nella più complessa funzione di vigilanza e di controllo, è comunque soggetto alla legge n. 689 del 1981 (Cons. Stato, sez. VI, sentenza 8 luglio 2015,*

emblematica «*l'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*».

Anche tale *obiter dictum* induce a ritenere conforme con la riserva di legge dell'art. 23 Cost. la previsione di termini di conclusione del procedimento da parte della normativa regolamentare elaborata dalle Autorità di vigilanza⁹⁶, in attuazione di un'espressa autorizzazione legislativa

Resta da chiedersi, piuttosto, se nel settore in esame le fonti primarie siano idonee a soddisfare l'esigenza di determinatezza richiesta dalla riserva di legge dell'art. 23 Cost.⁹⁷. Qualora la risposta fosse negativa, sarebbe però auspicabile che il legislatore si limitasse ad introdurre, nella disciplina delle procedure sanzionatorie, l'obbligo di osservare il principio di tempestività nella fase di avvio e quello di certezza nella fase di conclusione del procedimento.

Un tale riferimento, coerente con la giurisprudenza costituzionale prima richiamata (sent. nn. 5, 151, 260 del 2021), potrebbe eliminare i dubbi circa il carattere perentorio dei termini fissati dalle Autorità; nondimeno lascerebbe aperta la possibilità di differenziare, in sede regolamentare, i diversi termini in relazione alle tipologie di illeciti e al grado di complessità del relativo accertamento.

Diversamente, pretendere la fissazione dei termini dei procedimenti sanzionatori in via generale e astratta, potrebbe porsi in contrasto con l'esigenza di adeguare le caratteristiche dei diversi *iter* procedimentali. Esigenza che nel sistema amministrativo emerge dalla disciplina generale (di cui all'art. 2, l. n. 241/1990), ma che anche la Corte costituzionale ha riconosciuto sia con riferimento ai tempi dell'azione sanzionatoria⁹⁸ sia, più in generale, nel ribadire i profili di differenza tra le sanzioni “sostanzialmente penali” e quelle amministrative⁹⁹.

Per quanto riguarda, invece, le regole del contraddittorio merita di essere rimarcata

n. 3401)» cfr. punto 4.1.2. del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., il quale però avanza obiezioni che sembrano senz'altro valide ove vengano in rilievo sanzioni sostanzialmente penali (e quindi i principi dell'art. 25 Cost. e della CEDU) non anche per le sanzioni (meramente) amministrative.

⁹⁷ Come ricordato (*supra* § 2), gli art. 195 TUF e 145 TUB fanno riferimento soltanto ai termini di contestazione degli addebiti, non prevedendo niente con riferimento ai tempi di svolgimento e conclusione del procedimento; mentre gli artt. 196-bis TUF e 145-quater TUB si limitano ad attribuire alle Autorità il potere di emanare disposizioni di attuazione dei titoli sulle sanzioni amministrative.

⁹⁸ Dopo aver affermato l'inadeguatezza del termine di prescrizione, di durata quinquennale e suscettibile di interruzione, a garantire di per sé la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del diritto di difesa dell'incolpato, la Corte costituzionale ha rilevato che «*la omissione legislativa denunciata dal rimettente non può essere sanata da questa Corte, essendo rimessa alla valutazione del legislatore l'individuazione di termini che siano idonei ad assicurare un'adeguata protezione agli evocati principi costituzionali, se del caso prevedendo meccanismi che consentano di modularne l'ampiezza in relazione agli specifici interessi di volta in volta incisi*».

⁹⁹ In questo senso rileva in particolare la sentenza n. 5 del 2021 ove si è affermato che il potere sanzionatorio amministrativo - che il legislatore regionale ben può esercitare, nelle materie di propria competenza - resta comunque soggetto alla riserva di legge, anche regionale, di cui all'art. 23 Cost., che va intesa «*quale riserva relativa, che tollera come tale maggiori margini di integrazione da parte di fonti secondarie*», ferma restando la necessaria «*predeterminazione, da parte della fonte primaria, dei presupposti dell'applicazione (o non applicazione) della sanzione amministrativa*».

l'importanza della sentenza n. 4251 del 2022 con cui la seconda sezione della Cassazione ha riconosciuto la necessità di assicurare «*il nucleo duro delle garanzie endo-procedimentali*», principio che consente di dare adeguata rilevanza alle regole formali dei procedimenti sanzionatori, in linea anche con la più corretta interpretazione della disciplina dell'illegittimità non pronunciabile¹⁰⁰.

Ciò perché - come osservato (*supra* § 6) - in materia sanzionatoria le norme sul procedimento hanno “portata sostanziale” in quanto sono poste a garanzia dei diritti fondamentali dell'incolpato¹⁰¹. Se è vero infatti che «la “forma per la forma” non costituisce un valore neppure in tema di garanzie procedimentali, perché occorre valutare se dietro la forma c'è un interesse sostanziale che merita di essere tutelato»¹⁰², nell'ambito in esame si può senz'altro sostenere che gli interessi sostanziali che meritano di essere tutelati sono proprio i diritti fondamentali dell'incolpato: il diritto alla predeterminazione dei casi, dei tempi e dei modi di esercizio del potere nonché alla possibilità di difendersi tempestivamente contro gli addebiti che gli vengono mossi¹⁰³.

A sostenere la validità di tali ricostruzioni sembra deporre anche il dato per cui la disciplina ibrida della sanzione amministrativa stretta tra ricostruzioni pre-costituzionali del potere amministrativo¹⁰⁴ e uno statuto composto di principi di ispirazione penalistica e civilistica¹⁰⁵ oggi trova parametri interpretativi ben più solidi nella giurisprudenza della Corte costituzionale che sta ri-definendo il diritto sanzionatorio in una prospettiva di attrazione alle categorie penalistiche, ma allo stesso tempo preserva l'autonomia della sanzione amministrativa in senso stretto.

¹⁰⁰ L. FERRARA, *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 103-120. Si veda altresì F.G. COCA, *Fondatezza e, insieme, inammissibilità della questione di costituzionalità*, il quale osserva che «la tesi propugnata dalla Cassazione evidenzia la “pericolosità” e (forse) la incostituzionalità dell'art. 21-*octies*, nella parte in cui svaluta i vizi procedimentali, e non tiene in alcun conto che le disposizioni sul procedimento garantiscono (sono necessarie per garantire), anche per i provvedimenti vincolati (...), l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione: la loro svalutazione contraddice frontalmente il fatto stesso che il procedimento sia sempre più articolatamente disciplinato dal legislatore (anche per l'adozione dei provvedimenti vincolati)».

¹⁰¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521, cit. *supra* par. 4.2. nei punti 30-34 delle *Ragioni della decisione*. In dottrina v. anche CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006, 194 che peraltro rileva come rispetto ai provvedimenti sanzionatori «l'interesse del privato è di tipo difensivo e questo giustifica una maggiore attenzione alle garanzie formali».

¹⁰² Così v. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. com.*, 1, 2021, 100 ss.

¹⁰³ Come rilevato anche dalla Corte costituzionale «(...) decorso un certo lasso di tempo dalla data del fatto generatore del diritto, può essere difficile o impossibile per la parte formulare i mezzi di prova a sostegno delle proprie tesi difensive», cfr. sent. 260 del 2021, punto 10 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁴ Sul punto CERBO, *La prescrizione dell'art. 28 l. n. 689 del 1981: presidio di garanzia per il sanzionato o corollario del diritto di credito dell'amministrazione?*, cit., che richiama l'impostazione di ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924, 160 ss.

¹⁰⁵ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, pt. g., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 849-855; PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989.

Come si è cercato di dimostrare, il fatto che alle sanzioni amministrative non siano automaticamente applicabili tutte le garanzie proprie della materia penale, non significa che possa essere giustificato uno statuto procedimentale che non risulti adeguato alla specifica funzione svolta e alla natura dei diritti individuali coinvolti.

GIURISPRUDENZA

L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO SANITARIO NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA[°]

Francesca Cioli

*Dottoressa Magistrale in Management and Governance
presso l’Università degli Studi di Siena*

Il presente lavoro muove dall’analisi del percorso evolutivo condotto dalle Istituzioni europee, e di riflesso dall’ordinamento interno, in merito alla disciplina applicabile alle procedure che le pubbliche amministrazioni devono svolgere per affidare i servizi sociali agli enti del Terzo settore, per dar conto dei più recenti sviluppi. In particolare, dopo aver ripercorso le principali tappe dell’evoluzione giurisprudenziale e normativa, l’attenzione si concentra sul servizio di trasporto sanitario, da tempo vero e proprio “casus belli” nel panorama dei servizi sociali, per poi esaminare la recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 7 luglio 2022, (cause riunite C-213/2021 e C-214/2021), le cui conclusioni rappresentano un tassello importante per l’applicazione dell’art. 57 del Codice del Terzo Settore.

The present research analyses the evolutionary path led by the European institution and the national law, regarding the procedures which public administration should observe to entrust social services to Third Sector organizations, to account for the latest developments. In particular, after tracing the main stages of the evolution of jurisprudence and legislation, the focus is on the sanitary transportation service, for some time real “casus belli” in the panorama of social services, to then examine the recent judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 July 2022, (Joined Cases C-213/2021 and C-214/2021), whose conclusions represent an important step for the application of art. 57 of the Code of the Third Sector.

Sommario:

1. Introduzione
2. La regolazione dei servizi sociali nell’ordinamento europeo
3. L’evoluzione della disciplina sull’affidamento dei servizi sociali attraverso le pronunce della Corte di giustizia
 - 3.1. Il caso «Sodemare»
 - 3.2. Il caso «Commissione/Italia-Regione Toscana»
 - 3.3. I casi «Spezzino» e «Casta»
4. L’evoluzione della normativa grazie al (cauto ma esplicito) riconoscimento della sfera sociale con la direttiva 24/2014/UE
 - 4.1. L’affidamento dei servizi sociali nel Codice dei Contratti Pubblici
5. La disciplina del Codice del Terzo Settore
 - 5.1. La valorizzazione degli strumenti collaborativi nella sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale
6. I più recenti interventi normativi diretti al coordinamento tra il Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore
7. Il *casus belli* dell’affidamento del servizio di trasporto sanitario
 - 7.1. L’evoluzione fino alla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato nel 2021
 - 7.2. La sentenza dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea del 7 luglio 2022
8. Considerazioni conclusive

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Introduzione

Il presente contributo intende esaminare la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in materia di affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo settore e in particolare la sentenza del 7 luglio 2022, Cause riunite C-213/21 e C-214/21, con la quale è stata approfondita la legittimità dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 alla luce dell'art. 10, lettera h) della direttiva 24/2014/UE.

A tal fine è necessario ripercorrere innanzitutto i passaggi principali dell'evoluzione normativa, al livello dell'Unione Europea, sottolineando come nell'ordinamento europeo si sia passati da un esclusivo interesse per il mercato e per un approccio pro-concorrenziale ad un cauto ma esplicito riconoscimento del paradigma solidaristico.

In questa prospettiva si metterà in rilievo come l'evoluzione sia stata indotta anche da numerosi interventi della Commissione Europea e della Corte di giustizia europea relativi alla scelta della modalità a cui la pubblica amministrazione deve ricorrere per selezionare ed affidare il servizio sociale. La scelta tra il ricorso ad un affidamento diretto o l'attuazione di una procedura compartiva ad evidenza pubblica ha rappresentato l'oggetto dei molteplici casi giurisprudenziali che hanno avuto un impatto rilevante nei singoli ordinamenti interni.

Successivamente si analizzerà il contesto italiano facendo emergere il lungo percorso che ha portato al coordinamento, ancora non del tutto compiuto, tra le due normative che disciplinano le modalità di affidamento dei servizi sociali: il Codice dei Contratti Pubblici, ispirato da logiche di mercato e regole pro-concorrenziali, e il Codice del Terzo Settore, che ha previsto alcuni istituti che valorizzano la dimensione solidaristica.

Infine, si passerà ad analizzare la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea relativa all'affidamento del servizio di trasporto sanitario in condizioni di emergenza e urgenza, che rappresenta da decenni un vero e proprio *casus belli* nel più ampio panorama delle modalità di affidamento dei servizi sociali da parte delle pubbliche amministrazioni.

2. La regolazione dei servizi sociali nell'ordinamento europeo

Per approfondire il tema delle modalità di affidamento dei servizi sociali agli enti senza scopo di lucro è opportuno muovere dall'analisi dei profili di diritto europeo che, anche in questa materia, concorre significativamente alla definizione del quadro normativo dei singoli Stati membri.

Com'è noto, la Comunità Economica Europea prima e l'Unione europea poi, per circa un ventennio hanno mostrato il proprio esclusivo interesse per il mercato e per la tutela del principio di concorrenza, che si impegnavano a garantire tramite il rispetto della libertà di circolazione delle merci, delle persone e dei capitali. Per lungo tempo, dunque, il diritto europeo, ha assicurato una posizione di rilievo alla dimensione economica a cui ha subordinato ogni aspetto di natura sociale, tanto da portare la dottrina a sostenere che nel 2000 risultava ancora lontano il possibile raggiungimento

di un equilibrio tra Europa economica e Europa sociale¹. Le istituzioni europee, di fatti, non sentivano la necessità di disporre uno spazio giuridico per tutto ciò che riguardava gli aspetti sociali².

Solamente con l'avvicinarsi del nuovo millennio, l'ordinamento europeo ha iniziato a maturare l'idea secondo la quale la sola attenzione al sistema economico non fosse sufficiente per costruire un Europa più stabile e coesa a livello sociale. In particolare, un importante cambiamento si è avuto con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE, c.d. Carta di Nizza). Quest'ultima, dedicando ampio spazio anche ai diritti sociali, rappresenta il testo normativo che più direttamente comprende le tematiche sociali.

L'atteggiamento incerto e più volte ambivalente dell'Unione europea in materia di diritti sociali si è riflesso in ugual misura sulla disciplina relativa alle possibili modalità di affidamento a cui può ricorrere la pubblica amministrazione in caso di esternalizzazione dei servizi sociali.

In un primo momento, la materia dei servizi sociali era completamente esclusa dalle direttive in materia di procedure di affidamento. Il diritto europeo, infatti, impiegò un arco temporale molto ampio per riconoscere i servizi sociali, la cui disciplina è per molto tempo rimasta riservata alla discrezionalità dei singoli Stati membri, anche in ragione delle differenze tra i vari sistemi di welfare vigenti.

Successivamente l'ordinamento, nel regolamentare la materia dell'affidamento dei servizi sociali, consapevole dell'elevato contenuto solidaristico delle attività poste in essere, ha assunto un atteggiamento riguardoso in merito a detti servizi e soprattutto ha mostrato le proprie preoccupazioni nell'imporre l'adozione di procedure comparative ad evidenza pubblica.

Proprio per queste ragioni nel 2001 con una comunicazione di *soft law* la Commissione, pur non facendo un richiamo esplicito ai servizi sociali, ha stabilito che le attività relative ai servizi di interesse generale, caratterizzati da una elevata funzione sociale e privi di rilevanza economica, fossero esclusi dall'applicazione delle regole a tutela della concorrenza³.

Si evince chiaramente che gli elementi discriminanti che permettono l'estromissione dall'applicazione della disciplina concorrenziale sono l'elevata funzione sociale e l'assenza di rilevanza economica, e quindi come diretta conseguenza la mancata produzione di effetti sul mercato unico⁴.

Nonostante questa disposizione, priva di effetti giuridici, il diritto europeo continuò

¹ In questi termini si v. MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI, a cura di PARISI, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2020, 149 ss.; ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici*, 2019, 151 ss.

² MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89 ss.

³ Comunicazione (UE), Bruxelles, 19/01/20, Comunicazione della Commissione. *I servizi di interesse generale in Europa*.

⁴ Sul punto v. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007, 293 ss.

a non disciplinare i servizi sociali né a prescrivere alcunché sulle modalità di gestione.

Negli anni immediatamente successivi, infatti, la Commissione ha prodotto due documenti, nel dettaglio il Libro Verde⁵ e il Libro Bianco⁶, nei quali nonostante avesse richiamato i servizi sociali⁷, non aveva chiarito il loro ruolo e soprattutto la loro posizione nei confronti del mercato⁸.

Si può comunque sostenere che nei primi anni del nuovo millennio i servizi sociali per l'Unione europea non dovevano essere interessati dalla disciplina concorrenziale.

Questa visione è destinata a mutare nel 2006, quando la Corte di giustizia europea, delineando la nuova definizione di «attività di servizio di tipo economico», stabilisce che deve essere «considerata un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e delle sue modalità di funzionamento»⁹.

Stando a quanto scritto dai giudici di Lussemburgo si può desumere che la maggior parte delle attività rese nell'ambito dei servizi sociali rientrino nell'anzidetta definizione che pertanto metteva in discussione la posizione espressa dalla Commissione nel 2001: risultando irrilevante tanto l'assetto imprenditoriale dell'operatore quanto la finalità non lucrativa, quasi la totalità delle attività devono essere assoggettate alle regole del mercato stabilite a livello comunitario¹⁰.

La nuova definizione di attività economica segna uno spartiacque significativo: a partire da quel momento la Commissione, dal ritenere escluso il settore sociale, ha iniziato ad assumere una prospettiva di piena considerazione che si pone come obiettivo quello di uniformare al livello comunitario la disciplina dei servizi sociali.

Il 26 aprile dello stesso anno, a seguito di numerose consultazioni con i singoli Stati membri e con i soggetti operanti nel settore, la Commissione ha prodotto una nuova comunicazione sui «servizi sociali di interesse generale dell'Unione europea»¹¹ nella quale ha riportato le riflessioni maturate a seguito dell'intervento della Corte di giustizia aprendo anche nel settore dei servizi sociali all'idea di una

⁵ Comunicazione (UE), Bruxelles, 21/05/2003, Comunicazione della Commissione. *Libro Verde sui servizi di interesse generale*.

⁶ Comunicazione (UE), Bruxelles, 12/05/2004, Comunicazione della Commissione. *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*.

⁷ Mettendo a confronto le due comunicazioni, emanate ad un solo anno di distanza, si nota che nel Libro Verde del 2003, la Commissione non ha sentito l'esigenza di distinguere i servizi economici dai non economici, stabilendo, infatti, che possono coesistere nello stesso settore ed essere forniti dallo stesso ente, senza dare ulteriori precisazioni, mentre un anno dopo nel Libro Bianco ha mostrato un effettivo interesse per i servizi sociali tanto da scrivere che è necessario «identificare e riconoscere le caratteristiche specifiche» di tali servizi e di «chiarire il quadro nell'ambito del quale essi possano essere gestiti e modernizzati».

⁸ Sul punto v. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1115 ss.; ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 299.

⁹ Id., *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 290 ss.

¹⁰ Sul punto si veda MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 164.

¹¹ Comunicazione (UE), Bruxelles, 24/04/2006, Comunicazione della Commissione. *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*.

concorrenza regolata. Con quest'ultima sembrava assoggettare le attività rese nell'ambito dei servizi sociali alle regole della concorrenza e chiedere agli Stati di far osservare il principio di trasparenza e tutte le misure volte ad assicurare l'efficacia delle norme comunitarie in materia di concorrenza, vista l'ormai certa natura economica dei servizi sociali.

Questo nuovo orientamento delle Istituzioni europee pose le pubbliche amministrazioni di fronte alla necessità di valutare ogni qualvolta se l'attività avesse rilevanza economica ai fini della nuova definizione. A tal fine non era più sufficiente considerare il fine sociale perseguito, ma era necessario valutare se esistesse un'offerta di beni e servizi su un mercato. In caso affermativo l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad affidare il servizio in applicazione delle norme dettate dal diritto europeo in materia di concorrenza, mediante lo svolgimento di procedure c.d. ad evidenza pubblica previste dalle direttive del 2004 e, a livello nazionale, dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

3. L'evoluzione della disciplina sull'affidamento dei servizi sociali attraverso le pronunce della Corte di giustizia

Come si è avuto modo di osservare, è compito di ogni singolo Stato membro organizzare i servizi sociali, sviluppando sistemi giuridici volti a tutelare i bisogni dei riceventi del servizio e predisporre procedure competitive o di affidamento diretto che permettono di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Tuttavia, nonostante i singoli Stati godano di ampia autonomia, il diritto dell'Unione europea permea i rispettivi ordinamenti interni, imponendo tramite le direttive adeguamenti normativi e condizionando, anche tramite le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, la disciplina interna.

Come si ha avuto modo di osservare, la posizione dell'ordinamento europeo ha subito una progressiva evoluzione che ha visto una assidua presenza della Corte di giustizia. Quest'ultima è intervenuta ripetutamente sul tema oggetto di indagine, mutando il proprio orientamento in modo quasi simultaneo con quello della Commissione¹².

Le pronunce della Corte di giustizia sono state numerose e hanno riguardato soprattutto il tema dell'affidamento del servizio di trasporto sanitario, vale a dire: la scelta delle regole da applicare per selezionare l'operatore privato a cui affidare lo svolgimento di attività socio-sanitarie di trasporto di pazienti dializzati¹³.

¹² ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 308 ss.

¹³ Come si avrà modo di approfondire, la disciplina che riguarda l'affidamento del trasporto sanitario ha rappresentato negli anni, e continua a rappresentare, un terreno fertile per numerosi contenziosi derivanti da molteplici ragioni: innanzitutto per la difficoltà di definire questa tipologia di attività come economica o come priva di rilevanza economica; in secondo luogo per le incertezze connesse alla classificazione del trasporto sanitario come "trasporto in condizioni di emergenza e urgenza", che - come

Indipendentemente dall'oggetto delle pronunce, gli interventi da parte degli organi dell'Unione europea, in questo caso della Corte di giustizia, richiamano l'attenzione degli ordinamenti di ogni singolo Stato membro perché hanno determinato significativi cambiamenti sia del diritto europeo che di quello nazionale.

Per tale ragione, merita ripercorrere brevemente alcune delle principali pronunce relative all'ordinamento italiano.

3.1. Il caso «Sodemare»

È opportuno richiamare la sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1997 causa 70/95¹⁴, anche detta «Sodemare», per portare alla luce l'evoluzione concomitante del pensiero della Corte di giustizia con quello della Commissione europea riguardo le modalità di affidamento dei servizi sociali.

La Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi in merito alla legittimità della Legge della Regione Lombardia 11 aprile 1980 n. 39, relativa all'organizzazione e al funzionamento delle unità socio-sanitarie locali, e ad alcuni provvedimenti e pareri successivi che riservavano a soggetti *non profit* la possibilità di stipulare con le USL convenzioni, per svolgere attività di assistenza agli anziani, presso le strutture, in cambio del rimborso delle spese.

In particolare, le questioni pregiudiziali sulle quali la Corte era stata chiamata a rispondere erano due: la prima riguardava la possibile violazione della libertà di stabilimento, sulla quale si è espressa tramite un'analisi comparata tra la normativa lombarda e le norme del Trattato; la seconda, rilevante per il tema oggetto di studio, riguardava la possibilità di deroga alle regole della concorrenza¹⁵.

In merito a quest'ultimo aspetto la Corte non ha ritenuto illegittima la decisione delle Regione Lombardia, sostenendo che le norme a tutela della concorrenza potevano non essere attuate per procedere alla selezione e al conseguente affidamento del servizio assistenziale in base a due argomentazioni¹⁶.

Con la prima, la Corte, richiamando la disciplina in materia previdenziale, ha affermato che è compito dei singoli Stati membri organizzare i servizi che «*perseguono un fine sociale e si ispirano al principio di solidarietà*». Così facendo ha spiegato le motivazioni per cui la Regione Lombardia ha potuto derogare alle regole comunitarie, e, indirettamente, collocare gli operatori *non profit* in un sistema improntato al principio di solidarietà.

vedremo in base alle più recenti norme - vale a sottrarlo all'applicazione delle procedure comparative di carattere concorrenziale, che invece risultano applicabili ai servizi di "trasporto ordinario" per affidare i quali le p.a. sono tenute a fare ricorso allo strumento della gara di appalto. In dottrina v. ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, 115 ss.

¹⁴ Corte di giustizia UE, 17 giugno 1997, Causa C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*.

¹⁵ In merito si consulti ALBANESE, *Diritto all'assistenza e diritti sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 310 ss.

¹⁶ MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 155 ss.

La seconda argomentazione posta a sostegno della decisione, muoveva dalla convinzione secondo la quale la decisione di assegnare i servizi, pocanzi citati, tramite un affidamento diretto agli enti *non profit* non incide sul mercato interno e nemmeno sulla concorrenza poiché l'attività non può essere considerata economica; pertanto per i giudici comunitari era ammissibile che le p.a. e gli enti *non profit* si limitassero a stipulare convenzioni non precedute da procedure comparative.

La pronuncia della Corte poneva così gli operatori senza scopi lucrativi in una posizione privilegiata rispetto agli operatori economici e l'esclusione delle logiche di mercato permetteva agli Stati membri di gestire in modo autonomo e sulla base delle proprie tradizioni nazionali l'affidamento dei servizi sociali.

Tanto considerato, è possibile comprendere come i giudici di Lussemburgo, nel tracciare la propria visione sulle modalità di affidamento dei servizi sociali a soggetti privati senza fini di lucro abbiano in qualche modo influenzato la Commissione europea¹⁷. Quest'ultima, come già anticipato, con la Comunicazione su «*i servizi sociali di interesse generale*» nel 2000 aveva, infatti, seguito la stessa linea delineata dai giudici della Corte, ribadendo che quasi la totalità delle attività rese nella sfera sociale che non realizzavano profitti potessero derogare all'applicazione delle norme comunitarie poste a tutela della concorrenza.

3.2. Il caso «Commissione/Italia-Regione Toscana»

Un decennio dopo, la Corte chiamata a pronunciarsi in merito all'affidamento del servizio di trasporto sanitario¹⁸, ha portato alla luce una visione differente, sicuramente coerente con la "nuova" definizione di attività economica.

Nel dettaglio, i giudici di Lussemburgo erano stati chiamati a pronunciarsi in un ricorso presentato dalla Commissione contro la Repubblica Italiana, in riferimento agli accordi quadro stipulati dalla Regione Toscana e dalle ASL del territorio con la Confederazione delle Misericordie d'Italia, l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze e con la Croce Rossa Italia.

Gli accordi in questione erano stati stipulati senza l'adozione di alcuna forma di evidenza pubblica e prevedevano rimborsi forfettari per gli associati degli enti *non profit* individuati per l'erogazione del servizio.

Sono proprio questi due elementi che avevano portato la Commissione a presentare il ricorso, la quale riteneva doverosa l'applicazione delle norme comunitarie in materia di contratti pubblici, visto che aveva ravvisato nei rimborsi previsti per le Organizzazioni di Volontariato dei veri e propri corrispettivi. Inoltre, aveva mosso anche una considerazione sulla tipologia del servizio, affermando che l'attività oggetto degli accordi poteva essere classificata in via prevalente come "trasporto" e per tanto doveva rispondere alle regole della gara di appalto ai sensi dell'allegato A

¹⁷ SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio del trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2016, 13 ss.

¹⁸ Corte di giustizia, 29 novembre 2007, C-119/06, punto 37, Commissione/Italia-Regione Toscana.

della direttiva 92/50/CE¹⁹.

Dal canto suo, la Repubblica Italiana spiegando l'importanza dei soggetti *non profit* nel tessuto sociale e soprattutto illustrando che i rimborsi su cui aveva fatto leva la Commissione dovevano essere considerati come dei meri rimborsi spese, aveva chiesto di rigettare il ricorso e stabilire che gli accordi stipulati non dovevano rientrare nelle logiche puramente concorrenziali.

La decisione della Corte, che accolse il ricorso della Commissione, ebbe un importante impatto nel sistema giuridico nella parte in cui riteneva doveroso applicare la disciplina degli appalti pubblici. Stabili infatti che «*l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscono imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza*», dunque che l'assenza di finalità lucrative non costituisce un limite per la partecipazione a gare di appalto per l'affidamento dei servizi. Inoltre, definì illegittimi i rimborsi forfettari poiché potevano celare un corrispettivo che permetteva di classificare la convenzione come appalto.

In definitiva, i giudici europei pur riconoscendo l'importanza che avevano gli enti *non profit*, affermarono che questi, sulla base degli accordi stipulati, operavano in un contesto concorrenziale bisognoso del rispetto delle regole a garanzia del mercato.

In questo modo sembravano porre gli enti *non profit* al pari degli operatori aventi scopo di lucro, sottraendoli dal privilegio di poter derogare ad una disciplina concorrenziale.

3.3. I casi «Spezzino» e «Casta»

L'assetto interpretativo delineato nel 2007 è stato rimesso in discussione con una sentenza del 2014, nota con il nome di “sentenza Spezzino”²⁰, che ha avuto un impatto di indubbia importanza sull'evoluzione della disciplina.

La Corte di giustizia europea si era trovata a valutare la compatibilità tra il diritto interno e il diritto comunitario sulla possibilità di effettuare un affidamento diretto, senza ricorrere ad una procedura d'appalto per il servizio del trasporto sanitario di emergenza della Regione Liguria²¹.

Con la sentenza «*Spezzino*» pur non rinnegando la propria visione pro-concorrenziale e nemmeno la qualifica di “imprese” agli enti *non profit*, la Corte ammise la possibilità di derogare al principio della concorrenza, stabilendo che la pubblica amministrazione potesse affidare i servizi sociali in via diretta, tramite la stipula di convenzioni con le Organizzazioni di Volontariato, senza lo svolgimento di una gara di appalto, nel caso in cui l'attività svolta contribuisse al raggiungimento di

¹⁹ SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio del trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, cit., 2016, 16.

²⁰ Corte di giustizia EU, sezione quinta, 11 dicembre 2014, Causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n.5 c. Comitato Regionale Liguria, Regione Liguria/San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus.

²¹ Sulla questione v. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Appalti e lavori pubblici*, 2015, 377 ss.; DE ANGELIS, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 249 ss.

obbiettivi sociali.

Con questa sentenza la Corte si è mostrata notevolmente più flessibile rispetto alla posizione che aveva assunto in precedenza, attraverso la “nuova” definizione di “attività di servizio di tipo economico” prima richiamata, riconoscendo l’apporto solidaristico dei servizi sociali come elemento indispensabile che consente anche di derogare alle regole dell’ordinamento comunitario a tutela della concorrenza e del mercato unico.

Inoltre, nella pronuncia la Corte si soffermò sulle ragioni che portavano a riconoscere un *favor* soltanto alle Organizzazioni di Volontariato²², considerate dotate delle caratteristiche necessarie per rivolgersi a un numero elevato di destinatari delle prestazioni ed anche per mantenere un equilibrio economico di bilancio²³.

Le Organizzazioni di Volontariato avendo come principale finalità quella di porre in essere un’attività volta alla tutela della comunità e riuscendo a soddisfarla tramite l’esclusivo operato dei volontari e degli associati, per i quali non è previsto alcun corrispettivo, sono state considerate dai giudici gli enti *non profit* più idonei a rispondere alle esigenze che un servizio così delicato (quale il servizio di trasporto in ambulanza) può richiedere.

La sentenza Spezzino mostra come l’Europa ha mutato la propria visione in un periodo relativamente breve.

Quanto affermato nella sentenza Spezzino è stato ribadito a distanza di un anno nella sentenza C-50/14, del 28 gennaio 2016²⁴, (c.d. sentenza CASTA) relativa al trasporto sanitario non di emergenza disciplinato da una legge regionale del Piemonte. In questa circostanza il Giudice europeo ha ribadito la compatibilità tra la scelta dell’affidamento diretto senza gara per le Organizzazioni di Volontariato e quanto stabilito al livello europeo, a condizione che le organizzazioni individuate per la scelta del servizio perseguano finalità solidaristiche e percepiscano solamente rimborsi genuini al fine di contribuire all’equilibrio di bilancio²⁵.

4. L’evoluzione della normativa grazie al (cauto ma esplicito) riconoscimento della sfera sociale con la direttiva 24/2014/UE

Come abbiamo osservato, a partire dalla Comunicazione del 2006 fino alla sentenza, C- 113/13, Spezzino, del 2014, la materia dell’affidamento dei servizi sociali doveva essere completamente assoggetta alle norme poste a tutela del principio

²² ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, 1, 2019.

²³ COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, cit., 379.

²⁴ Corte di giustizia UE, sezione quinta, 28 gennaio 2016, Causa C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e a. contro Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e Regione Piemonte.

²⁵ DE ANGELIS, *L’affidamento senza gara del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, cit., 249 ss.

di concorrenza, senza possibilità di deroghe.

Tuttavia i punti di arrivo della pronuncia del 2014 segnano un colpo di arresto a questo approccio: il bilanciamento tra il paradigma solidaristico e il paradigma concorrenziale inizia ad essere considerato come un possibile obiettivo. L'Unione, infatti, pur non rinnegando la disciplina pro-concorrenziale, mostra maggiore interesse a quell'insieme di valori e principi volti a promuovere uno Stato di benessere.

È proprio in questi anni che l'ordinamento con la c.d. «Strategia Europa 2020»²⁶, ha cercato di conseguire una maggiore integrazione con gli Stati membri e, soprattutto, di promuovere lo strumento dell'appalto come mezzo per far sì che le politiche sociali potessero trovare applicazione, tenendo questa volta però in considerazione il valore che i servizi sociali apportano nella società²⁷.

In questo contesto rientra la direttiva 24/2014 (appalti pubblici nei settori ordinari), la quale, più di ogni altro intervento, ha portato alla luce la necessità di trovare un'armonia tra l'Europa sociale e l'Europa economica, tanto da influenzare le scelte dei giudici di Lussemburgo nella sentenza «Spezzino».

Da alcuni “considerando” della direttiva emerge un'apertura al panorama solidaristico e alla possibilità di un maggiore coordinamento con gli ordinamenti dei singoli Stati membri in materia di procedure di affidamento dei servizi sociali, per poter raggiungere una compatibilità fra i paradigmi²⁸.

Si pensi al contenuto del considerando 114²⁹ il quale consente un “riscatto” a quei principi solidaristici che non avevano prima d'ora mai goduto di una reale attenzione da parte dell'ordinamento europeo. Oppure al considerando n. 6³⁰, con il quale l'Unione si mostra in una “veste” ancora più flessibile, visto che concede agli Stati la possibilità di scegliere liberamente di organizzare i servizi sociali come servizi non economici ed escluderli dall'applicazione della direttiva.

Un'analisi critica al contenuto dei considerando citati pocanzi, però, permette di comprendere le motivazioni che hanno portato successivamente i singoli ordinamenti nazionali a non coordinare la due sfere: sociale ed economica. All'interno del considerando 114³¹ il diritto dell'Unione nel riconoscere una limitata dimensione

²⁶ Comunicazione (COM (2010) 2020 final) - Europa 2020: *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

²⁷ Per questi aspetti v. MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 169 ss.

²⁸ ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, cit., 141 ss.

²⁹ Considerando n. 114, dir. UE 2014/24.

³⁰ Considerando n. 6, dir. UE 2014/24.

³¹ Considerando n. 114, dir. UE 24/2014: «Certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici. I servizi di questo tipo sono prestati all'interno di un particolare contesto che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali. Occorre quindi stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi [...] In ragione dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel

transfrontaliera, nella prima parte concede agli ordinamenti la possibilità di adottare un regime specifico (noto poi come regime “alleggerito”), mentre nella seconda parte ammette la possibilità di derogare alle regole dei contratti pubblici e procedere con affidamenti diretti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

D'altra parte, nel considerando n. 6³² permette perfino di escluderli dall'applicazione.

Senza scendere ulteriormente nel dettaglio, da quanto già riportato emerge che la normativa della direttiva cela una posizione non sufficientemente chiara dell'ordinamento europeo. Tuttavia, proprio questa vaghezza avrebbe consentito ampi margini di manovra al legislatore delegato in merito alla scelta delle modalità di affidamento più adeguate alle caratteristiche e ai valori del proprio ordinamento, così da consentire alle amministrazioni di raggiungere obiettivi sociali rispettando il contesto storico-culturale, e trovare un equilibrio tra il principio di solidarietà e il principio di concorrenza.

Come si avrà modo di vedere, la flessibilità concessa dal legislatore europeo non è stata colta dal nostro ordinamento, anzi ha posto il legislatore delegato in una situazione di incertezza.

4.1. L'affidamento dei servizi sociali nel Codice dei Contratti Pubblici

Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, il recepimento delle direttive del 2014 ha seguito un *iter* lento e complesso, che ha portato, innanzitutto, all'adozione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, noto come Codice dei Contratti Pubblici.

La direttiva ha influenzato notevolmente il legislatore delegato, che ha disposto che restassero fuori dall'applicazione delle norme del Codice i servizi sociali privi di rilevanza economica, per i quali le pubbliche amministrazioni procedono con l'affidamento diretto, senza ricorrere all'appalto³³.

Mentre per ciò che concerne i servizi economicamente rilevanti, il legislatore ha ripreso in modo puntuale quanto disposto all'art. 4, lettera d) della direttiva, individuando, tramite una norma quantitativa, i soggetti sottoposti alle norme del Codice dei Contratti Pubblici e quindi alle regole a garanzia della concorrenza.

Con l'introduzione di questo corpo normativo, i servizi sociali si sono trovati al

modo che considerano più adeguato. Le norme della presente direttiva tengono conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi. [...] Gli Stati membri e le autorità pubbliche sono liberi di fornire tali servizi direttamente o di organizzare servizi sociali attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione».

³² Considerando n. 6, dir. UE 6/2014: «Occorre parimenti ricordare che gli Stati membri sono liberi di organizzare le prestazioni di servizi sociali obbligatori o di altri servizi, quali i servizi postali, in quanto servizi di interesse economico generale o in quanto servizi non economici di interesse generale ovvero in quanto combinazione di tali servizi. È opportuno chiarire che i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

³³ V. MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 171 ss.

centro di una modifica di indubbia importanza. Se, difatti, prima di allora erano collocati fra i servizi esclusi, con il recepimento delle direttive del 2014, il legislatore li colloca all'interno del Titolo VI, seconda parte, dedicato ai regimi particolari di appalto.

Nella anzidetta sezione il legislatore domestico distingue ulteriormente un regime "alleggerito" e un regime "riservato"³⁴.

L'applicazione degli stessi dipende dalla natura del servizio e dalla soglia comunitaria del contratto che si intende affidare.

L'art. 35 del d. lgs n. 50/2016, infatti, nel disciplinare le «*soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*» dispone che per gli appalti dei servizi sociali nei settori ordinari la soglia comunitaria è pari a 750.000 euro e per i servizi sociali nei settori speciali a 1.000.000.³⁵

Tali soglie, oltre a rappresentare una novità³⁶ nel panorama legislativo, sono sensibilmente più basse rispetto a quelle previste³⁷, all'interno dello stesso articolo, per altre tipologie di servizi, per permettere una maggiore tutela ai soggetti coinvolti nella suddetta materia.

Ai contratti c.d. "sotto soglia" e "sopra soglia" vengono applicate norme diverse³⁸.

I contratti definiti "sopra soglia" rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina contenuta negli artt. 140 e ss., in particolare i servizi ordinari rispondono alla disciplina contenuta negli artt. 142 e 143, mentre i servizi speciali a quella contenuta all'art. 140.

I contratti c.d. "sopra soglia" possono quindi sottostare al "regime alleggerito", rivisto con il d. lgs. n. 56/2017 per armonizzare le norme con le altre disposizioni contenute nell'intero corpo normativo³⁹.

Con il decreto correttivo è stato di fatti stabilito che il "regime alleggerito" può

³⁴ Sul punto si v. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo- "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 1001-1013; ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, cit.174 ss.

³⁵ MICHARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. spunti per un inquadramento*, cit., 461 ss.

³⁶ La direttiva 18/2014/UE non aveva previsto per i servizi sociali una soglia specifica.

³⁷ Art. 35, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: «euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III, [], euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali».

³⁸ BRAGAGLIA - PALAZZO, (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali: la programmazione, l'affidamento secondo il Codice dei contratti pubblici, i criteri di valutazione dell'offerta, la clausola sociale, le gare riservate, il rapporto con la riforma del Terzo settore, le convenzioni, la coprogettazione*, Milano, Giuffrè, 2020.

³⁹ La modifica si era resa necessaria poiché durante la prima stesura degli articoli il legislatore si è limitato a trascrivere quanto disciplinato dall'art. 75, dir. 24/2014/UE, nel quale non vi erano informazioni circa le tipologie di servizi sociali a cui applicare la norma ma solamente la descrizione delle modalità con cui le stazioni appaltanti avrebbero dovuto procedere per aggiudicare gli appalti dei servizi in materia e come avrebbero dovuto darne comunicazione.

essere applicato alle tipologie di servizi sociali individuate all'art. 142, comma 5 bis⁴⁰, e previste procedure comparative in cui devono essere assicurati principalmente il rispetto del principio di pubblicità e di trasparenza, come *conditio sine qua non* per garantire la tutela del mercato e della concorrenza.

L'altro regime individuato è quello c.d. "riservato", la cui disciplina è contenuta all'art. 143 del Codice dei Contratti Pubblici, e ammette una modalità di «gara a concorrenza limitata» a favore dei soggetti non aventi scopo di lucro, consentendo alle pubbliche amministrazioni di riservare a tali soggetti in possesso di specifici requisiti la possibilità di partecipare a particolari gare d'appalto.

Anche in questo caso la norma ha ripreso quasi letteralmente quanto disposto dalla direttiva sugli appalti pubblici all'art. 77, senza apportare alcuna modifica.

Dalla lettura dell'art. 77 sembra che il legislatore europeo abbia sviluppato una disciplina dedicata alla particolare tipologia di enti, che nel nostro ordinamento sono definiti del Terzo settore, e che abbia privilegiato la sfera solidaristica⁴¹; anche se non richiedeva di recepirla obbligatoriamente dell'ordinamento interno⁴².

L'art. 143, per le ragioni appena spiegate, presenta delle difficoltà di attuazione in quanto il legislatore ha trascritto alcune condizioni senza apportare ulteriori precisazioni, che sarebbero state utili nel panorama interno (ad esempio la durata massima del contratto stabilita a tre anni e l'obbligo di non aver stipulato contratti con riserva nei tre anni precedenti) ed anche al fatto di non aver stabilito in modo chiaro a quali enti fosse rivolta⁴³.

Per l'appunto, nel descrivere le organizzazioni senza scopo di lucro beneficiarie della "riserva" il legislatore ha lasciato agli amministratori la possibilità di interpretare quali soggetti nello specifico possono prendere parte a questa agevolazione. In particolare, non ha individuato le particolari caratteristiche dei soggetti *non profit* nell'ordinamento interno, ma ha copiato quanto stabilito dalla direttiva che era volutamente vaga per permettere agli Stati membri di modificarla sulla base delle caratteristiche appartenenti all'ordinamento interno.

Visto che nel prosieguo dello scritto sarà data particolare attenzione anche alle Cooperative sociali in quanto: «enti del terzo settore che svolgono un ruolo importante sia nella produzione di servizi alla persona che nello svolgimento di attività finalizzate al miglioramento dei livelli di benessere sociale di chi si trova in uno stato disagio»⁴⁴.

⁴⁰ Art. 142, comma 5 bis, d. lgs. n.50/2026 «Le disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies, si applicano ai seguenti servizi, come individuati dall'allegato IX, nei settori ordinari: servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative».

⁴¹ MICHIARA, *Contrattazione e servizi "relazionali" ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23/UE e 2014/24/UE. spunti per un inquadramento*, cit.,

⁴² In merito a quest'ultima affermazione si consulti FERRONI, *L'affidamento agli enti del terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, cit., 23 ss.

⁴³ FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2018, 23 ss.

⁴⁴ MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in *Giornale di diritto*

In questo contesto risulta utile accennare alla disciplina contenuta all'interno dell'art. 112 del Codice dei Contratti Pubblici, visto che prevede gare "riservate" alle Cooperative sociali. Si prevede infatti che «fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperati sociali e di imprese sociali»⁴⁵ qualora ricorrano determinati requisiti, le Cooperative sociali possono partecipare a procedure di affidamento in deroga a quanto disposto al Codice dei Contratti Pubblici per gli appalti ordinari e partecipare a procedure di affidamento tramite convenzione, che non devono tradursi in una vera e propria deroga alle regole a tutela della concorrenza poiché sono comunque soggette ai principi di trasparenza, efficienza e non discriminazione⁴⁶.

Grazie a questa disposizione, si può affermare che per quanto riguarda la materia delle Cooperative sociali gli elementi contenuti nelle diverse norme avrebbero permesso un maggior coordinamento interno.

Tuttavia, il quadro normativo delineato dal Codice dei Contratti Pubblici risultava vago, ambiguo e di difficile interpretazione, poiché nel recepire quasi letteralmente la direttiva il legislatore non ha colto l'opportunità data dalle direttive di adeguare la disciplina al contesto nazionale alle caratteristiche degli enti preferenzialmente scelti per affidare i servizi sociali.

Inoltre, come si avrà modo di vedere nel seguente paragrafo, non ha nemmeno sfruttato la possibilità di coordinare le diverse discipline previste a livello nazionale.

5. La disciplina del Codice del Terzo Settore

La materia dell'affidamento dei servizi sociali agli enti del Terzo settore è stata successivamente disciplinata anche da alcune norme del d.lgs. n. 117/2017 che dedica l'intero titolo VII ai rapporti tra le amministrazioni pubbliche e agli enti riconducibili al Terzo Settore.

Nonostante però il testo sia stato emanato a solo un anno di distanza dall'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, il legislatore non è riuscito a stabilire un adeguato coordinamento.

Se, infatti, nel d. lgs. n. 50/2016 il legislatore ha riproposto lo strumento dell'appalto e delle procedure competitive come ordinaria modalità di affidamento dei servizi sociali, nel d. lgs. n. 117/2017 ha introdotto lo strumento della convenzione

amministrativo, 2011, 150 ss.; MINETTI, *Affidamento diretto delle cooperative sociali nel quadro della normativa attuale*, in *Comuni d'Italia*, 2008, 45 ss.

⁴⁵ Cfr. l'art. 5 l. 381 del 1991 che prevedeva una deroga «alla disciplina generale in materia di contratti della pubblica amministrazione» se sussistono determinati requisiti, sia oggettivi che soggettivi.

⁴⁶ Art. 112, comma 1: «*Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati*».

con una chiave di lettura innovativa, rispetto alle tradizionali convenzioni disciplinate dalla legge n. 266/1991 c.d. “legge quadro sul volontariato”⁴⁷, senza però prevedere una disposizione che permettesse un coordinamento tra i due corpi⁴⁸.

In questo contesto meritano di essere approfonditi alcuni articoli del Codice del Terzo Settore, ovvero l’articolo 56 dedicato allo strumento della convenzione, l’art. 57 come *species* del precedente, (entrambi riferiti esclusivamente ed esplicitamente alla materia dei servizi sociali), ed infine l’art. 55 che, pur comprendendo tutte le attività di interesse generale indicate all’art. 5 del d. lgs n. 117/2017, dedica uno spazio anche al settore dei servizi sociali.

L’art. 55, fondato sul principio di sussidiarietà orizzontale⁴⁹, regola i metodi di coinvolgimento attivo dei soggetti *non profit* nelle attività delle pubbliche amministrazioni attraverso una serie di strumenti che permettono di accrescere la qualità delle prestazioni erogate al fine di raggiungere obiettivi di benessere sociale. Gli strumenti in questione sono: la co-programmazione e la co-progettazione⁵⁰.

L’articolo in questione, disciplinando i rapporti collaborativi che possono svilupparsi tra gli enti pubblici e i soggetti privati senza scopo di lucro, rappresenta la colonna su cui si sorregge l’intero titolo VII del decreto.

Tuttavia, la norma presenta delle lacune che rendono difficile la sua applicazione e che hanno portato alla produzione di pareri contrastanti circa il rapporto con cui si

⁴⁷ Il legislatore all’interno della l. n. 266/1991 ha previsto in modo puntuale, per la prima volta, all’art. 7 la disciplina relativa allo strumento della convenzione. Introducendo due elementi obbligatori, ovvero «*disposizioni dirette a garantire l’esistenza di condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione, nonché il rispetto dei diritti e della dignità agli utenti*» e inoltre «*forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità nonché le modalità di rimborso delle spese*». Dalla lettura della norma emerge chiaramente il mancato interesse di includere la convenzione tra gli strumenti giuridici utilizzati per regolare anche ambiti concorrenziali, infatti, a differenza di quanto sarà poi previsto dal Codice del Terzo Settore, il legislatore non ha inserito nessuna disposizione volta a tutelare i principi propri della concorrenza.

⁴⁸ ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, cit., 140 ss.

⁴⁹ Di cui all’art. 118, comma 4, Cost. secondo il quale «*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*»

⁵⁰ L’art. 55 prevede che lo strumento della co-programmazione permetta un coinvolgimento partecipativo degli enti del Terzo settore, stabilendo al secondo comma che il cui fine è volto «*all’individuazione, da parte della pubblica amministrazione, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*». Mentre al secondo e al terzo comma disciplina lo strumento della co-progettazione, prevedendo un coinvolgimento degli enti decisamente più attivo, rispetto a quello previsto nella co-programmazione, in quanto questi possono definire specifici progetti finalizzati a soddisfare i bisogni della società tramite gli strumenti individuati nella fase di co-programmazione. Proprio al terzo comma, in effetti, stabilisce che: «*alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2*». Sul punto v. FICI - GALLO - GIGLIONI, *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131/2020, Quaderni di Terzjus, Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell’impresa*, 2020, 25 ss.

pone con la disciplina europea a tutela della concorrenza⁵¹. Infatti, non delinea chiaramente le procedure tramite le quali la pubblica amministrazione può individuare i soggetti non profit con cui collaborare, ma si limita ad imporre il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento.

Il legislatore delegato negli altri due articoli, citati pocanzi, ha privilegiato lo strumento della convenzione per affidare lo svolgimento delle attività rese nell'area dei servizi sociali.

Per ciò che interessa in questa sede, l'art. 56 prevede una regolamentazione di "ampio respiro", non focalizzandosi su una particolare attività ma trattando l'intero *genus* dei servizi sociali⁵².

In particolare, stabilisce che le p.a. dopo aver eseguito una procedura comparativa nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, possono affidare l'erogazione del servizio alle sole Organizzazioni di Volontariato e alle Associazioni di promozione sociale. A differenza, quindi, di quanto disposto dall'art. 55, la disciplina si rivolge ad una platea di soggetti *non profit* più ristretta. La *ratio* di questa scelta è da rintracciarsi nella natura delle Organizzazioni di Volontariato e delle Associazioni di promozione sociale che si differenziano dagli altri per alcune peculiari caratteristiche, le quali permettono indubbiamente di considerarli come enti che svolgono attività con uno spiccato contenuto solidaristico⁵³; tanto è vero che entrambi i soggetti, per porre in essere le attività, si avvalgono prevalentemente di volontari. Inoltre, i rispettivi statuti non prevedono ristorni per gli associati, ma solamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate; entrambi elementi che, come osservato, erano stati considerati rilevanti dalla Corte di giustizia europea per giustificare l'applicazione di regimi derogatori. Al secondo comma, infatti, il legislatore propone una disciplina puntuale in merito al rimborso spese, con il fine di distinguere le convenzioni dai contratti di appalto che sono contratti onerosi.

⁵¹ La disciplina contenuta all'art. 55 ha portato a interpretazioni contrapposte: una parte della dottrina ha sostenuto che quanto disposto dalla norma in merito alla modalità con cui la pubblica amministrazione e gli enti non profit instaurano un rapporto collaborativo si allontana dalle procedure competitive tipiche dell'ordinamento europeo, l'altra, invece, ha riconosciuto nella norma una sovrapposizione con il diritto europeo contenuto nella direttiva sugli appalti pubblici. Si consulti PELLIZZARI - BORZAGA, *Terzo settore e pubblica amministrazione, la svolta della Corte costituzionale*, cit., 9 ss.

⁵² Il comma di apertura della norma, menzionando i servizi sociali in senso generale, si pone in antitesi con il decreto stesso, poiché l'art. 5 del Codice del Terzo settore richiama la nozione di servizi sociali in senso stretto, facendo un rinvio specifico alla l. n. 328/2000, considerando i soli servizi sociali di tipo assistenziale. Questa contraddizione dimostra il clima di incertezza nel quale il legislatore operava durante la stesura: da un lato, sembra che il legislatore sentisse la necessità di rimanere ancorato alle norme nazionali, e di conseguenza all'art. 5 richiama i contenuti della legge quadro, e dall'altro, invece, sembra che fosse influenzato dalla visione dell'Unione Europea tanto da richiamare la nozione dei servizi sociali propria del diritto europeo. Si veda FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2022, 165 ss., CODINI - FOSSATI - FREGO LUPPI, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, cit., 120 ss.

⁵³ Inoltre, la scelta di limitare a questi soli organismi la possibilità di stipulare convenzioni è legittimata dalle caratteristiche dei soggetti stessi che posti invece in un contesto concorrenziale possono essere indotti a modificare la propria natura.

Gran parte del contenuto della norma riprende fedelmente e in alcuni passaggi letteralmente quanto disposto al livello europeo, sia all'interno della direttiva 24/2014, sia nella nota sentenza «Spezzino».

L'unico elemento innovativo, non previsto a livello europeo - e inizialmente nemmeno dal legislatore delegato ma suggerito dal Consiglio di Stato - è rappresentato dalla locuzione che consente il ricorso alle convenzioni solo se «*più favorevoli rispetto al ricorso al mercato*».

Questa espressione pone le amministrazioni in difficoltà nella fase di selezione e per questo risulta uno dei principali profili di criticità della norma.

Alla luce degli interventi dottrinali volti a chiarire il significato della disposizione, sembra potersi affermare che l'elemento di certezza è dato dal fatto che nel rapporto contrattuale non deve esservi una finalità di profitto, poiché ciò andrebbe a collidere con quanto stabilito nel resto della norma: non sarebbe coerente con la disciplina della genuinità dei rimborsi spesa, ma neanche con le peculiari caratteristiche delle Organizzazioni di Volontariato e le Associazioni di promozione sociale⁵⁴.

Questa disposizione, stando alle linee guida adottate dal Ministero del lavoro, D.M. 72 del 31 marzo 2022, deve essere interpretata come «*un'effettiva capacità di contribuire alla finalità sociale e agli obiettivi di solidarietà del sistema*». A tal fine, le pubbliche amministrazioni, sulle quali grava l'onere di scegliere con chi e quando stipulare una convenzione, devono interpretare la locuzione in esame come il rapporto che permette di raggiungere migliori obiettivi sociali e non come l'indicazione a svolgere una mera valutazione economica⁵⁵.

Infine, va considerato l'art. 57 del Codice, che è di particolare importanza anche ai fini dell'analisi che seguirà.

La norma, legata da una relazione di progressiva specificità rispetto all'art. 56, contiene la disciplina relativa al solo trasporto sanitario in condizioni di emergenza ed urgenza⁵⁶, riprendendo fedelmente la sentenza del 11 dicembre 2014, C 113/13 Spezzino e i contenuti della direttiva 24/2014 EU.⁵⁷

Gli aspetti importanti possono essere individuati in apertura della norma, ove il

⁵⁴ GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti tra Terzo settore e PA*, in *Federalismi.it*, 2020, 19 ss.

⁵⁵ Per poter fare questa valutazione, è sicuramente opportuno procedere anche con un'analisi economica ma l'importante è che questa non diventi l'unico elemento per effettuare la scelta.

⁵⁶ L'art. 57 dispone che «*1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.*

2. Alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'articolo 56».

⁵⁷ ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del terzo settore nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, cit., 146 ss.

legislatore impone specifiche richieste, probabilmente per assicurarsi che il trasporto avvenga nel più totale rispetto dei soggetti a cui viene rivolto il servizio che presenta un elevato contenuto sociale. Al primo comma, infatti, stabilisce che la disciplina si rivolge al solo servizio di trasporto sanitario in condizioni di emergenza e urgenza e inserisce un ulteriore limite rispetto agli articoli analizzati pocanzi, ovvero impone che il servizio può essere affidato in via prioritaria alle sole Organizzazioni di Volontariato.

Tutto ciò ha aperto ad importanti interrogati che si pongono alla base dei motivi per cui tale tipologia di servizio è oggetto di controversie.

Gli elementi che sono stati considerati critici riguardano: innanzitutto l'esclusione dall'applicazione della norma del servizio di trasporto ordinario; la locuzione in «*via prioritaria*» che ad oggi rimane ancora una questione aperta nonché la riserva alle sole Organizzazioni di Volontariato che ha prodotto nel tempo una serie di dubbi in merito alla legittimità della norma.

In merito alla locuzione in «*via prioritaria*» è opportuno richiamare la Sentenza n. 255/2020 della Corte costituzionale⁵⁸, in particolare un *obiter dictum* finale.

I giudici, chiamati a pronunciarsi su una questione differente⁵⁹, hanno colto l'occasione per far luce sul termine suggerito dal Consiglio di Stato e inserito dal legislatore domestico all'interno della norma, affermando che: «*non è di palmare evidenza che il citato art. 57 abbia voluto limitare l'istituto convenzionale, per il servizio di emergenza e urgenza, soltanto alle organizzazioni di volontariato, come dedotto dalla parte ricorrente, restringendo così il campo degli affidatari rispetto alla ricordata normativa europea e al Codice degli appalti, che includono tale servizio tra quelli per cui è possibile derogare alle procedure di evidenza pubblica. La disposizione è esplicita nell'indicare la facoltà di affidare con convenzione il servizio alle associazioni di volontariato "in via prioritaria". Il che pone un problema interpretativo di soluzione non univoca, sul quale non fornisce argomenti la difesa dello Stato, così come non li fornisce riguardo all'applicabilità dell'art. 57 alle cooperative sociali, in ragione del rapporto tra il Codice del Terzo settore e la legge n. 381 del 1991, che lo stesso Codice sembra qualificare come disciplina speciale*».

In questo modo, la Corte sembra invitare a non interpretare la locuzione come una scelta esclusiva, ma a voler dare l'opportunità alle amministrazioni di poter scegliere,

⁵⁸ Corte costituzionale, 26 novembre 2020, n. 255/2020.

⁵⁹ La pronuncia della Corte è stata richiamata dal Governo che ha deciso di impugnare quanto disposto dalla L.R. Sardegna n. 48 del 2018 (Legge di stabilità).

Nel dettaglio: «la L.R. Sardegna n. 48 del 2018 (Legge di stabilità 2019) ha previsto che la Regione sia autorizzata a finanziare annualmente l'AREUS (Azienda regionale emergenza urgenza Sardegna) per le "attività rese dalle associazioni onlus e cooperative sociali convenzionate con il Servizio di emergenza-urgenza 118"». il Governo a seguito della lettura di tale legge è intervenuto sostenendo che richiamare lo strumento della convenzione per le associazioni onlus e cooperative sociali risulta in contrasto con la disciplina contenuta all'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017.

Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, la disposizione impugnata presentando un carattere finanziario non è idonea a dettare regole in merito all'ambito delle convenzioni, e di conseguenza letta sotto questo profilo la norma non è stata ritenuta incostituzionale.

tra le diverse modalità di affidamento, quelle che apporterebbero un migliore risultato nell'erogazione del servizio, anche alla luce dei diversi soggetti non lucrativi presenti nei propri territori. Se l'amministrazione valuta che un ente differente dall'Organizzazione di volontariato presenta strumenti e competenze migliori per soddisfare la richiesta, non deve sentirsi obbligata ad affidare il servizio a quest'ultime.

Le criticità relative alla riserva posta dall'art. 57 saranno prese in esame, con particolare attenzione nel paragrafo in cui verrà approfondito il servizio di trasporto sanitario; prima però è necessario dar conto, seppur brevemente, dei principali indirizzi interpretativi che si sono affermati sulle norme del Codice del Terzo Settore appena richiamate e sui rapporti con il regime previsto dal Codice dei Contratti Pubblici.

5.1. La valorizzazione degli strumenti collaborativi nella sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale

Quanto descritto sino ad ora permette di comprendere quanto le norme a favore della concorrenza, penetrate nel paradigma solidaristico nel corso degli anni a seguito dei reiterati interventi da parte delle Istituzioni Europee, non corrispondono propriamente alle norme solidaristiche. Il conflitto tra la normativa a tutela del mercato e quella invece a favore del principio di solidarietà è celato proprio dietro al mancato coordinamento tra il Codice dei Contratti Pubblici e il Codice del Terzo Settore. Un mancato coordinamento verrebbe da dire, conclamato, visto che a pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 117/2017 l'Autorità Nazionale Anticorruzione viste le «*posizioni contrastanti*» e «*i dubbi interpretativi*» in merito alle diverse norme ha richiesto un parere al Consiglio di Stato⁶⁰, per poter aggiornare le Linee Guida emanate nel 2016.

Pertanto, la contrapposizione tra le due sfere ha richiamato prima il Consiglio di Stato e successivamente ha portato anche la Corte costituzionale ad esprimere il proprio giudizio.

I giudici di Palazzo Spada, in risposta alla richiesta dell'ANAC, con il parere n. 2052⁶¹ del 20 agosto 2018, facendo prevalere la visione pro-concorrenziale⁶², hanno stabilito infatti che: «*La disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa,*

⁶⁰ ANAC, *Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 e del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117*, in: www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Attivita/RegolazioneContratti/Richiesta_parere_CdS.pdf

⁶¹ Consiglio di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 2052.

⁶² ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 648, «La lettura in chiave solo pro-concorrenziale delle norme del titolo VII CTS adottata dal Consiglio di Stato sembra essere stata ispirata soprattutto dal sospetto che esse possano essere concretamente elusive delle garanzie procedurali dei contratti pubblici»

costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni). Dall'anzidetto passaggio emerge nitidamente la posizione tutt'altro che flessibile del Consiglio di Stato⁶³.

Visione, questa, non condivisa dalla Corte costituzionale, la quale con la sentenza n. 131/2020⁶⁴ getta le basi per un'apertura alla compatibilità tra la sfera sociale e quella concorrenziale.

Con tale sentenza la Corte è intervenuta a seguito di un contenzioso e ha colto l'occasione per giungere a dei punti di approdo, necessari vista l'antinomia dei due corpi normativi, tramite un'argomentazione molto più ampia rispetto alla questione a cui avrebbe dovuto rispondere⁶⁵.

Il giudice delle leggi ha valorizzato l'apertura mostrata dall'ordinamento europeo in merito al principio di solidarietà e ha affermato che nei rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti del terzo settore, lo Stato può «*apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza, ma a quello di solidarietà sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali*»⁶⁶.

La Corte, dunque, ha riconosciuto la possibilità e la legittimità di derogare alle regole della concorrenza, ammettendo comunque un possibile equilibrio tra le norme a favore delle logiche di mercato contenute nel Codice dei Contratti Pubblici e le norme che permettono l'emersione del principio solidaristico contenute all'interno del Codice del Terzo Settore.

La Corte valorizzando indubbiamente il ruolo del Terzo settore e gli strumenti attraverso il quale è possibile attuare una collaborazione tra soggetti pubblici e enti *non profit*, ha affermato che: «*Gli ETS, in quanto rappresentativi della "società solidale", del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"*»⁶⁷.

Per la prima volta, dopo la l. n. 381/1991, infatti, la giurisprudenza afferma che i rapporti economici tra l'ente pubblico e il soggetto *non profit* si plasmano sulla natura

⁶³ PELLIZZARI - BORZAGA, *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Euricse, 2020.

⁶⁴ Sentenza Corte costituzionale n. 131/ 2020.

⁶⁵ GORI, *Gli effetti giuridici a «lungo raggio» della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *impresa sociale*, 3, 2020, raggiungibile dal sito <https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/gli-effetti-della-sentenza-131-della-corte-costituzionale>

⁶⁶ Sentenza Corte costituzionale n. 131/ 2020.

⁶⁷ *Ibidem*.

dei soggetti non aventi scopo di lucro⁶⁸.

La conclusione a cui giunge la Corte costituzionale rafforza indubbiamente gli strumenti collaborativi, già richiamati precedentemente, contenuti agli art. 55, 56, 57 del d.lgs. n. 117/2017 e ha un importante impatto sui rapporti tra pubblica amministrazione e gli enti del Terzo settore.

Quest'ultimi, infatti, stando a quanto stabilito dalla Corte, non devono essere considerati come i soggetti ai quali viene esclusivamente affidato il compito di erogare un servizio sociale ma devono essere visti come una risorsa, per gli enti locali, necessaria per soddisfare le necessità dei soggetti bisognosi di un supporto sociale⁶⁹.

6. I più recenti interventi normativi diretti al coordinamento tra il Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore

A seguito della sentenza n. 131/2020 il legislatore è intervenuto sul mancato coordinamento venutosi a creare a seguito dell'emanazione delle due sostanziali riforme, rappresentate dal Codice dei Contratti Pubblici e dal Codice del Terzo Settore, apportando alcune modifiche migliorative al quadro normativo vigente, al fine di assicurare un raccordo tra i due corpi normativi.

In particolare, con il d.l. n. 76 del 6 luglio 2020 c.d. "decreto semplificazioni", convertito in l. 11 settembre, n. 120, il legislatore ha modificato gli artt. 30, 59 e 140 del d. lgs. n. 50/2016, stabilendo che agli strumenti collaborativi previsti per regolare i rapporti tra gli enti del Terzo settore e le amministrazioni pubbliche è necessario applicare la legge n. 241/1990. Più nel dettaglio, all'art. 30, contenente i principi generali in materia di aggiudicazione e esecuzione degli appalti e dei contratti di concessione, il legislatore ha modificato il comma 8, prevedendo che le disposizioni contenute nella legge n. 241/1990 devono essere applicate non soltanto alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative, ma anche alle «*forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*».

Per quanto riguarda l'art. 59, relativo alle procedure e all'oggetto del contratto, e l'art. 140, in materia di norme applicabili agli appalti nei servizi sociali, il legislatore è intervenuto inserendo in apertura della norma un richiamo espresso a quanto stabilito dal Codice del Terzo Settore.

Successivamente, ad un anno di distanza dal "decreto semplificazioni", è intervenuto il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali attraverso l'emanazione del D.M. n. 72 del 3 marzo 2021⁷⁰ recante le *Linee Guida sul rapporto tra pubbliche*

⁶⁸ PELLIZZARI - BORZAGA, *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, cit., 2020.

⁶⁹ BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 573 ss.

⁷⁰ GALLO, *Le linee guida tra p.a. e ETS negli istituti collaborativi del codice del Terzo settore. Nota al Decreto ministeriale n. 72 del 31/03/2021 di approvazione delle Linee Guida*, in *Terzjus*, 2021, in:

amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d. lgs. n. 117/2017, volte ad agevolare le amministrazioni pubbliche nell'applicazione degli istituti della co-progettazione, co-programmazione e delle convenzioni. L'intervento in questione ha agevolato l'attuazione delle norme del d. lgs. n. 117/2017, dando spazio a rapporti che non sono propri della sfera concorrenziale senza negare però la possibilità di ricorrere a procedure comparative ad evidenza pubblica. Di fatti il Ministero ha precisato che è rimessa alle pubbliche amministrazioni la possibilità di scelta tra le regole concorrenziali e i principi cardini del paradigma solidaristico in modo del tutto discrezionale, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e tutela della concorrenza.

In questo contesto si è inserita anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione con l'emanazione delle nuove Linee Guida n. 17/2022 sull'affidamento dei servizi sociali, contenenti ulteriori indicazioni alle pubbliche amministrazioni sul comportamento da adottare per affidare i servizi di interesse generale agli enti del terzo settore⁷¹. Ai fini della presente analisi è interessante richiamare quanto stabilito in materia di affidamento del servizio di trasporto sanitario disciplinato dall'art. 57 del Codice del Terzo Settore. All'interno del documento l'ANAC, oltre a confermare l'esclusione del servizio dall'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici e ribadire la riserva delle sole Organizzazioni di Volontariato, si pone sulla medesima linea della Corte di giustizia, (nella sentenza Falk) in merito al concetto di emergenza. Si afferma, infatti, che il suddetto servizio può essere considerato di emergenza ed urgenza se è in atto una situazione «*che necessita di una prestazione sanitaria rapida ed imminente*».

Merita, infine, ricordare che sulle bozze delle Linee Guida di ANAC, il Consiglio di Stato ha emesso il parere n. 802/2022⁷² con il quale ha dato atto dell'evoluzione del quadro normativo relativo l'affidamento dei servizi sociali e, superando la visione restrittiva e pro-concorrenziale mostrata nel precedente parere n. 2052/2018, ha riconosciuto la possibilità di sottrarre alla disciplina dei contratti pubblici gli affidamenti dei servizi sociali⁷³.

Nella stessa direzione sembra muoversi il legislatore in sede di revisione del Codice dei Contratti Pubblici⁷⁴. Infatti, lo schema del nuovo Codice dei Contratti Pubblici adottato in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, nella sezione dei principi

<https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/le-linee-guida-sul-rapporto-tra-pa-ed-ets-negli-istituti-collaborativi-del-codice-del-terzo-settore-nota-al-decreto-ministeriale-n-72-del-31-03-2021-di-approvazione-delle-linee-guida/#>

⁷¹ FIDELBO, *Gli affidamenti in favore degli enti del terzo settore*, in *Labsus*, 2022, in: <https://www.labsus.org/2022/03/gli-affidamenti-in-favore-degli-enti-del-terzo-settore/>

⁷² Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 12 aprile 2022, n. 802/2022 reperibile al seguente indirizzo: <https://welforum.it/wp-content/uploads/2022/06/PARERE-802-CONSIGLIO-DI-STATO.pdf>

⁷³ GALLO, *Verso il consolidamento del diritto vivente del terzo settore*, in *Terzjus*, 2022, in: <https://terzjus.it/articoli/saggi/verso-il-consolidamento-del-diritto-vivente-del-terzo-settore/>

⁷⁴ Sul punto si v. SANTUARI, *Lo schema del nuovo codice degli appalti e il terzo settore*, in *Persona & danno*, 2022, in: <https://www.personaedanno.it/articolo/lo-schema-del-nuovo-codice-degli-appalti-e-il-terzo-settore>; MAROCCHI - SANTUARI, *Terzo settori e Pa: dal nuovo Codice degli appalti più dubbi che certezze*, in *Cantier Terzo settore*, 2022, in: <https://www.cantiereterzosettore.it/terzo-settore-e-pa-dal-nuovo-codice-degli-appalti-piu-dubbi-che-certezze/>

inserisce una norma relativa ai rapporti con il terzo settore che permette di creare un collegamento tra il paradigma concorrenziale e il paradigma solidaristico⁷⁵.

7. Il casus belli dell'affidamento del servizio di trasporto sanitario

In questo quadro si inserisce la recente sentenza a cause riunite C-213/21 e C-214/21 della Corte di giustizia, nella materia in tema di servizio di trasporto sanitario.

Tale tipologia di servizio rappresenta la cartina di tornasole nel divario tra le esigenze del diritto europeo in materia di concorrenza e quelle tipiche del diritto nazionale a tutela della persona e dei suoi bisogni; ciò ha portato, negli anni, le Istituzioni europee e nazionali a svolgere un'attività interpretativa volta proprio a trovare una maggiore stabilità della materia.

Per comprendere al meglio le problematiche legate all'affidamento del servizio di trasporto sanitario affrontate nella recente sentenza della CGUE, è fondamentale ricordare che la suddetta tipologia di servizio si distingue in “servizio di trasporto sanitario ordinario” e “servizio di trasporto sanitario d'urgenza”.

Quanto al primo si può ribadire che essendo un trasporto programmato relativo al materiale biologico o a soggetti che non richiedono particolare attenzione, la componente relazionale tende a venir meno; pertanto non è necessario che il servizio sia plasmato sulla base delle esigenze del paziente e perciò può essere standardizzato, come avviene generalmente per i servizi di tipo economico. Venendo meno i profili di relazionalità, nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale si è giunti ad una normativa puntuale che sottrae il servizio di trasporto sanitario ordinario alle regole del paradigma solidaristico a favore delle regole competitive dettate dal Codice dei Contratti Pubblici.

Differente invece è la questione inerente al servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, che innanzitutto prevede il solo trasporto di persone e non di materiale organico.

In via incidentale è giusto ricordare che non è ancora chiaro quanto sia ampia la sfera del servizio di trasporto d'urgenza; infatti, la linea di confine in alcuni casi tra il servizio “ordinario” e il suddetto servizio risulta molto sfumata. Su questa tematica è intervenuta anche la CGUE su un caso tedesco, con la nota sentenza Falk⁷⁶, che purtroppo non ha aiutato l'ordinamento italiano a far chiarezza poiché, come ribadito ormai più volte, tale materia è strettamente legata ai valori degli Stati membri, ed

⁷⁵ Art. 6, in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78: *«In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Gli affidamenti di tali attività agli enti non lucrativi avvengono nel rispetto delle disposizioni previste dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e non rientrano nel campo di applicazione del codice».*

⁷⁶ Corte di giustizia UE, sezione quinta, 21 marzo 2019, Causa C-465/17, *Dr. Falk Pharma GmbH contro DAK-Gesundheit*.

inoltre le norme dell'ordinamento tedesco non sono sovrapponibili alle norme dell'ordinamento italiano. Comunque, anche in questa occasione, la Corte di giustizia nel pronunciarsi non ha permesso di chiarire i dubbi su tale confine⁷⁷.

A seguito di questa digressione, che ha anche permesso di comprendere quanto il servizio sanitario in condizioni di emergenza e urgenza è importante anche in altri ordinamenti europei, risulta pertinente ripercorrere brevemente l'evoluzione delle regole relative al suo affidamento, principalmente erogato da soggetti non aventi finalità lucrative.

Se inizialmente il servizio di trasporto sanitario, come tutti i servizi sociali, era completamente escluso dalle logiche di mercato, ed era affidato dagli enti pubblici ai soggetti *non profit* direttamente, senza sottoporlo alle regole peculiari del diritto europeo⁷⁸, con l'evoluzione della normativa comunitaria, in particolare con la nuova definizione di attività economica, sopra ricordata, l'Unione europea non esclude a priori l'applicazione delle regole a favore della concorrenza per affidare il servizio in questione⁷⁹.

La visione pro-concorrenziale è stata poi mitigata dalla direttiva 24/2014/UE con la quale l'Unione riconosce l'importanza del principio di solidarietà e l'impatto positivo che questo può avere per il raggiungimento di alcuni obiettivi sociali, tanto da escludere espressamente con il considerando n. 28, il servizio di trasporto sanitario di urgenza delle regole degli appalti⁸⁰.

Successivamente anche dalla previsione da parte del legislatore italiano con una specifica norma, ovvero l'art. 57 del Codice del Terzo Settore, con la quale si fa salva la possibilità per le amministrazioni di riservare in via prioritaria l'affidamento del servizio di trasporto sanitario in condizioni di emergenza e urgenza alle sole Organizzazioni di Volontariato.

La disciplina contenuta all'interno dell'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 presenta principalmente due profili di criticità il primo riguarda la locuzione «*in via prioritaria*», il secondo, oggetto della sentenza che sarà analizzata nel successivo paragrafo, riguarda il limite posto alle amministrazioni pubbliche in merito alla scelta

⁷⁷ In merito la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2019, C-465/17 ha stabilito che «*L'urgenza può malgrado tutto, essere dimostrata, perlomeno potenzialmente, qualora sia necessario trasportare un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante detto trasporto. Solo a tali condizioni il trasporto in ambulanza qualificato potrebbe rientrare nell'ambito della deroga all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici di cui l'art. 10, lettera h), della direttiva 2014/24*» ed inoltre il Giudice esclude che il trasporto può essere classificato d'urgenza se a bordo dell'ambulanza sia presente personale qualificato

⁷⁸ Come quanto stabilito dai Giudici di Lussemburgo dalla sentenza della CGCE «Sodemare» C-70/95 del 17.6.1997, richiamata precedentemente.

⁷⁹ Corte di giustizia, 29 novembre 2007, C-119/06, punto 37, Commissione/Italia-Regione Toscana su cui vedi par. 3.

⁸⁰ Il Considerando n. 28 della direttiva 24/2014/UE stabilisce che «*La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi*».

del soggetto a cui affidare l'erogazione del servizio.

Tale riserva ha portato gli addetti ai lavori a riflettere sull'opportunità dell'esclusione delle Cooperative sociali, dando origine anche a posizioni critiche⁸¹.

A mio avviso la scelta del legislatore di favorire, le Organizzazioni di Volontariato rispetto ad altri enti, come appunto le Cooperative sociali, può essere vista con una chiave di lettura positiva alla luce delle "peculiarità" che li caratterizzano⁸². Come gli altri soggetti, è classificata come ente *non profit* e anch'essa svolge un'attività volta a supportare la persona nel rispetto del principio di solidarietà; tuttavia le Cooperative sociali sono la categoria più 'vicina' al concetto di attività economica e alle logiche concorrenziali, rispetto a tutti gli altri soggetti attribuiti al Terzo settore.

L'elemento che le caratterizza è legato alla cooperazione, o meglio a una forma lavorativa che porta un vantaggio economico ai soggetti che ne fanno parte⁸³. Anche se l'istituto mutualistico ha come fine quello di perseguire finalità solidaristiche per accresce il benessere della comunità, le Cooperative per dimensioni e struttura sono spesso in grado di partecipare anche a procedure competitive, a differenza delle Organizzazioni di Volontariato che si basano sull'operato dei volontari. Pertanto la riserva a favore di quest'ultime può essere vista come una tutela per i riceventi del servizio, i quali necessitano di rapporti improntati sul sostegno che le Organizzazioni di Volontariato, di regola attente alle necessità della persona possono realizzare.

Dubbi in merito comunque persistono, tant'è che la previsione è all'origine della recente pronuncia della Corte di giustizia.

7.1. L'evoluzione fino alla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato nel 2021

L'*iter* che ha portato nuovamente i giudici di Lussemburgo ad affrontare il tema merita di essere descritto a partire dalle sue fasi iniziali⁸⁴.

La Cooperativa Italy Emergenza Cooperativa sociale, proponeva ricorso n. 537/2017, contro l'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, chiedendo al TAR Puglia l'annullamento del bando di gara indetto dalla sopra citata Azienda sanitaria, che prevedeva la possibilità di affidamento, in convenzione, a Organizzazioni di Volontariato⁸⁵ del servizio sanitario in ambulanza con assistenza prestata da un

⁸¹ Parte della dottrina vi vede una limitazione alle regole competitive, anche solamente nella parte del rispetto del principio di pubblicità e di competitività. In merito si v. TAMBURINI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: le convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale*, in *Impresa sociale*, 2020, 73 ss; GORI, *La sentenza 255 e i confini interni al Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 2020, in : <https://www.rivistaimpresasociale.it/forum/articolo/la-sentenza-255-e-i-confini-interni-al-terzo-settore>

⁸² L. 8 novembre 1991, n. 381.

⁸³ MANGANARO - MOLASCHI - MORZENTI PELLEGRINI - SICLARI, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit.

⁸⁴ Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione seconda, 29/06/2020, n. 00537/2020.

⁸⁵ in possesso dei requisiti disposti dall'art. 57 del Codice del Terzo Settore, iscritti da almeno 6 mesi al RUN e appartenenti ad una rete associativa

soccorritore sanitario coadiuvato da un autista soccorritore a un paziente per il quale esiste il rischio di peggioramento dello stato di salute durante il trasporto.

La ragione primaria che ha spinto la Italy Emergenza a proporre il ricorso di fronte al Tribunale amministrativo è da rintracciarsi, come anticipato, nell'esclusione dalla possibilità di partecipare al bando di gara per le Cooperative sociali. Nel ricorso, infatti, i legali sollevano il dubbio della legittimità della riserva alle sole Organizzazioni di Volontariato rispetto a quanto disposto dal considerando n. 28 e dall'art. 10 lett. h) della direttiva 2014/24/ UE⁸⁶.

I giudici amministrativi hanno richiamato la sentenza «Spezzino», nella parte in cui la Corte di giustizia ha definito legittima la possibilità di affidamento, alle sole Organizzazioni di Volontariato, l'erogazione del servizio sanitario d'urgenza nel caso in cui l'attività posta in essere avrebbe permesso di raggiungere gli obiettivi sociali e non avrebbe previsto alcun profitto agli associati; inoltre hanno evidenziato come il contenuto del considerando n. 28 e dell'art. 10 lett. h) della direttiva 24/2014/ UE non sancivano un principio di piena equiparazione tra le Associazioni di Volontariato e tutte le altre Organizzazioni di Volontariato.

Alla luce della giurisprudenza, il TAR ha ritenuto corretto il privilegio concesso alle Organizzazioni di Volontariato nel bando presentato dall'Azienda sanitaria, in applicazione dell'art. 57 del Codice del Terzo Settore.

Ha quindi respinto il ricorso, stabilendo che le Cooperative sociali oltre a presentare caratteristiche notevolmente differenti dall'Associazione di Volontariato e nello specifico caso la Italy Emergenza prevedeva (all'art. 34 dello Statuto) la distribuzione di ristorni secondo un determinato limite⁸⁷ e pertanto non era legittimata all'affidamento diretto del suddetto servizio.

Come detto, la Italy Emergenza Cooperativa sociale, ha presentato un altro ricorso (n. 560/2020⁸⁸), nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale Cosenza, la quale aveva affidato, attraverso lo strumento della convenzione, il servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, alle Organizzazioni di Volontariato e alla Croce Rossa Italiana.

Le motivazioni che hanno portato a questo ricorso sono le medesime del precedente ed i giudici lo hanno respinto sulla base della stessa motivazione.

La soccombente, ferma sulle proprie ragioni ha impugnato entrambi le sentenze

⁸⁶ Art. 10, lett. h), dir. 24/2014/ UE: «La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: (...); h) concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000. (...)».

⁸⁷ La distribuzione degli utili per le cooperative sociali è prevista dal d. lgs. n. 112/2017, ai sensi dell'art. 16 che stabilisce: «le imprese sociali possono destinare una quota non superiore al tre per cento degli utili netti annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti, a fondi istituiti dagli enti e dalle associazioni, nonché dalla Fondazione Italia Sociale, specificamente ed esclusivamente destinati alla promozione e allo sviluppo delle imprese sociali attraverso azioni ed iniziative di varia natura, quali il finanziamento di progetti di studio e di ricerca in tema di impresa sociale o di attività di formazione dei lavoratori dell'impresa sociale, la promozione della costituzione di imprese sociali o di loro enti associativi, o il finanziamento di specifici programmi di sviluppo di imprese sociali o di loro enti associativi».

⁸⁸ Tribunale Amministrativo per la Regione Calabria, seconda sezione, 17/06/2020 n. 00560/220.

dinnanzi al Consiglio di Stato.

I giudici di Palazzo Spada, con due ordinanze distinte, hanno avanzato dubbi sulla compatibilità tra il discusso articolo 57 del Codice del Terzo Settore e l'art. 10 lett. h) della direttiva, visto che quest'ultimo non riguarderebbe le sole Organizzazioni di Volontariato, ma prenderebbe in considerazione le "organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro", senza dare ulteriori dettagli.

In particolare, il Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 536/2021 osserva che la differenza tra le Organizzazioni di Volontariato e le Cooperative sociali sia estremamente sottile, perché se è vero che le seconde sono disciplinate da una normativa specifica (l. n. 318-1991), è anche vero che ai sensi dell'art. 4⁸⁹ del d. lgs n. 117/2017 sono classificate fra gli enti del terzo settore che perseguono «*finalità civili, solidaristiche e di utilità sociale*». In estrema sintesi, in questa prima ordinanza, il Consiglio di Stato sembra equiparare i due soggetti. Nonostante ciò, visti i dubbi legati alla legittimità dell'art. 57 del Codice del Terzo Settore ha deciso di sollevare due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia,

Le ordinanze di rimessione sono due, ma l'unica differenza è che nella seconda domanda viene aggiunta la richiesta di pronunciarsi sulla questione di ristorni⁹⁰, perciò

⁸⁹ Art. 4, comma 1, d. lgs. n. 117/2017: «*Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore*».

⁹⁰ La questione pregiudiziale relativa alla Causa C-213/21 «*Se l'articolo 10, lettera h), della direttiva [2014/24] - e con esso il considerando 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative*»; La questione pregiudiziale relativa alla Causa C-214/21: «*Se l'articolo 10, lettera h), della direttiva [2014/24] - e con esso il considerando 28 di tale direttiva - osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato - sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione - senza contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative, ivi comprese le cooperative sociali che gestiscono la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale, ai sensi dell'articolo 3, comma 2 bis, del decreto legislativo n. 112/2017*».

è possibile procedere con un'analisi congiunta.

7.2. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 7 luglio 2022

In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla CGUE se l'art. 10, lettera h) della direttiva 24/2014, possa limitare una normativa nazionale che dispone la possibilità di affidare, mediante lo strumento della convenzione, il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, alle sole Organizzazioni di Volontariato, in via prioritaria, escludendo dall'applicazione della disciplina le Cooperative sociali che distribuisco ristori agli associati.

La Corte di giustizia ha "risposto" ai rinvii pregiudiziali tramite la sentenza del 7 luglio 2022 nelle cause riunite C-213/21 e C-214/21⁹¹.

A tal fine, ripercorrendo il filo evolutivo della giurisprudenza europea, dalla sentenza del 21 marzo 2019, Falk⁹², alla direttiva 24/2024 EU, hanno spiegato che la nozione di organizzazione o di associazione «*senza scopo di lucro*», ai sensi dell'art.10, lett. h) deve essere limitata alle sole organizzazioni e associazioni che non perseguono alcun fine lucrativo e soprattutto che non procurano, neppure in modo indiretto, alcun utile agli associati.

Inoltre, hanno aggiunto che per rientrare nell'ambito di applicazione dell'anzidetto articolo, le associazioni e le organizzazioni devono perseguire esclusivamente un fine sociale e non avere finalità commerciali. Ne segue che tutti gli enti che non rispettano i requisiti sopra citati e che sono costituite da dipendenti che detengono le quote del capitale, sono esclusi dall'applicazione della disciplina circoscritta all'art. 10, lett. h), della direttiva 24/2014 EU.

Merita di essere sottolineato che la Corte ha rivolto all'aspetto sociale una particolare attenzione chiarendo il concetto di "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", alle quali riconosce un contenuto solidaristico più marcato rispetto a tutti gli altri *enti non profit*. Pertanto, sono l'elevato contenuto solidaristico e la realizzazione di obiettivi di coesione sociale a rappresentare la *conditio sine qua non* per giustificare la deroga alle regole poste a tutela della concorrenza.

Il passaggio cruciale è rappresentato dal parallelismo con l'art. 77 della direttiva 24/2014 UE, da cui si ricava che le organizzazioni e associazioni a cui fa riferimento l'art. 10 della medesima direttiva non possono essere poste sullo stesso livello delle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti che sono invece disciplinate all'art. 77 e menzionate nel considerando n. 118, come difatti le Cooperative sociali.

In definitiva, la Corte conclude che nel caso di specie, in base all'art. 3, co. 2 *bis*, d. lgs. n. 112/2017 e all'art. 34 dello statuto della Italy Emergenza Cooperativa Sociale, l'assemblea può deliberare la distribuzione di "ristorni" ai membri della cooperativa, il che non permette al soggetto in questione di rientrare nel campo di applicazione dell'art. 10.

⁹¹ Corte di giustizia UE, sezione ottava, 7 luglio 2022, nelle cause riunite C-213/21 e C-214/21.

⁹² Corte di giustizia UE, sezione quinta, 21 marzo 2019, Causa C-465/17, Dr. Falk Pharma GmbH contro DAK-Gesundheit.

8. Considerazioni conclusive

Le conclusioni a cui sono giunti i giudici di Lussemburgo rappresentano un punto di arrivo di estrema importanza in quanto legittimano il *favor* previsto dall'art. 57 d.lgs. n. 117/2017 per le Organizzazioni di Volontariato, stabilendo che l'affidamento diretto previsto solamente a favore di soggetti che non acquisiscono nessuna forma di utile non si pone in contrasto con la logica europea.

Inoltre, si può affermare che quanto dichiarato può avere valenza estensiva; come è stato osservato, infatti, i punti di arrivo della sentenza potrebbero essere validi non solo per il servizio di trasporto sanitario di emergenza, ma anche per tutti gli altri servizi erogati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro i cui codici CPV sono contenuti all'art 10, lett. h)⁹³.

Tale arresto permette, dunque, di porre un punto fermo sulla questione relativa all'esclusione della Cooperative sociali, gettando le basi per una disciplina più chiara, che permetta alle amministrazioni pubbliche di procedere con l'applicazione della norma, tanto discussa contenuta nel Codice del Terzo Settore, senza temere di risultare in conflitto con quanto disposto nell'ordinamento europeo.

Più in generale, si può sostenere che, con i più recenti interventi della Corte di giustizia, il paradigma solidaristico è uscito dal cono d'ombra. La volontà da parte dell'Unione europea di dare maggior spazio ai fattori non economici che permettono il raggiungimento del benessere globale, consentono di auspicare una complementarità tra gli aspetti positivi dell'approccio concorrenziale e quelli propri della dimensione solidaristica.

⁹³ MIGLIORINI, *La Corte di giustizia UE stabilisce che le cooperative non sono enti senza scopo di lucro ai fini della direttiva appalti*, in *Terzjus*, 2022., raggiungibile al seguente link: <https://terzjus.it/articoli/note-e-commenti/la-corte-di-giustizia-ue-stabilisce-che-le-cooperative-non-sono-enti-senza-scopo-di-lucro-ai-fini-della-direttiva-appalti/>

**IL SINDACATO SULLA DISCREZIONALITÀ TECNICA
IN MATERIA PAESAGGISTICA IN UNA RECENTE PRONUNCIA
DEL CONSIGLIO DI STATO[°]**

Lia Belli

Avvocata del Foro di Firenze

NOTA A SENTENZA

Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624 - Pres. Volpe - Est. Simeoli

Atto amministrativo - Discrezionalità - Discrezionalità tecnica - Giustizia amministrativa - Sindacato del giudice amministrativo

1. A differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. "discrezionalità amministrativa") dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. "discrezionalità tecnica") vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica.

2. In quest'ultimo caso, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a 'definire' la fattispecie sostanziale. Ma non certo nel senso - invocato dall'Amministrazione - di riconoscere un ambito di valutazioni 'riservate' alla pubblica amministrazione non attingibile integralmente dal sindacato giurisdizionale, delimitando quest'ultimo all'interno di una prospettiva critica meramente 'estrinseca'. Tale impostazione sarebbe del tutto incompatibile con la moderna configurazione dell'oggetto e della funzione del processo amministrativo, ispirato al canone dell'effettività della tutela, dotato di un sistema rimediabile aperto e conformato al bisogno differenziato di tutela. La tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante in tutte le fattispecie sottoposte alla sua attenzione.

Il punto è un altro: quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.

È ben possibile per l'interessato, oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere, contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato.

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Per affrontare il tema del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, uno dei contesti normativi più ricchi di occasioni di riflessione è quello della tutela e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici che da ultimo è stato oggetto di disciplina organica da parte del D.lgs. 42/2004¹.

È stato autorevolmente evidenziato dalla dottrina che: «Nel diritto amministrativo la discrezionalità connota l'essenza stessa dell'Amministrare, cioè della cura in concreto degli interessi pubblici»² demandata alla pubblica amministrazione quale «esperta nella cura e nella gestione dell'interesse pubblico»³.

Dal momento che la materia dei beni culturali e paesaggistici, contiene al suo interno una vasta gamma di strumenti di tutela e di valorizzazione, tanto dei beni culturali quanto dei beni paesaggistici, tale ambito normativo risulta essere una valida palestra per allenare la sensibilità giuridica ai concetti di discrezionalità amministrativa e c.d. discrezionalità tecnica.

Tali concetti giuridici prendono origine dalla predisposizione nell'ordinamento di norme di azione "in bianco" o, meglio, norme che rimettono al soggetto titolare del potere ambiti di valutazione tramite il ricorso ai c.d. "concetti giuridici indeterminati".

Questi ultimi possono essere di due categorie, come indicato dalla dottrina⁴: i concetti empirici o descrittivi «che si riferiscono al modo di essere di una situazione di fatto» ed i concetti normativi e di valore «che contengono un ineliminabile elemento di soggettività». Sotto quest'ultimo profilo, la definizione storica ed autorevole della discrezionalità amministrativa è quella per cui essa coincide con «il margine di scelta che la norma rimette all'Amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare l'interesse pubblico nel caso concreto»⁵. In questi casi la scelta avviene attraverso la ponderazione ed il bilanciamento degli interessi pubblici (primari e tutelati dalla norma di azione) e privati (secondari e comunque meritevoli di tutela per l'ordinamento) che si intersecano nella fattispecie concreta e che vengono in rilievo nel procedimento istruttorio.

Da tale tipologia di discrezionalità occorre distinguere quella relativa all'ambito delle valutazioni tecniche rimesse all'Amministrazione, le quali ricorrono nei casi in cui la norma di azione attribuisca all'amministrazione il potere di valutazione attraverso concetti indeterminati di tipo empirico che implicano la conoscenza di nozioni tecnico-scientifiche suscettibili di diversa applicazione (quali ad esempio le valutazioni mediche relativamente alle c.d. "cause di servizio"; le valutazioni del

¹ La materia della tutela e della valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici è stata da ultimo oggetto di disciplina organica da parte del D.Lgs. n. 42/2004. Tale testo normativo, come noto, origina da quanto già disposto dal D.Lgs. 490/99, il quale a sua volta aveva quali precedenti le leggi n. 1089 e n. 1497 del 1939, che costituirono il primo vero tentativo di organizzazione sistematica della materia nonché dell'individuazione dei soggetti istituzionali chiamati ad applicare i precetti normativi tramite le valutazioni concrete che avrebbero dovuto compiere nell'esercizio dei poteri di tutela e di valorizzazione.

² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Il Mulino 2013, Cap. III, 114

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, 111.

⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano 1939.

rischio alla salute derivante da esposizione a campi elettromagnetici, le valutazioni di compatibilità paesaggistica ... ecc.)⁶.

In relazione alla attuazione di tali poteri di valutazione sorge il problema di chi abbia il “diritto all’ultima parola”, in quanto occorre valutare se ed entro quali limiti le decisioni discrezionali dell’Amministrazione siano sindacabili in sede giurisdizionale.

Più in particolare, si discute di limiti del sindacato rispetto alla discrezionalità tecnica, sebbene in realtà tale espressione sia impropria poiché nelle conoscenze tecnico-scientifiche è eliminato il momento volitivo della valutazione, cosicché la discrezionalità vera e propria rimessa alla pubblica amministrazione non ha ingresso in tali valutazioni⁷.

In ogni caso, sia per la discrezionalità amministrativa pura, sia per le valutazioni (impropriamente ma diffusamente) qualificate come discrezionalità tecnica, il minimo comune denominatore delle ricostruzioni prevalenti, in dottrina e giurisprudenza, risiede nel fatto che il sindacato giurisdizionale pieno comporterebbe una giustapposizione della valutazione del giudice a quella dell’amministrazione; operazione questa esclusa dalla regola fondamentale per cui il sindacato si estende alla valutazione della logicità e coerenza della valutazione, tramite un apprezzamento che sarà estrinseco e non già di merito, ovvero sia valutabile attraverso le figure dell’eccesso di potere, ma non attraverso una valutazione della correttezza nel merito della decisione assunta dall’amministrazione precedente.

Il sindacato sulle valutazioni tecnico-scientifiche dell’Amministrazione, tuttavia, si è andato vieppiù intensificando⁸ fino a giungere alla possibilità (introdotta dalla legge 205 del 2000⁹ e poi dal codice del processo amministrativo), che il giudice si avvalga (analogamente al giudice civile) della consulenza tecnica d’ufficio per affrontare tutte le questioni che necessitano di conoscenze tecniche specialistiche, che possono essere verificate tramite l’ausilio di un esperto che rappresenti, con assoluta

⁶ Sul tema, tra i molti, v. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminati, La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212 ss.; TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell’atto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 791 ss.; MARZUOLI, *Una nozione da ricordare: la «competenza esclusiva»*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 909 ss.

⁷ Non a caso l’art. 63 del codice del processo amministrativo non si “sbilancia” nella definizione di discrezionalità laddove, a proposito dell’istruzione probatoria, fa riferimento ai casi in cui le valutazioni richiedano particolari competenze tecniche.

⁸ Significativa, in particolare, è stata la sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁹ Sull’integrazione degli strumenti istruttori, a seguito della L. 21 luglio 2000, n. 205, LIPARI, *I principi generali dell’istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 55 ss.; CINTIOLI, *Consulenza tecnica d’ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di F. CARINGELLA - M. PROTTO, Milano, 2001, 913 ss.; VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2251 ss.; SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3533 ss.

terzietà, come atteggiare la regola tecnica al caso di specie.

2. In questo quadro, il presente contributo mira ad evidenziare come stiamo assistendo ad un lento, ma progressivo ampliamento del sindacato giurisdizionale quanto alla valutazione di elementi della fattispecie che richiedano la conoscenza di particolari nozioni tecnico-scientifiche in materia di beni culturali e paesaggistici.

In tale contesto, infatti, la valutazione discrezionale è la modalità in cui si atteggia normalmente l'esercizio del potere amministrativo poiché le valutazioni cui è chiamata la Pubblica Amministrazione sono pressoché costantemente relative a concetti giuridici indeterminati c.d. empirici.

L'ampliamento del controllo delle valutazioni tecnico-scientifiche compiute dall'Amministrazione preposta alla tutela dei vincoli è in corso di attuazione soprattutto da parte della giurisprudenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato che, anche da ultimo con la sentenza in commento, si è pronunciata sul potere di intervento del giudice amministrativo nell'ambito valutativo discrezionale.

La sentenza è relativa all'impugnazione di un diniego della Soprintendenza in ordine ad un intervento di sopraelevazione di un fabbricato a destinazione residenziale, gemello ad uno limitrofo dello stesso proprietario, che già aveva subito un intervento di sopraelevazione di identiche dimensioni (un corpo di fabbrica di 25 mq sul lastrico solare condominiale di circa 1000 mq), autorizzato anche sotto il profilo paesaggistico.

Nella fattispecie concreta, ciò che ha costituito l'oggetto del ricorso non è stata l'illogicità del diniego impugnato rispetto al precedente atto di assenso già rilasciato dalla medesima Soprintendenza per la sopraelevazione dell'immobile "gemello", quanto piuttosto la valutazione circa la ritenuta non compatibilità paesaggistica dell'intervento per l'impatto negativo che lo stesso avrebbe avuto rispetto all'elemento percettivo del crinale e delle colline retrostanti.

Proprio tale ambito di valutazione è stato demandato dal Collegio al CTU, sulla base di un quesito espressamente riproduttivo di quanto era stato valutato negativamente dalla competente Soprintendenza.

In particolare si chiedeva di verificare: «i) se le opere di sopraelevazione per cui è causa, in ragione delle loro caratteristiche costruttive, siano tali da alterare l'impatto percettivo del crinale e delle colline retrostanti; ii) se le medesime opere determinino una saturazione per sovraccarico incompatibile con il vincolo paesaggistico impresso con il decreto ministeriale del 10 ottobre 1960, avuto riguardo agli edifici situati nella zona di via Fermi, a ridosso dei quali si trovano Villa Talon con il parco e le relative pertinenze; iii) con riferimento ai quesiti indicati, il Verificatore ponga a confronto le proprie conclusioni con quelle della Soprintendenza, sottolineando i punti di convergenza e quelli di divaricazione».

Alla luce di questo quadro fattuale e processuale, il Consiglio di Stato, acquisita la consulenza dell'esperto, ha affermato che: «A differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. «discrezionalità amministrativa») - dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla 'ragionevole' ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme - le valutazioni dei fatti

complessi richiedenti particolari competenze (c.d. «discrezionalità tecnica») vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della 'attendibilità' tecnico-scientifica».

In particolare, si è aggiunto che nelle ipotesi in cui «la fattispecie normativa considera gli elementi che rinviano a nozioni scientifiche e tecniche controvertibili o non scientificamente verificabili, non come fatto 'storico' (nel senso sopra precisato), bensì come fatto 'mediato' dalla valutazione casistica e concreta delegata all'Amministrazione (...), il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a 'definire' la fattispecie sostanziale, senza tuttavia che si possa riconoscere un ambito di valutazioni 'riservate' alla pubblica amministrazione non attingibile integralmente dal sindacato giurisdizionale».

Infatti: «Quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto». Pertanto: «È ben possibile per l'interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedimentali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere - contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato».

A tale pronuncia, occorre accostare tuttavia la giurisprudenza che tradizionalmente si è espressa in termini diversi, affermando che: «Le valutazioni della Commissione paesaggistica - in qualità di organo tecnico per l'esame della domanda di sanatoria paesaggistica - sono insindacabili se adeguatamente motivate e, soprattutto, se coerenti con le circostanze di fatto emerse nel corso del procedimento. Appare evidente quindi, come ha già affermato la Sezione in alcuni precedenti specifici in materia (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4691/2015), che in esercizio di discrezionalità tecnica, parametri e regole sono caratterizzati da un rilevante margine valutativo; non di meno il giudizio deve essere fondato su presupposti esplicitati e su tale base propriamente motivato, in modo da consentire ai destinatari del provvedimento di ricostruire l'iter della valutazione e al giudice amministrativo di sindacarla secondo un criterio di attendibilità, indicandosi con ciò, in modo sintetico, sia il requisito estrinseco della non illogicità, irragionevolezza o palese travisamento dei fatti alla base della valutazione, sia anche quello, intrinseco, della correttezza dei criteri utilizzati e applicati, restando comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, potendo quindi il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità cosicché il suo sindacato non resti estrinseco ma non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione

parimenti opinabile" (Cons. Stato, Sez. VI, n. 7053/2014)»¹⁰.

In termini ancora più restrittivi si era sostenuto che: «... che la valutazione in ordine all'esistenza di un interesse culturale (artistico, storico, archeologico o etnoantropologico) particolarmente importante, tale da giustificare l'imposizione del relativo vincolo, (ai sensi degli art. 13, comma 1, e 10, comma 3, lett. a) del D.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio), è prerogativa dell'Amministrazione preposta alla gestione del vincolo e può essere sindacata in sede giurisdizionale solo in presenza di profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta (fra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747). Tale valutazione è, infatti, connotata da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico - scientifiche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari (della storia, dell'arte e dell'architettura)».

Si precisava quindi che «l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione preposta alla tutela dei beni di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico è sindacabile, davanti al giudice amministrativo, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, con la conseguenza che il sindacato giudiziale non può diventare sostitutivo delle valutazioni compiute dell'Amministrazione, attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile»¹¹.

3. Ebbene, dal raffronto dei due orientamenti giurisprudenziali risulta evidente come la Sesta Sezione attui un tentativo di superamento dei consueti limiti entro cui è stata tradizionalmente circoscritta la possibilità di verifica delle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione competente alla tutela e valorizzazione dei beni tutelati.

Il principio della 'insindacabilità' della valutazione è quindi da considerarsi in via di attenuazione anche perché le valutazioni tecnico-scientifiche hanno un'attitudine sempre crescente all'oggettivizzazione¹².

Con tale affermazione si vuol indicare la tendenza, sempre più frequente, del giudice amministrativo sia ad effettuare accertamenti in contraddittorio, tramite gli strumenti della verifica e della CTU¹³, sia a valutare prove precostituite *ex*

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2022 n. 797.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5042; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 4747.

¹² Cfr. in termini: Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, Sez. giur., 10 giugno 2011, n. 418 e Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 2607 e 30 giugno 2011, n. 3894; Cons. Stato Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321; Cons. Stato, Sez. VI, 20 giugno 2003, n.3684; Cons. Stato, VI, 3 maggio 2002, n.2334; Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n.2199; Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2001, n.6217.

¹³ FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 684 ss.

tabulas, acquisite con tecnologie in grado di riprodurre fedelmente lo stato dei luoghi e di introdurre virtualmente sullo stato esistente le modifiche che il soggetto istante avrebbe inteso apportare.

Grazie a ciò risulta ormai davvero marginale l'ipotesi in cui la modifica oggetto di sindacato giurisdizionale sia apprezzabile dal giudice sulla base delle mere prospettazioni difensive delle parti, mentre la stessa risulta ben verificabile in giudizio direttamente dal Collegio giudicante attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui è dotato.

In effetti la sentenza in commento risulta esemplare proprio di tale tendenziale oggettivizzazione del sindacato sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Amministrazione preposta alla tutela paesaggistica (e storico artistica dei beni culturali), laddove dà puntualmente conto di come gli accertamenti condotti abbiamo potuto smentire l'apodittico assunto della Soprintendenza relativo all'incompatibilità dell'intervento con il contesto paesaggistico tutelato, assunto a motivazione del diniego impugnato.

Sotto tale profilo il giudice amministrativo afferma che: *«Il Collegio concorda con le conclusioni del verificatore, secondo cui le opere di sopraelevazione, in ragione delle loro caratteristiche costruttive, non alterano in modo significativo l'impatto percettivo del crinale e delle colline retrostanti. L'asserita interferenza con il profilo collinare (su cui si fonda il parere negativo espresso dalla Soprintendenza) appare infatti contraddetta dalla documentazione progettuale esaminata, segnatamente dai seguenti elaborati: i) Allegato N (stato di progetto); ii) Allegato O (documentazione fotografica integrativa, unitamente a quella prodotta nelle diverse pratiche di autorizzazione); iii) Allegato P (punti di vista fotografici e simulazioni di inserimento paesaggistico delle nuove opere). Tali documenti consentono di verificare con accuratezza l'impatto percettivo della sopraelevazione (...) sulle visuali dei crinali e delle colline retrostanti, rappresentando le condizioni di visibilità dell'intervento e le eventuali criticità da tutti i punti di vista esperibili in un intorno significativo, sia a valle che a monte».*

Nello stesso senso, facendo riferimento alla *«planimetria con i punti di ripresa fotografica»* il giudice aggiunge che *«la verifica dà conto minuziosamente delle ragioni per cui la documentazione fotografica prodotta dalla Soprintendenza sia (...) meno esaustiva, (...) così come significativa, agli stessi fini, è anche la rappresentazione attraverso render 3D dell'ampliamento di volume sulla copertura dell'edificio di via F. 29, utilizzato sia per le viste da monte verso valle sia per le viste verso le colline retrostanti».*

La conseguenza che si trae da tali riscontri è che *«sulla scorta di tali elementi di valutazione, l'interruzione della lettura dei profili collinari e delle visuali [sulla cui la Soprintendenza fonda il diniego] risulta indimostrata»* e che dunque *«non emergano elementi di contrasto con il vincolo, né dal punto di vista architettonico, né dal punto di vista dimensionale»*¹⁴.

¹⁴ Nel dettaglio il giudice amministrativo sostiene che: *«In primo luogo, la sopraelevazione già assentita (anche dalla Soprintendenza), posta sul lato del lastrico solare più prossimo ai profili di crinale (...), è idonea a schermare ogni incremento di visuale prodotto dai volumi progettati sul lato opposto,*

Come si vede, la tendenza espressa in sentenza è quella dell'oggettivizzazione circa la valutazione dei fatti da sussumere nei c.d. concetti indeterminati utilizzati in materia paesaggistica (quali ad es.: la compatibilità dell'intervento con il mantenimento del contesto antropico di interesse storico culturale; l'armonioso inserimento nel contesto paesaggistico tutelato; l'assenza di alterazione del cono visivo di visuali panoramiche, ecc.).

Peraltro, tale oggettivazione, spesso, sussiste anche *ex ante* rispetto alla procedimentalizzazione dell'azione amministrativa volta alla valutazione dell'intervento proposto, in quanto in caso di istanza di autorizzazione paesaggistica è sempre più frequente che l'apprezzamento delle modifiche allo stato dei luoghi vengano rappresentate tramite *rendering* o foto inserimenti idonei a dare esattamente conto dello stato attuale e dello stato di progetto.

Tali strumenti istruttori, risultano proficuamente utilizzabili *ex post*, quando il provvedimento viene censurato in sede giurisdizionale, così da rendere al giudice una riproduzione fedele di quanto il bene tutelato sarebbe stato compromesso o meno dall'intervento progettato e non autorizzato.

In questo modo il giudice sarà chiamato a sovrapporre la propria valutazione a quella compiuta in sede amministrativa, ma essa avrà ad oggetto fatti e non interessi giuridici.

Non solo. Va anche considerato che in determinati casi, la valutazione dell'amministrazione non sarà frutto di valutazioni del tutto *opinabili* laddove, già in sede amministrativa, l'autorità preposta al vincolo, nel valutare le opere di cui si chiede l'autorizzazione, si sia dovuta attenere anche alle linee guida o alle direttive che risultino predeterminate a monte, sulla base degli strumenti di pianificazione paesaggistica previsti dall'ordinamento statale e regionale.

È questa, in sostanza, la logica ispiratrice dello strumento di tutela paesaggistica previsto dal legislatore all'art. 143 del D. Lgs. 42/2004 costituito dal piano paesaggistico¹⁵.

come illustrato dal verificatore nelle viste 'fotorealistiche' di cui all'Allegato P. Negli altri lati, l'edificio non appare visibile e in particolare da ovest il profilo collinare appare inequivocabilmente posto più in alto e l'edificio coperto dalle alberature. Nelle visuali da monte verso valle il modesto ampliamento di volume appare contenuto nella sagoma del fabbricato, risultando quindi irrilevante dal punto di vista percettivo, come risulta dalle immagini contenute nell'Allegato N. Poiché nell'edificio non sono presenti volumi aggiunti in copertura (eccetto il vano scala condominiale), deve pure escludersi che possa realizzarsi il paventato (dalla Soprintendenza) "riempimento con molteplici elementi addossati gli uni agli altri in copertura. Le risultanze istruttorie consentono di escludere anche una saturazione per sovraccarico incompatibile con il vincolo paesaggistico impresso con il D.M. del 10 ottobre 1960, avuto riguardo agli edifici situati nella zona di via F., a ridosso dei quali si trovano V.T. con il parco e le relative pertinenze. La supposta alterazione "dell'equilibrio consolidato" rispetto alla C. e al fiume Reno, non viene per la verità argomentata esaustivamente nel parere della Soprintendenza. Ritiene il Collegio che non emergano elementi di contrasto con il vincolo, né dal punto di vista architettonico, né dal punto di vista dimensionale».

¹⁵ L'art. 143 prevede che: «1. L'elaborazione del piano paesaggistico comprende almeno: a) ricognizione del territorio oggetto di pianificazione, mediante l'analisi delle sue caratteristiche paesaggistiche, impresse dalla natura, dalla storia e dalle loro interrelazioni, ai sensi degli articoli 131

Il Piano Paesistico, infatti, nelle Regioni in cui è stato approvato sulla base del procedimento di co-pianificazione statale (con l'intervento delle strutture del MIC sul territorio, ovvero le Soprintendenze) e regionale (con l'intervento del settore a ciò preposto della Regione) contiene al suo interno le c.d. "vestizioni dei vincoli".

Si tratta di dettagliate schede che per ogni contesto paesaggisticamente rilevante (considerato "Ambito di tutela"), per ogni vincolo imposto con D.M. e per ogni vincolo previsto ex art. 142 del D. lgs. 42/2004 dettaglia in modo puntuale quali sono i valori paesaggistici oggetto di tutela, le direttive per la pianificazione, rivolte alle PP.AA. che devono redigere gli strumenti urbanistici e le prescrizioni d'uso, che costituiscono le indicazioni immediatamente vincolanti per le Amministrazioni in sede di rilascio o diniego di autorizzazione in ordine ai beni protetti.

Ebbene, è possibile ritenere tali indicazioni, rivolte alle Amministrazioni (in sede di pianificazione e in sede di rilascio o diniego di titoli) e ai privati, quali veri e propri "auto-vincoli" all'azione amministrativa che i soggetti interessati sono tenuti ad osservare in sede di progettazione di interventi e che le Amministrazioni non sono facoltizzate a superare in sede di loro valutazione.

Ecco dunque che, nelle valutazioni paesaggistiche, l'ambito di "discrezionalità tecnica" che è riconosciuto alle Amministrazioni procedenti ha almeno due tipi di argine: da un lato, la presenza di rigide prescrizioni di uso dei beni (ove esistenti i Piani paesaggistici); dall'altro, quale parametro di valutazione oggettivizzante, la possibilità di far ricorso a strumenti di accertamento tecnico in grado di ridurre al minimo il grado di opinabilità delle valutazioni dei fatti che costituiscano il presupposto per l'esercizio (o il non esercizio) del potere inibitorio dell'attività di trasformazione ed utilizzazione dei beni oggetto di tutela.

In quest'ottica, la sentenza in commento ha dichiarato che la valutazione sul provvedimento amministrativo possa entrare nell'ambito della valutazione tecnica anche *ab intrinseco*, laddove le conoscenze tecnico scientifiche da una parte, ed i limiti previsti dalla pianificazione dall'altra, consentano di addivenire ad un giudizio pressoché oggettivo sull'impatto delle opere oggetto di valutazione¹⁶.

4. Ebbene l'orientamento giurisprudenziale, in cui questo arresto giurisprudenziale si inserisce, quantomeno negli ambiti in cui sono presenti auto-vincoli all'attività amministrativa e laddove le cognizioni tecnico scientifiche siano avanzate, consente di ritenere ormai in parte superato il principio di insindacabilità della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione.

e 135; b) ricognizione degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1, fatto salvo il disposto di cui agli articoli 140, comma 2, e 141-bis; c) ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'articolo 142, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione».

¹⁶ Cfr. sul tema CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 4, 499.

Pertanto, in tali contesti, starà all'abilità ed alla sensibilità del soggetto istante dimostrare *ex ante* la meritevolezza dell'intervento in quanto paesaggisticamente "neutro"; e, ove tale dimostrazione sia stata fornita in modo congruo, corretto e completo sarà tanto più complesso per l'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo motivare il rigetto dell'istanza. Conseguentemente, la stessa Amministrazione sarà portata a valutare *funditus* tutte le possibili alternative progettuali che il privato sarà in grado di proporre, al fine di garantire l'effettivo equilibrio tra gli interessi pubblici di tutela del bene e quelli privati al suo sfruttamento economico.



Ianus - Diritto e finanza

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 25 - giugno 2022

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805